

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO III
FASCICULO I



ENERO-MARZO
MCML

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la inscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Notas acerca de la relación jurídica ⁽¹⁾

LUIGI BAGOLINI

(Catedrático de la Universidad de Siena)

SUMARIO: 1. Concepto tradicional y teoría que niega el carácter general de la correlación entre actualización de la obligación y realización del derecho.—2. Caracteres de las crisis del concepto de relación jurídica y objeto de las presentes Notas.—3. Opinión de Cicu y dificultades que sugiere.—4. Crítica de las teorías que configuran la relación jurídica como relación entre un sujeto y el ordenamiento jurídico.—5. Consecuencias extremas de tal teoría y elementos aceptables en ella.—6. Configuración de la relación jurídica como relación de poderes.—7. El poder y el derecho del deudor en relación al derecho del acreedor.—8. Funciones de la obligación en la configuración propuesta de la relación jurídica.—9. La configuración propuesta en el campo de los derechos reales. Imposibilidad de configurar la relación jurídica como relación de un sujeto con una cosa.—10. La configuración propuesta de la relación jurídica respecto al derecho de propiedad.—11. La configuración propuesta en el campo del derecho público.

1. El concepto de relación jurídica ha sido considerado como una categoría central de la ciencia jurídica, en la cual se expresa aquel elemento de relación que parece estar siempre presente en toda manifestación de la realidad jurídica.

En su más simple formulación tradicional es entendida la relación jurídica como correlatividad del derecho de un sujeto respecto a la obligación de otro sujeto, como relación de dos sujetos, uno de los cuales posee un derecho a algo a lo que está obligado el otro ¹.

Desde muchos campos se ha negado recientemente que seme-

(1) Traducción de Francisco Elías de Tejada, Catedrático de la Universidad de Salamanca.

1. Me parece superfluo traer a colación en las presentes notas, tan elementales, la vastísima, y por lo demás en gran parte bien conocida, bibliografía de los autores que sostienen este punto de vista. Este artículo pretende ser solamente el guión de una postura que me propongo desarrollar en un próximo trabajo más amplio.

jante relación sea capaz de expresar todas las manifestaciones de la ciencia jurídica.

También en el ámbito de los derechos de crédito se discute sea siempre verificable una correlación entre la actualización de la obligación y la realización del derecho. Sostiénese que la posición del acreedor, desde el punto de vista de su contenido y de su objeto, no es recíproca a la posición del deudor, sin que pueda decirse sean simples facetas distintas de un mismo fenómeno la realización del derecho y la actualización del contenido de la obligación. Lo que se demuestra por el hecho de que la realización del derecho del acreedor no significa siempre la consecuencia de la actualización de una obligación por parte del deudor. Piénsese en la hipótesis del pago hecho de buena fe al acreedor aparente donde la ley tutela el interés exclusivo del deudor; aquí el deudor queda liberado de su obligación, a pesar de que el derecho del verdadero acreedor no ha tenido efectividad, no quedando al acreedor verdadero otro camino que hacer valer su derecho contra quien recibió el pago ².

2. Hoy nos encontramos delante de una auténtica crisis del concepto de relación jurídica; a una crisis que desembocará o en la negación radical de la validez o de la utilidad científica del concepto tradicional de relación, o en tentativas varias tendentes a transformarlo.

No es posible hacernos cargo aquí de la tesis que postula la negación radical, la cual se enlaza a un movimiento general de negación de validez a las categorías más comunes de la ciencia jurídica tradicional por parte de algunos autores que aspiran a la eliminación completa de todos los ingredientes metafísicos e ideológicos que, según ellos, todavía están siendo usados por la ciencia jurídica de un modo subrepticio. A juicio de dichos autores, tanto el derecho subjetivo como la relación jurídica que de él dimana, son elementos mitológicos de los cuales más pronto o más tarde deberá liberarse la técnica jurídica si es que quiere expresar la realidad pura y genuina de los hechos a que se refiere ³. Ahora bien, puesto que estas doctrinas asumen una postura antimetafísica y quieren llegar a concebir la ley a manera de «hecho puro», su enjuiciamiento nos arrastraría forzosamente a una discusión de indole metafísica, sea en averiguación de la verdad de que

2. Cfr. NICOLÓ: *L'adempimento dell'obbligo altrui*, 1936, págs. 53-54, y CAMARATA: *Limiti tra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, 1936, pág. 75.

3. Además de las notas críticas de DUGUIT, vide, en otro sentido, entre varios autores contemporáneos. LUNDSTEDT: *Superstition or rationality in action for peace?*, 1925, sobre todo en las págs. 110-119; *Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, I (1932), págs. 276-364; *Law and Justice. A criticism of method of Justice*; en los *Essays in honor of R. Pound*, editados por P. Sayre en 1947, págs. 450-483.

Contra LUNDSTEDT, vide ALLEN: *Legal duties*, 1931, pág. 157.

De OLIVECRONA: *Gesetz und Staat*, 1940, págs. 87-119.

De A. ROSS: *Towards a realistic jurisprudence*, 1946, págs. 218 y sigs.

los elementos que estos autores pretenden eliminar de la ciencia jurídica son factores metafísicos, sea para aquilatar la exactitud de que la concepción de la ley como puro hecho por ellos propugnada es realmente una concepción tan antimetafísica como querían lo fuese ⁴.

Por lo cual, no siéndonos posible tratar aquí de las tesis radicalmente negadoras, nos limitaremos a considerar algunas opiniones más recientes, enderezadas a modificar el concepto de la relación jurídica. El objetivo que en estas breves notas me propongo es triple:

a) Ver si existen, como creo, elementos verdaderos en las críticas que se hacen al concepto tradicional de la relación jurídica; b) llegar, en consecuencia, a una noción de relación jurídica que no suscite las objeciones aducidas contra el concepto tradicional de ella; c) advenir a una noción general ⁵, que no sea tan abstracta que quede privada de significación, empero tan general como para poder funcionar sistemáticamente a manera de concepto unitario formal capaz de abarcar como género las varias especies de relaciones que presente la realidad jurídica ⁶.

3. Entre los mejores juristas contemporáneos preocupados por este apremio sistemático figura Cicu, quien por una parte pretende mantener el concepto de la relación y por otra parte aspira a salir de la crisis planteada por la teoría que la niega validez efectiva.

Quiere Cicu demostrar que «de un tronco único salen dos ramas, en cada una de las cuales la relación jurídica resulta de una estructura fundamentalmente distinta» ⁷. Con lo cual asimila las relaciones familiares a aquellas otras que se constituyen en el campo del derecho público. En unas y en otras el elemento deber prevalece sobre el elemento derecho y la autonomía de la voluntad del sujeto queda limitada por el interés superior al que debe servir. Lo que tiene lugar en la situación del padre respecto a los hijos, y en general en el vínculo que liga al individuo con la fami-

4. Más ampliamente me ocupo de estos puntos en mi próximo estudio *Affermazione e negazione della conoscibilità dei valori in alcuni aspetti della cultura filosofica e giuridica contemporanea*.

5. Semejante exigencia de encontrar tal noción general no puede ser satisfecha desde nuestro punto de vista con aquella doctrina que, atenuando al mínimo el significado específico de la relación jurídica, lo reduce exclusivamente al de cualquier relación de la vida social en algún modo reconocida y tutelada por el Derecho. Me refiero a GANGI: *Debito e responsabilità nel diritto nostro vigente*, 1927, pág. 6, y autores allá citados.

6. Con lo cual, dicho sea entre paréntesis, no quiero mezclarme en la complicada disputa suscitada por la filosofía del Derecho contemporánea y que ya he tratado en otro sitio, que surge cuando se quiere decidir si un concepto central de la ciencia jurídica, como este que ahora nos interesa, puede expresar directamente la esencia del Derecho, o tener solamente un «valor aproximado», como dice BINDER (*Philosophie des Rechts*, 1925, págs. 213-214), refiriéndose al pensamiento de BERGBOHR.

7. CICU: *Considerazioni della struttura del rapporto giuridico*, estr. 1944, páginas 4 y sigs.

lia y con el Estado. Semejante subordinación de la voluntad del individuo particular a los fines de los organismos familiar o estatal, hace que los autores se vean forzados a definir las relaciones jurídicas correspondientes a dichos fines como relaciones orgánicas, con vistas a distinguirlas de las relaciones individuales propias del campo privatista. Porque estas últimas gravitan, por el contrario, alrededor del elemento derecho.

Relaciones orgánicas y relaciones individuales son de esta forma las dos especies en que, según Cicu, se ramifica el tronco único de la relación jurídica, todavía entendida por él como correlatividad de derecho y deber ⁸. O sea que, para Cicu, la admisión del concepto genérico de relación jurídica como relación de derecho y deber, no excluye pueda darse, según sean los tipos de relación de que se trate, un predominio del ingrediente deber sobre el ingrediente derecho, o, viceversa, una primacía del elemento derecho sobre el elemento deber. De hecho, lo «privado» y lo «público» son considerados por Cicu como zonas de la realidad jurídica, tanto más diferenciadas entre sí cuanto más prevalezca el derecho sobre el deber o cuanto más prive el deber sobre el derecho. A no ser que tal visión del problema nos lleve lógicamente a aceptar que el límite de esa primacía nos venga dado, bien por el derecho independientemente de una correlación directa con el deber, bien por el deber independientemente de una correlación directa con el derecho. Con lo cual, apuradas sus últimas consecuencias, la doctrina de Cicu concluye, a mi entender, por contraponerse a las intenciones de su autor, terminando por ser una justificación de la tendencia a la anulación de la correspondencia entre derecho y deber. Por donde no veo cómo pueda todavía Cicu encontrar en el concepto de relación jurídica, concebido como correspondencia del derecho con el deber, una categoría en la cual, como él quiere, se exprese formalmente la realidad jurídica en forma unitaria. De aceptar su teoría, la relación del derecho con el deber no será ya una relación entre elementos correspondientes y paritéticos; aparte de que tal relación puede faltar también.

4. Sobre las huellas de la reforma más radical se ha colocado aquel sector doctrinal que postula configurar la relación jurídica como relación de la postura de un sujeto con el derecho objetivo ⁹.

8. Ibidem.

9. En opinión de Kelsen, como es sabido. «Rechtsverhältnis ist das Verhältnis des Rechtes», i. e. der «Rechtsordnung zum Subjekte» (*Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, pág. 706). A cuya definición ha llegado Kelsen en cuanto para él «ist Rechtsverhältnis nicht ein vom Rechte geregeltes Verhältnis, nicht jene natürliche, rein materielle, von der Rechtsordnung unabhängige und ohne die Rechtsordnung mögliche Relation zwischen Menschen, sondern lediglich jene formale Beziehung, die durch die Rechtsordnung erst geschaffen ist» (ibidem).

Contra la relación jurídica como relación entre personas a favor de la teoría que constituye la relación como conexión de una persona con el derecho objetivo, véase la obra póstuma de J. Goldschmidt: *Problemas generales del Derecho*, 1944, pág. 118.

Debiendo ser tenida en cuenta, en un estudio de mayores proporciones que

Mas tal consignación sugiere graves dificultades. En primer término, con ella tiende a borrarse aquella distinción entre el derecho público y el derecho privado, que aún hoy también sigue siendo útil desde el punto de vista sistemático inherente a la ciencia del derecho. En segundo lugar, se hace muy difícil poder concebir lógicamente la subsistencia de una verdadera y propia conexión específica entre un término abstracto y un término concreto, o sea, entre la objetividad necesariamente abstracta de la norma jurídica objetiva y lo concreto de un círculo individual y subjetivo. La regla, en su objetividad abstracta, y el «reglado», en su concreta realidad viviente, son términos demasiado heterogéneos entre sí para poder ser concebidos en la conexión de una verdadera y propia relación específica. Además de que resulta lógicamente bastante difícil, casi diré repugna al orden lógico, concebir el derecho objetivo como término de la relación jurídica, cuando al mismo tiempo es preciso concebir al derecho objetivo a manera de condición de la juridicidad de la relación, en cuanto que una relación es jurídica en la medida en que es prevista como tal y establecida así por el derecho objetivo.

Finalmente, refiriéndonos en particular a Kelsen, es preciso hacer notar asimismo que cabalmente la conocida reducción que él hace del sujeto jurídico a centro de referencia y de imputación de las normas del derecho objetivo¹⁰, torna especialmente imposible la configuración de la relación jurídica como relación del círculo del sujeto con la norma; ya que, tomado el sujeto en el ámbito de la realidad normativa, la relación del sujeto con la norma termina resolviéndose en una relación absurda de la norma consigo misma.

5. De mantenerse fundamentalmente de acuerdo con la doctrina que configura la relación jurídica a manera de conexión del círculo del sujeto con la norma, se llega forzosamente a una negación neta de la existencia de relaciones jurídicas, sean las que fueren, entre sujetos. Tal es el caso de Barbero cuando afirma que «desde el ángulo visual de la relación jurídica se ignoran» el deudor y el acreedor, y que la noticia que asimismo el deudor tiene y debe tener del propio acreedor es sólo noticia de un elemento fáctico asumido por la norma. Se trataría de conocimiento necesario únicamente «por tener el conocimiento mismo del mandato» que de la norma «emana, y poder en consecuencia rendirla la obediencia que requiere»¹¹.

Ahora bien, esta negación radical de la existencia de una rela-

el presente, la original construcción de CICALA, para quien toda relación implica una conexión «entre la persona y el derecho objetivo» que es «necesaria y suficiente para la existencia de la propia relación» (*Il rapporto giuridico*, 3.^a ed., 1940, pág. 14).

10. *Vide*, por ejemplo, de KELSEN, lo que escribe a las páginas 81 y siguientes de los citados *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*.

11. BARBERO: *Il diritto soggettivo*, en «Foro italiano», IV (1939), 35. Véase también su libro *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, I (1946), páginas 86 y sigs.

ción jurídica directa entre el deudor y acreedor, si por un lado constituye la ineludible consecuencia lógica de configurar a la relación jurídica como relación exclusiva de un círculo subjetivo con una norma, por otro lado resulta en extremo artificiosa. Si bien es cierto que, al ejecutar la prestación debida, el deudor obedece a un mandato formulado por una norma de derecho objetivo, a mi entender ello no excluye que también subsista una relación jurídica entre acreedor y deudor. Admitamos incluso que el conocimiento del acreedor sea noticia de un hecho asumido por una norma; a mi juicio, no sólo no elude, antes por el contrario implica que cabalmente la asunción en la norma del hecho que el deudor debe conocer se identifique con la atribución al acreedor del derecho a la prestación.

De hecho, Tizio se entera de que es a Caio, y no a Semprio, a quien debe la prestación cuando llega a saber que por la norma es Caio el cualificado por acreedor suyo. Lo que equivale a saber que se ha atribuido a Caio aquel derecho al que está precisamente obligado. Es verdad que en este caso no sirve conocer a Caio simplemente como hombre, pues desde el punto de vista jurídico precisa conocerlo en cuanto acreedor; pero conocer a Caio como acreedor significa conocer su derecho. En cuanto es asumido por la norma, es en definitiva ya un derecho ese hecho que Tizio ha de conocer. Por conocer que la posición de Caio respecto del deudor es aquella que preveyó la norma, el deudor está obligado a conocer el derecho de Caio, o sea saberse puesto en relación con él por la máquina del ordenamiento jurídico.

Evidentemente es absurdo pensar que me interese conocer a aquél a quien debo mi prestación, ignorando al mismo tiempo que él es mi acreedor. Pero se va a chocar inevitablemente con tal absurdo al concebir el conocimiento de mi acreedor como noticia de un hecho distinto de su derecho. En lo fundamental cae toda la objeción levantada por Barbero contra la posibilidad de construir la relación jurídica como relación puramente subjetiva. Queda en pie, repito, la verdad subrayada por este autor de que la obligación impuesta a un sujeto no puede ser configurada sobre la base de su correspondencia con la pretensión de otro sujeto, sino que su fundamento ha de hallarse de modo inmediato en la objetividad del ordenamiento jurídico.

En resumen, es cierto lo que estos autores sostienen de que el fundamento de la obligación debe ser referido inmediatamente a la objetividad de la norma, y, por ende, del ordenamiento jurídico, en lugar de a una postura de correspondencia respecto al derecho de otro sujeto; empero es falso que por ese motivo no se pueda hablar de una relación jurídica entre sujetos.

A mi entender, es preciso ver ahora en qué consiste la relación jurídica entre dos sujetos, una vez eliminado el concepto de la correspondencia de la obligación de un sujeto con el derecho de otro sujeto.

6. Aceptemos lo verdadero de las teorías criticadas: la obli-

gación de un sujeto no es relativa ni correlativa al derecho de otro sujeto. De ahí resulta, según mi opinión, que entre derecho y obligación existe heterogeneidad y antítesis, no pudiendo, por tanto, darse conexión entre ambos. Por lo cual, la relación jurídica no puede ser conexión del derecho con la obligación.

Anticiparé mi conclusión. Para mí, *la relación jurídica es conexión entre el derecho de un sujeto y el derecho de otro sujeto, hecha posible mediante la imposición por parte del ordenamiento jurídico de diversas obligaciones a los sujetos*. La obligación es el medio objetivo que hace posible la coexistencia y la conexión de los derechos subjetivos. Quien vea la esencia del derecho subjetivo en el interés, podrá hablar también de conexión de intereses. Quien vea la esencia del derecho subjetivo en la voluntad, podrá hablar también de conexiones volitivas. Quien vea la esencia del derecho subjetivo en el poder, podrá hablar de relaciones de poderes.

Yo ahora hablo de conexiones de derechos o de poderes, sin entrar de un modo expreso en la discusión acerca de la esencia del derecho subjetivo, que no es el caso tratar aquí ¹².

7. Para poder sostener la construcción del derecho subjetivo que yo propongo, esto es, entendiéndolo a manera de conexión entre derecho o poderes, es preciso, sin salir del ámbito de la misma relación obligatoria, subrayar la importancia del derecho del obligado ¹³. Verdaderamente que en general la ley reconoce al deudor el derecho a que el poder del acreedor no exceda los límites establecidos por la norma; de ahí que, en el marco de sus relaciones con el deudor, le esté prohibido al acreedor exigir otras pretensiones que las que constan objetivamente especificadas. En particular se habla justamente de un derecho del deudor a la liberación de su deuda mediante la llamada oferta real, seguida del depósito de la cosa debida. No obstante lo cual, debe tenerse en cuenta que, mientras es exacto hablar de un derecho del deudor a la liberación, sería errado entender que el objeto de tal derecho sea el mismo objeto de la obligación a cumplir; porque con esto se iría contra toda lógica a rechazar el principio

12. Sería ir demasiado lejos aludir a esta cuestión. Desde el punto de vista de un análisis del Derecho positivo, véase, entre otros, S. PUGLIATTI: *Esecuzione forzata e diritto sostanziale*. 1935, sobre todo el capítulo titulado «Potere giuridico e diritto positivo», en las págs. 22-86.

Me resulta perfectamente aceptable la posición de NICOLÒ cuando, criticando la concepción del derecho subjetivo como interés protegido, afirma que «el interés se ha transformado a través del proceso de absorción de la norma en un poder particularmente cualificado», que es la esencia formal, auténticamente jurídica, del derecho subjetivo (op. cit., págs. 72 y sigs.).

13. Semejante exigencia aparece sentida y satisfecha en el excelente ensayo de ERNESTO BASSANELLI: *Signoria ed obbligo nell'obbligazione* (separata de la «Revista di Diritto Commerciale», Milano, 1945). En el cual se aportan nuevos argumentos eficaces para sostener la tesis que yo esboqué en mis *Note sul Rapporto Giuridico*, publicadas en el «Archivio Giuridico» de 1945.

de la heterogeneidad antitética del derecho frente a la obligación¹⁴.

Entendiendo por esfera jurídica el conjunto de todas las posiciones jurídicas de un sujeto, la relación de crédito se presenta como una extensión, o, mejor, como una «ingerencia» de la esfera jurídica del acreedor en la esfera jurídica del deudor. El deudor está asistido del derecho de recuperar su libertad y de hacer cesar la ingerencia material, verificando el cumplimiento requerido. En ciertos casos, como, por ejemplo, en las llamadas obligaciones negativas, consistentes en un puro *non facere*, no se trata de la ingerencia material en la esfera del deudor, sino solamente de una ingerencia ideal. Ahora bien, en tales casos el derecho del deudor a que desaparezca la ingerencia, se realiza *ipso iure* independientemente del cumplimiento de cualquier obligación por parte del acreedor. Por el contrario, cuando se trata de ingerencia material aparece una verdadera y propia obligación de cooperación al cumplimiento, que es el medio brindado por la ley para la realización del derecho del deudor¹⁵. Por el hecho mismo en virtud del cual una norma tiene por contenido la constitución de una relación jurídica crediticia, la norma presupone que la voluntad del deudor se dirija a hacer desaparecer aquella ingerencia. Esta finalidad a que se orienta la voluntad del deudor resulta negada por el deudor insolvente, que, en cuanto tal, niega en cierta manera la posición que le toca como término de la relación, incurriendo por ello en una sanción. De donde se deduce que lo contrario al comportamiento previsto por la norma viene a ser «la condición de un acto coactivo». A no ser que la constitución de la relación del deudor con el acreedor se halle precedida de una previsión de la *eventualidad* de tal *consecuencia*¹⁶. Lo que entra en el esquema de la relación jurídica prevista por la norma es la *liberación*, vista como interés atribuido por la norma al deudor en calidad de fin propuesto a su voluntad. Contra el derecho inefi-

14. La necesidad de no chocar con este inatacable principio está presente en la reciente fijación del derecho del deudor llevada a cabo por FALZEA en el importante trabajo titulado *L'Offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, 1947, págs. 49 y sigs.

15. VIDE *todavía* FALZEA: Op. cit., sobre todo a las págs. 68-77.

16. Véase CARNELUTTI: *Obbligo del debitore e diritto del creditore*. En la «Rivista di diritto commerciale», III (1927), I, 316.

Para el conocimiento de la relación jurídica es indiferente, según observa CARNELUTTI, que «el acreedor pueda o no actuar por sí contra el deudor» (*ibidem*). También yo creo es verdad que la obligación del deudor hacia el acreedor no existe en función del hecho en virtud del cual el acreedor pueda ejercer un poder directo contra el deudor ni, al revés, aquella obligación puede ser negada porque los actos contra el deudor deban ser llevados a cabo exclusivamente por un órgano del Estado (*ib. pág. 323*). Esto viene a probar, sin lugar a dudas, en mi opinión, que la obligación no es término de la relación, sino solamente medio brindado por el ordenamiento jurídico para constituir la relación como coexistencia de derechos. De donde cabalmente la obligación resulta ser independiente del poder que el acreedor tenga para hacerla valer, porque no es correlativa a su derecho.

caz a la liberación del deudor, aparece, por ende, el argumento —a veces aducido— por el cual el deudor podría, contra su voluntad, ser liberado, bien por el mismo acreedor, bien por un tercero. Pero apenas el acreedor o un tercero intervienen para liberar al deudor, explican por el contrario, a mi juicio, aquella voluntad del deudor de obtener la liberación que está objetivamente prevista por la norma constitutiva de la relación, ya que en definitiva vienen a realizar el fin atribuido por la norma a la voluntad del deudor. El Código civil italiano decía expresamente a este respecto que «las obligaciones pueden ser extinguidas mediante el pago hecho por un tercero que no tenga interés en ellas, con tal de que actúe en nombre o para liberar al deudor»; o sea, a mi juicio, dando efectividad a la voluntad de liberarse que la ley atribuye al deudor; no se trata de un *querer psicológico y contingente*, sino de aquel querer objetivo previsto por el derecho objetivo en el momento de la constitución de la relación.

Aclara la cuestión poner de relieve que la voluntad del deudor a la que se refiere su derecho respecto al derecho del acreedor, la voluntad jurídicamente importante en función de la coexistencia misma de los términos relacionados, aquella que se acomoda a la tipificación objetiva del comportamiento previsto por la norma, no es la intención contingente del deudor exclusivamente conforme a las metas prácticas que se proponga de la tarde a la mañana.

Pos lo cual, en la obligación natural¹⁷, para que tienda a verificarse la irrepetibilidad, es preciso que el deudor ejecute la *solutio* sabiendo no puede obligársele; basta que esta última sea hecha sin coacción, que el acto sea jurídicamente voluntario, lo que para mí equivale a que se acomode libremente al fin previsto por la norma (esto es, por el derecho objetivo) de ejercer precisamente la *solutio*.

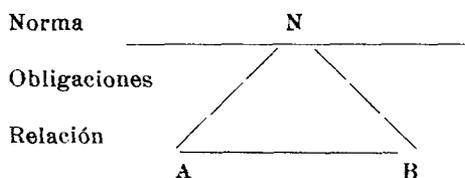
Manteniendo con firmeza la distribución esencial entre la voluntad jurídica del deudor y su voluntad psicológica, según lo que esta última es voluntad que entra en la constitución normativa de la relación en tanto se atempere a la primera, resulta que la voluntad jurídicamente importante del deudor, como voluntad prevista y atribuida por la norma, queda bajo todos los aspectos elemento imprescindible e insuperable¹⁸.

17. TESAURO: *Atti et negozi giuridici*, 1933, pág. 53.

18. De donde, por ejemplo, el que en el caso en el cual se pueda hablar de sucesión a título particular en el débito, se tenga buen cuidado en poner de relieve que tal fenómeno no puede derivarse si no del curso de tres actos volitivos: del antiguo deudor, del nuevo deudor y del acreedor. Véase ALLARA: *Le vicende del rapporto giuridico e loro cause*, 1939, pág. 58.

Por lo que concierne al caso de la mora del acreedor (*mora accipiendi*), decir «que el deudor ha de poder solver el vínculo cuando ha llegado el momento de hacerlo, por lo que la ley debe darle los medios y le da prácticamente el modo» (POLACCO: *Le obbligazioni*, II, 1914, pág. 550), significa, a mi juicio sin ningún género de dudas, reconocer el derecho del deudor a la *solutio*. A lo que no obsta la imposibilidad de hablar de una obligación correspondiente

8. Los poderes del acreedor, en cuanto sujeto de la relación, encuentran sus límites en los poderes reconocidos por la ley al deudor. Los límites entre las facultades del acreedor y las facultades del deudor, y por ende las mutuas relación y coexistencia entre ellos, están garantizadas por la ley mediante la imposición de obligaciones. Por lo cual, las obligaciones impuestas por la ley a cada uno de esos sujetos deben ser consideradas en función de la unidad objetiva de la relación constituida por la norma, y no en función de los términos subjetivos, y por ende de los respectivos poderes que se hallan en conexión.



El esquema sirve para resumir gráficamente mi punto de vista. A y B representan los términos de la relación; esto es, los poderes—y los derechos—referibles al acreedor y al deudor. Con el derecho de A a la prestación *coexiste* el derecho de B a la liberación. La relación jurídica consiste propiamente en esa *coexistencia*. Individualizada la esencia de la relación en la coexistencia de los respectivos poderes de A y B, vemos que la norma (N) explica su función unificadora respecto a los dos términos de la relación, imponiendo obligaciones (NA) a A, y obligaciones (NB) a B; obligaciones dispares, o sea, referidas a distinto objeto, y que son medios para hacer posible y para determinar el alcance de la conexión establecida por la norma entre los poderes de los dos sujetos, junto con su recíproca limitación. El punto N figura la función unificadora de la norma, y la divergencia de ese punto de las rectas NA y NB representa el fundamento objetivo-normativo de las obligaciones respectivamente impuestas a A y a B.

Con la construcción presente de la relación jurídica vienen reafirmados los siguientes puntos de vista: 1) *La llamada correspondencia subjetiva del derecho con la obligación no puede ser tomada como esencia de la relación jurídica.* 2) *La obligación es una calificación jurídica objetiva en cuanto que es objetivamente necesario el contenido calificado como obligatorio, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico calificante.* 3) *El poder (y, en consecuencia, el derecho, a tenor de la tesis aquí defendida) es una cualificación subjetiva, en tanto que, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico calificante, el sector calificado como poder*

por parte del acreedor a recibir la prestación (ejemplo negado por WINDSCHEID), si es efectivamente cierto, como creo, que la relación jurídica, en cuanto a coexistencia de derechos, se coloca más allá de la correspondiente entre derecho y obligación.

no es objetivamente necesario, sino solamente probable. 4) *Lógicamente, entre la objetividad de la obligación y la subjetividad del poder media una tajante heterogeneidad, la cual torna imposible el concepto de relación. Solamente entre el poder de un sujeto y el poder de otro sujeto existe probabilidad de relación.* De donde el que la calificación del poder equivalga por sí misma a la constitución normativa de los términos de una relación probable.

De hecho, el ordenamiento jurídico *proviene* siempre de una valoración de intereses considerados no aisladamente uno de otros, empero en conexión uno respecto de otro. En el fondo, todo juicio determinante de una norma jurídica, y por ende, asimismo, la calificación del poder, expresa tal valoración prenormativa, de la cual dimana la norma. El interés, prejurídico en sí, viene por consecuencia a ser calificado como poder y como derecho en la medida en que queda subsumido y tipificado por una norma respecto de otros intereses jurídicamente calificados.

9. Saldré ahora fuera del campo de las obligaciones y me referiré a otros sectores de la realidad jurídica para probar la validez de la teoría que propongo cuando postulo considerar la relación jurídica como *relación de poderes hecha posible mediante la imposición de obligaciones.*

Ante todo hay que excluir la posibilidad de que la relación jurídica sea configurable entre una persona y una cosa me parecer irrefutables los sencillísimos argumentos que pueden aducirse a tal propósito, según los cuales el hombre no puede pretender nada de una cosa y viceversa, ni la cosa puede cometer actos injustos en detrimento del hombre. Resulta como meta jurídica y sólo pseudofilosófica la objeción presentada por KOHLER, según la cual «en todas partes en que estemos en condiciones de observar a los pueblos en sus mentalidades primitivas», la relación con la cosa «viene sublimada por la idea de la presencia en la cosa misma de un espíritu que se pone en relación íntima con el espíritu vivo del propietario»¹⁹.

Lo que significa solamente en el fondo, pese a la interpretación dada por Kohler, que la cosa no debe ser considerada como tal si es que se la quiere poner en relación jurídica con un sujeto. El hecho por el que el ordenamiento jurídico pueda, también en sus palabras, «santificar (heiligen) las relaciones con las cosas»²⁰ excluye cabalmente, de un modo implícito, que la cosa sea por sí misma susceptible de ser tomada en referencia de conexión jurídica con el hombre.

10. Desde varios lados ha sido puesto de relieve la ineficacia de la fórmula de la obligación negativa de no ingerencia respecto al derecho de propiedad²¹. De ser válida, el propietario

19. KOHLER: *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1908, pág. 15.

20. *Ibidem*, pág. 16.

21. Véase, por ejemplo, MAIORCA: *L'oggetto dei diritti*, 1939, pág. 43.

debería ser tutelado con un poder de acción *erga omnes*; por el contrario, como ejemplo en el caso del propietario de cosa mueble frente al poseedor de buena fe, tal protección no tiene lugar ²².

No puede en todo caso funcionar como característica del derecho de propiedad la obligación general de abstención, entendida como término de la relación correspondiente al derecho. La coexistencia de decisiones judiciales contradictorias, en las cuales una sentencia puede declarar a Tizio propietario frente a Caio y otra sentencia declararlo no propietario frente a Sempronio, demuestra, siempre en mi opinión, que se trata de distintas relaciones entre una persona y cada una de las demás. El poder del propietario revela su validez respecto a los poderes ajenos. Indudablemente, la esencia del dominio resulta de aquello que el propietario pueda hacer. Pero la determinación positiva de tal poder no es posible ni siquiera a través del enunciado de una serie de facultades que quedarían siempre un poco imprecisas. Por eso obra con acierto la doctrina ²³ que deduce el contenido positivo del derecho de propiedad de la observación de los límites derivados de la concurrencia de otros derechos por parte del Estado o por parte de otros sujetos. Mas tal necesidad, de pasar, digámoslo así, a través del derecho ajeno para determinar el contenido del derecho patrimonial, no tiene solamente un significado de economía científica inherente al proceso de conocimiento del fenómeno, ya que traduce en sí y refleja a la perfección la esencia sustancial y real de este último. Realmente, si fuera posible distinguir por la vía de la abstracción el derecho del propietario de los derechos ajenos, aquel ideal y efectivamente parejos, veríamos que el derecho del propietario se desvanecía en una indeterminación absoluta. Asimismo, si se identificara al derecho de propiedad con la máxima y absoluta libertad de disposición, siempre topariase con limitaciones impuestas a su ejercicio por las necesidades implicadas en una convivencia social ordenada jurídicamente. Sólo merced a tales límites aquel poder adquiere efectivamente una verdadera y auténtica fijación jurídica.

Ahora bien; puesto que, según opino, ha de excluirse lógicamente toda configuración de relación entre un sujeto y una cosa, *el contenido del derecho patrimonial queda fundamentalmente señalado por los límites impuestos al poder del propietario respecto a los derechos ajenos, y simultáneamente por las limitaciones establecidas por la Ley a los poderes de los demás* (previstos por la Ley como parejamente contiguos al derecho del propietario).

En consecuencia, según mi punto de vista, la esencia jurídica de la propiedad está formada por un centro de relaciones previstas por el ordenamiento jurídico, entre el poder del llamado titu

22. Véase CICU: *Sull'Ipoteca*. 1928. pág. 7

23. Véase, entre otros, DE RUGGIERO: *Istituzioni di Diritto Civile*, II (1934), páginas 343 y sigs.

lar del derecho y los poderes de otros sujetos. De donde el que el poder del titular sea puesto de relieve y determinado sólo en cuanto pueda concebirse sobre la base de aquellas relaciones con los poderes de otros sujetos, previstas por el ordenamiento jurídico. La esfera jurídica del propietario está determinada por las esferas jurídicas de los derechos ajenos, las cuales se hallan previstas por la Ley como idealmente, si es que no materialmente, contiguas respecto a la esfera jurídica del propietario. En pocas palabras se puede decir que la fijación de una esfera jurídica se constituye por las demás esferas jurídicas, que la determinación de un poder y de un derecho se constituye por los poderes y derechos ajenos en una red de relaciones previstas por el ordenamiento jurídico.

Tampoco en el campo patrimonial es la obligación forzosamente un término de la relación jurídica; antes bien, un medio objetivo que garantiza el poder de un sujeto señalando el límite de las facultades de los demás.

Las limitaciones impuestas son medios para la unificación y para la puesta de acuerdo de una multiplicidad de zonas previstas por el ordenamiento jurídico como contiguas entre sí y referidas al bien, que es el objeto del derecho. Tal unificación se determina cabalmente a través de las relaciones jurídicas singulares, previstas directa o indirectamente por el ordenamiento jurídico, en cada una de las cuales el poder del propietario coexiste con la facultad de otro sujeto mediante oportunas delimitaciones señaladas por la imposición de obligaciones.

11. Pasemos del campo del derecho privado al campo del derecho público. Fin particular reconocido por el ordenamiento jurídico a la actividad que regula y meta objetiva del mismo ordenamiento cristalizada en la imposición de obligaciones, son—ya se vió—elementos susceptibles de prevalecer uno sobre otro de manera distinta según que se trate de la esfera del derecho privado o de la esfera del derecho público. En el ámbito del derecho público la meta objetiva prevalece sobre el fin particular; pero ello no lleva a una configuración de la relación jurídica diversa de la que he propugnado ²⁴.

El reiterado prevalecer de la meta o finalidad objetiva del ordenamiento jurídico en la calificación jurídica de las esferas, engendra el concepto de *función* y otorga a ciertos poderes determinados el valor de *competencias* ²⁵. Pero esta atribución no eli-

24. La distinción entre derecho público y derecho privado no ofrece solamente una importancia procesal. Por lo cual no nos satisfacen las teorías de aquellos autores que, como KRÜCKMAN (*Einführung in das Recht*, 1912, pág. 5), buscan el criterio distintivo en el hecho de que «si una causa jurídica no puede ser resuelta por la vía jurídica ordinaria, eso quiere significar que la relación jurídica correspondiente viene considerada como una relación propia de la competencia del derecho público». Ya que acudiendo, por así decirlo, a la mediación del juez, con tal criterio se viene a dar de lado, entre otras cosas, a la relación directa entre deudor y acreedor, que yo defiendo.

25. CICU: *El Diritto di Famiglia*, 1914, pág. 65.

mina tampoco la configuración general de la relación arriba expuesta. De hecho, el concepto de competencia es una acentuación del concepto de repartición de las funciones ejercidas por órganos diversos. Lo que quiere decir que a través del concepto de competencia cada función viene a ser determinada en relación a otras funciones. Lo cual ha sido puesto en claro por lo demás de un modo implícito por aquellos autores que para caracterizar el concepto de función introducen decisivamente el elemento de la *colaboración* a la emanación o al cumplimiento de actos o hechos jurídicos a través de los cuales se ejercita el poder del Estado ²⁶.

Del mismo modo en que, según mi tesis, la esencia de un poder jurídico en el campo del derecho privado puede ser fijada en relación a otros poderes jurídicos contiguos, es posible determinar la esencia de una función en relación a otras funciones. Al concepto privatístico de la relación jurídica como conexión de poder a poder pertenece el concepto de la relación jurídica como conexión de función a función.

A mi entender, puede decirse que la esencia misma de una función consiste en el hecho de constituir término de relaciones con otras funciones ²⁷. Desde el punto de vista del derecho objetivo también aquí la relación jurídica se halla constituida por la previsión normativa de una conexión de poderes en la cual se determina el ejercicio de funciones distintas. Las limitaciones objetivas de tales poderes, necesarios para hacer posible su coexistencia y conexión, se fijan a través de la imposición de obligaciones.

12. Por cuanto queda dicho, la relación jurídica tiene la misma calidad de la función, porque es la misma esencia del poder a través del cual la función es ejercida. La calificación de un círculo humano como poder o como función se identifica con la propia calificación de un círculo humano como relación jurídica.

Si es verdad, como creo, que la esencia de todo organismo es «la subordinación de sus partes a un fin, con asignación de funciones», en cada relación de continuidad entre una y otra parte debe consistir evidentemente el nexo en el cual se articula la vida del organismo. Vistas así las cosas, todo el ordenamiento jurídico, analítica y formalmente considerado, es conexión de relaciones jurídicas, o sea, un sistema de poderes que, a fuer de tales, se hallan en relación entre sí. Lo cual aparece como verdadero también cuando se da un vínculo de subordinación entre dos ór-

26. Véase MIELE: *Pubblica funzione e servizio pubblico*. En «Archivio Giuridico», 1933, pág. 196.

27. La identificación entre Estado y Órgano, habitual en gran parte de la literatura del derecho público, trae consigo, según demuestra ESPÓSITO (*Organo, Ufficio e soggettività dell'ufficio*, 1932, págs. 39 y sigs.), que no se pueden reconocer poderes propios a cada órgano. Verdad es que «el reconocimiento por el que los órganos se distinguen del Estado y mutuamente entre sí, permite afirmar que existen verdaderas y auténticas relaciones jurídicas entre ellos». Véase ESPÓSITO: Op. cit., pág. 79. así como su refutación de la opinión contraria.

ganos. De hecho, el vínculo de subordinación entre dos órganos no excluye, sino implica, según ha sido ya hecho notar, la posibilidad de que también el órgano inferior despliegue una actividad propia suya en el ámbito de una determinada competencia²⁸. De lo cual, a mi ver, se deduce que la llamada relación jerárquica debe aparecer reducible también a conexión de funciones coexistentes, y, por lo tanto, a relación entre poderes enderezados al ejercicio de tales funciones.

También aquí me parece evidente que las obligaciones impuestas al órgano subordinado no constituyen término de la relación jurídica, sino que corresponden solamente a la posición de la actividad del órgano subordinado respecto al conjunto del ordenamiento jurídico. En resumen, me parece que la obligación es siempre el elemento en el que se expresa el medio de unificación objetiva—y, por ende, la particular condición de coexistencia—de los términos de una relación.

28. Véase FORTI: *Diritto amministrativo*, I (1931), pag. 237.

Algunos aspectos de la simulación

EVELIO VERDERA Y TUELLS

Catedrático de Derecho Mercantil

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. *Concepto de la simulación*; 2. *Precisiones terminológicas. La interposición ficticia de persona*; 3. *Función histórica*.—II. *Simulación contractual*: 1. *El problema de la divergencia entre la voluntad y la declaración. Breve esquema doctrinal*; 2. *El negocio simulado*: a) *Concepto*; b) *Elementos. La unidad del proceso simulatorio*; c) *El llamado acuerdo simulatorio*; d) *Fin de engaño*; e) *La cuestión de la simulación genéricamente no reconocible*; 3. *Delimitación de otras figuras afines, especialmente*: a) *De la reserva mental*; b) *De las declaraciones no serias y de los negocios*; c) *Ficticios*; d) *Fiduciarios*; e) *Indirectos*; f) *Fraudulentos*.—III. *Clases de simulación*: a) *Absoluta*; b) *Relativa*; c) *Interposición de persona*.—IV. *Consecuencias jurídicas de la simulación*: 1. *Antes de ser descubierta*; 2. *Después de ser descubierta*: a) *Entre las partes*: a') *Simulación absoluta*; b') *Simulación relativa*; b) *Frente a terceros*; 3. *La acción de simulación*: a) *Concepto y naturaleza*; b) *Fundamento*; c) *Sujetos activos y pasivos*; 4. *Prueba de la simulación*; 5. *Simulación instrumentada en documento público*.

I. La doctrina dominante ha venido construyendo la teoría de la simulación dentro de los límites del campo contractual, encuadrándola en un apartado más de su amplia problemática.

Sin embargo, esta apriorística limitación contrasta con la realidad de los hechos, que nos muestran cómo el imperio de la simulación, producto de un impulso instintivo del hombre, ratificado después racionalmente como eficaz instrumento para la vida en sociedad a que el hombre está llamado, escapa del frondoso árbol de los contratos para irrumpir en el ámbito total de la vida.

Simular equivale, tanto en su origen etimológico como en el lenguaje corriente, a hacer aparecer lo que no es (1), y siendo una de las formas que la mentira reviste, se manifiesta como ésta en todas

(1) Para no citar sino una de las aportaciones ya clásicas y la más reciente referencia a la materia vid. FERRARA, F.: *La simulación en los negocios jurídicos*, Madrid, 1926, pág. 59 y nota 1, y CARIOTA FERRARA, L.: *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1949, pág. 496.

las esferas de la actividad social (2). Así, toda situación jurídica en que la realidad pueda estar disociada de la apariencia, con un fin de engaño, es campo propicio para la simulación. El hecho, innegable, de que sea en el campo contractual donde este fenómeno reviste mayor importancia, presente aspectos más curiosos y se realice con mayor frecuencia justifica tan sólo el que la doctrina se haya ocupado de la simulación contractual con cierta preferencia, no, en cambio, la exclusión apriorística de otros aspectos no menos interesantes. Los criterios estadísticos no pueden ser decisivos para fijar la naturaleza de una institución.

En otro lugar trataremos alguno de estos aspectos, descuidados quizá por no ajustarse siempre al esquema negocial clásico, al que la doctrina tradicional ha querido en todo caso reconducir la simulación (3)

1. Limitando nuestro estudio dentro del marco del obrar humano, entendemos por simulación la realización de un acto o de un conjunto de actos dirigidos a escindir apariencia y realidad con un fin de engaño. Hay simulación siempre que se produce una disociación de apariencia y realidad con fin de engaño.

Elementos de esta noción son el juego de apariencia y realidad y el fin. La adecuada conjugación de los dos primeros elementos da lugar a tres especies fundamentales de simulación. La pervivencia en todas ellas de un mismo fin de engaño, no necesariamente ilícito, mantiene la unidad esencial del concepto.

La característica más saliente de la simulación es, sin duda, el

(2) BELEZA DOS SANTOS, J.: *A simulação em Direito Civil*, Coimbra, 1921, página 61.

(3) Así, p. ej., FERRARA, loc. cit., pág. 121 afirma que "el terreno en que se mueve la simulación es el de los negocios jurídicos" y más atrás, pág. 60 llega a la conclusión de que "el significado genérico de la simulación, que no llega a darnos una figura propia y autónoma, no tiene interés. Es preciso que estudiemos el concepto con relación a los negocios jurídicos." En una obra muy posterior como es la de BUTERA, A.: *Della simulazione nei negozi giuridici o degli atti in fraudem legis*, Torino, 1936, pág. 90 se dice que "el teatro en que largamente se mueve y obra la simulación es el contractual. La simulación no recae más que sobre los contratos, no en los testamentos y en los negocios jurídicos unilaterales", citándose abundante bibliografía en este mismo sentido, vid. pág. 90, nota 2.

Basta, por lo demás, pasar revista a los estudios sobre simulación para observar como, aun cuando explícitamente no se diga, se ha venido estudiando tan sólo la simulación contractual, reflejándose claramente tal postura en las definiciones propuestas.

Para la teoría tradicional de la civilística francesa que ha venido construyendo, en base del art. 1.321 del C. c., toda la difusa teoría de las *contre-lettres*, puede verse en el sentido apuntado las obras de MILHAUD: *Des actes apparentes et des actes imulés. De la simulation dans les actes juridiques*, Montpellier, 1889; CAZAL: *Etude théorique et pratique sur les actes simulés*, Montpellier, 1897; BARTIN: *Théorie des contre-lettres*, Paris, 1885; PASSAMA: *Simulation dans les actes juridiques*, Toulouse, 1877; FLAVIAN: *Des contre-lettres*, Paris, 1929, etcétera, además de los tratados generales. Como excepción puede citarse la tesis de APÉLLE: *La simulation dans la vie juridique*, Marseille, 1938. Para la aplicación de los principios que exponemos en las páginas que siguen a sector concreto del moderno Derecho mercantil puede verse nuestro estudio *La simulación en la autonomía* en la "Revista de Derecho mercantil": nov-dic. 1941 págs. 349-411.

contraste entre el significado que un acto o conjunto de actos exteriores tienen socialmente, objetivamente, y el que les atribuyen sus actores.

2. El juego de la apariencia y realidad puede dar lugar a las situaciones siguientes, que vamos a precisar porque la terminología jurídica en materia de simulación no es rigurosa ni parece definitivamente fijada: apariencia sin realidad es el acto simulado puramente ficticio; apariencia desfigurando una realidad diferente, enmascaramiento. Así diremos que una suscripción es ficticia cuando, realizada tan sólo en apariencia, no ofrece los caracteres de realidad. Un ejemplo típico del segundo supuesto es el de la venta enmascarando una donación.

La ficción es, pues, en suma, la representación de algo que no existe realmente. El procedimiento de provocar la apariencia de un acto, inexistente realmente, con el fin de que los demás crean en su existencia. En el polo opuesto de esta simulación de carácter privado están las ficciones legales, a través de las que un hecho se supone legalmente existente para atenuar o corregir la norma positiva.

La distinción entre acto simulado y acto ficticio, de amplias repercusiones prácticas, viene a coincidir así con la más usual dentro de la simulación contractual de simulación absoluta (acto puramente ficticio) y simulación relativa (acto simulado).

El que hemos denominado enmascaramiento es el tipo de simulación que mejor se corresponde con la concepción tradicional.

La doctrina francesa ha venido denominando, en una abundante literatura, "contre-lettre" al documento en que se hace figurar que el acto secreto enmascarado por el acto es aparente. En los dominios de la simulación convencional se le ha denominado, más genéricamente, acuerdo simulatorio.

Como complemento de ciertos enmascaramientos, es frecuente la simulación por interposición de persona. Alguien finge estipular un negocio con un determinado sujeto cuando en realidad quiere estipularlo y lo estipula con otro que no aparece. Es el enmascaramiento del acto extendido a los actores, llamado también por ello simulación relativa subjetiva. No todo enmascaramiento, sin embargo, presupone necesariamente la persona interpuesta, prestanombre u hombre de paja. El sujeto que no aparece se suele denominar persona real. La figura, en su conjunto, puede calificarse de interposición ficticia (o simulada) de persona, para distinguirla de la interposición efectiva de persona, que viene a coincidir con la representación indirecta, en la que una persona efectivamente adquiere, o enajena, o hace algo en nombre propio, pero en interés o por cuenta ajena (4).

En el caso de interposición simulada de persona, el negocio se estipula entre dos sujetos (A y B); pero, en definitiva, el beneficio

(4) Contra esta tesis todos aquellos que incluyen los negocios fiduciarios dentro del marco de la simulación.

de éste redundaría en favor de otro (C). En la terminología más usual se calificaría como supuesto de simulación relativa (5). Si entre A. y B se realiza una donación enmascarada de venta, hay tan sólo simulación del acto, simulación del negocio. En una venta aparente de A y B, siendo B prestanombre de C, real adquirente, hay también simulación de persona.

Conviene advertir que para que se dé el supuesto de simulación por enmascaramiento no es necesaria la concurrencia de dos actos de naturaleza diferente (venta y donación, en el ejemplo precedente); es suficiente haya habido un acto aparente diferente del real (6).

Nuestro Tribunal Supremo ha entendido certeramente que el contrato celebrado por persona interpuesta es válido en principio y fuente de acciones para las tres partes contratantes, y está sujeto al pronunciamiento de la nulidad de la convención cuando persiga un fin ilícito y cuyas consecuencias hayan pretendido esquivarse por medio de la simulación (7).

3. El Derecho, dictado para el gobierno de una comunidad determinada, lejos de permanecer inalterado, petrificado, debe adaptarse a los nuevos supuestos que la realidad, siempre cambiante, vaya presentando. Uno de los instrumentos más fecundos al servicio de esta necesidad ha sido y es todavía la simulación.

La obra del legislador, necesitada siempre de reflexión, no ha seguido, en ocasiones, la rapidez de la evolución social, ni tampoco ello hubiera sido siempre deseable. La ausencia del texto legal ha sido suplida por los particulares adaptando los tipos anteriormente establecidos que, permaneciendo aparentemente inmutados, vienen a cumplir exigencias y funciones diversas de las que originariamente fueron llamados. Así han nacido nuevos negocios, que, reconocidos a menudo por la jurisprudencia y sancionados oficialmente después por el ordenamiento jurídico, gracias a la función creadora de la simulación, heraldo que crea nuevas formas jurídicas y las coloca bajo la protección del Derecho. Su triunfo, con el reconocimiento legal, señala también su fin, porque suprime su razón de ser.

II. 1. La voluntad humana, a la que el derecho objetivo concede un amplio poder para regular las relaciones jurídicas, exteriorizada a través de las que la técnica jurídica denomina declaraciones de voluntad, constituye el sustrato esencial del negocio jurídico, a la par que la voluntad no manifestada carece, en principio, de todo valor para el Derecho.

Es lo normal que entre la voluntad interna y la declarada exista

(5) FERRARA, loc. cit., pág. 66 y MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale*, Milano, 1947. I. págs. 333 y ss.

(6) Para esta materia puede verse DESFLEU-MORTIERS: *La simulation par l'emploi d'un tiers. Essai sur les interpositions de personnes*, Th. Paris, 1916, y CÁMARA: *Simulación de los actos jurídicos* Buenos Aires, 1944 págs. 124 y ss.

(7) Cfr. S. 1 febrero 1941 y CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, Madrid, 1941. II. pag. 600.

plena correspondencia, que la declaración sea fiel reflejo del interno querer; pero la ciencia del Derecho ha tenido también en cuenta aquellos casos en que la declaración no expresa la efectiva voluntad del sujeto, o es emitida sin real voluntad interna. En estos últimos casos se dice que existe divergencia, consciente o inconsciente, entre voluntad y declaración. Y siendo posible, y aun de hecho en ocasiones frecuente, este desacuerdo entre voluntad y declaración, ¿cuál debe prevalecer? ¿Cuál debe ser el régimen a que debe someterse este supuesto? El intento de solucionar estos problemas ha originado una de las más enconadas controversias de la problemática del Derecho privado, fomentada por la ausencia de regulación positiva, dando lugar, fundamentalmente, a dos teorías radicalmente contrapuestas: las llamadas de la voluntad, más rancia, y de la declaración, posterior. El punto de discordancia está en determinar si debe prevalecer la valoración subjetiva o la objetiva, esto es, en otras palabras, si debe considerarse como operante para el Derecho la declaración tal como aparece en el mundo exterior, o el real y efectivo querer del declarante (8).

Muchos y contrapuestos intereses en pugna dependen del sentido de la solución adoptada, y por ello en el continuo replanteamiento de la cuestión han sido tenidos en cuenta no sólo los puros principios de lógica jurídica, sino también los intereses en juego y el fin lícito o fraudulento perseguido por las partes.

La exposición crítica de las diversas teorías nos llevaría muy lejos y descentraría este necesariamente breve estudio de introducción. Su visión unilateral del problema ha dado lugar a justas críticas, y hoy puede decirse que, superados los radicalismos extremos, la doctrina se ha esforzado en adoptar posturas conciliadoras, entre las que se deben citar las teorías de la confianza o de la legítima expectativa y la de la responsabilidad, basada en una idea de culpa (9).

Como síntesis de la evolución, cabe afirmar que la doctrina moderna ha mantenido entre las partes el predominio de la valoración subjetiva sobre la efectiva, y, frente a los terceros de buena fe que han creído en la apariencia, la solución inversa. Con ello se pretende compaginar el imperio del dogma de la voluntad y la necesaria protección de la buena fe y la seguridad del comercio jurídico (10).

(8) En realidad, para los partidarios de esta última postura la figura de la simulación, tradicionalmente encuadrada entre los supuestos de divergencia consciente entre voluntad y declaración, debería ser lógicamente suprimida, por ser la declaración simulada obligatoria jurídicamente aun para los mismos contratantes, puesto que el derecho atiende a las acciones externas de la voluntad y no a las fluctuaciones internas del querer, vid. FERRARA, loc. cit., pág. 68.

(9) Cfr. BUTERA, loc. cit., pág. 17; para una exposición de teorías BELEZA páginas 3-44; CÁMARA, págs. 5-33, y para un recentísimo planteamiento CARIOTA FERRARA, pág. 390.

(10) CASTÁN, loc. cit., I, págs. 295-298. Nuestro T. S. recoge esta moderna postura en la S. de 23 de mayo de 1935. Vid. sobre la materia BUTERA, loc. cit., páginas 10 y ss; PUGLIESE, G.: *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di*

Tres casos de divergencia entre la voluntad interna y la declarada son lógicamente posibles: a) Interno querer sin declaración de voluntad; b) Declaración de voluntad sin interno querer; y c) Interno querer y declaración de voluntad en su íntima correspondencia. En el primer caso nos encontramos con la reserva mental, sin importancia, como regla general, para el Derecho. En principio, no es invocable porque la voluntad que no hace su aparición en el mundo exterior es un fenómeno arcano y misterioso del que el Derecho se desinteresa. El segundo supuesto es el del negocio simulado; el tercero es el normal en el ámbito de los negocios jurídicos.

a) Un negocio es simulado cuando las partes, de común acuerdo, asignan a sus declaraciones de voluntad un valor diverso del que objetivamente tengan en el caso concreto, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un negocio inexistente o diverso del realmente concluido.

b) Elementos constitutivos de este negocio, según la concepción más clásica, son: una declaración deliberadamente disconforme con la intención, concertada de acuerdo entre las partes, y emitida con fin de engaño.

Para la doctrina tradicional, hay en todo negocio simulado una divergencia deliberada, voluntaria, entre la declaración y la voluntad, que deberá ser regulada según la disciplina propia de ésta (11).

Una doctrina posterior ha negado la existencia de tal divergencia, atribuyendo su nulidad a la correcta interpretación del valor que las partes atribuyen realmente a su manifestación de voluntad. Se argumenta que en estos casos ninguna de las partes manifiesta una voluntad en contraste con el interno querer, sino que entrambas están de acuerdo en dar una apariencia de veracidad a una voluntad diversa de la real, de tal manera que, en definitiva, realizan dos actos antitéticos: de un lado declaran aparentemente querer algo; por otro, no querer nada o querer algo diferente (12). Solamente negando la contraposición entre el elemento objetivo y el subjetivo, se añade, es posible justificar la validez del negocio disimulado, que resultaría, de otro modo, querido, pero no manifestado. Esto aparece muy evidente, se dice, cuando la forma del negocio simulado (escrito, acto público) es requerida para la validez del negocio disimulado (13).

Diritto romano. Padova, 1938, págs. 2 y ss., y MESSINEO: *Manuale*, I, páginas 274 y ss.

(11) FERRARA, loc. cit., págs. 6 y ss.; SCIALOJA: *Negozi giuridici*, Roma, 1933, pág. 332; PESTALOZZA, voz *Simulazione*, en la "Enciclopedia Giuridica Italiana", vol. XV, parte segunda, pág. 750; BUTERA, loc. cit., págs. y ss., esp. 9, y CARIOTA FERRARA, loc. cit., págs. 496 y ss.

(12) STOLFI, loc. cit., pág. 122.

(13) PUGLIESE, loc. cit., págs. 3-4, nota 2. Como precursor de esta postura se señala a SAVIGNY: *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1801, III, página 347, siendo desarrollada por SEGRÉ, G.: *Scritti giuridici*, Cortona, 12.º, I, página 127; *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano nel diritto germanico*, en "Scritti", pág. 422 y recogida por BETTI: *Diritto romano*,

Pero estos argumentos no nos parecen convincentes porque, tanto frente a terceros, en contemplación de los cuales las declaraciones simuladas se emiten, como entre las partes, las declaraciones divergen de la respectiva e interna voluntad; lo que ocurre es que entre esta última tal declaración aparente es inocua, porque ha sido emitida de común acuerdo. Los autores de la simulación están exclusivamente vinculados por el "quod dictum". El negocio disimulado vale entre las partes porque es realmente querido por ellas (14).

El fin perseguido y la naturaleza misma del negocio simulado exigen que éste se manifieste de algún modo exteriormente. Un negocio concluído por las partes oralmente, sin la presencia de testigos, no reproducido posteriormente de manera alguna, no puede ser aceptado de simulación, ya que su manifestación exterior, quedando reducida a un hecho interno entre las partes, no es susceptible de ser conocido por los terceros sino a través de las manifestaciones de las partes. Y en este caso, cuando estas manifestaciones no sean fiel reflejo de la relación efectivamente constituida, se deberá hablar más propiamente de falsedad que de simulación. Por ello, es necesario que el acto constitutivo del negocio simulado se realice en presencia de extraños, o sea, consignando por escrito (15). No creemos, sin embargo, como han entendido algunos (16), que en todo caso la conclusión del negocio por escrito sea esencial para la eficacia de la simulación.

Para una abundante doctrina, que pervive en todos los seguidores de la teoría francesa de las "lettres" y las "contre-lettres", concurren en el negocio simulado dos declaraciones—ficticia y real o contra declaración—, elementos distintos, pero necesarios, que se neutralizan y anulan.

Esta postura no es, sin embargo, plenamente convincente, porque admitir que ha existido un primer acuerdo y después se ha celebrado otro que lo contradice no se ajusta a la realidad del proceso psicológico del acto simulado, a través del cual las partes persiguen, desde el primer momento, producir una apariencia, una ilusión.

El acto simulado nace de un proceso deliberativo único desde su origen, no afirmando los contratantes, ni siquiera por un momento,

parte generale Padova, 1935, pág. 278. También dentro de esta misma dirección MESSINA: *La simulazione assoluta*, "Riv. Dir. Comm.", 1907, I, página 393, esp. 500.

(14) Por ello no me parece exacta la crítica de PUGLIESE, pág. 4, nota 2, a BUTERA, pág. 9, por que las partes no manifiestan su interna, real y verdadera voluntad, sino algo que, en atención a los fines perseguidos, es ficticio. Como dice CARIOTA FERRARA, loc. cit., pág. 397 habría imposibilidad de divergencia si esta debiera existir entre la declaración y la voluntad de declarar, pero aquí la divergencia es entre la manifestación y la voluntad del contenido o del resultado práctico de esta, lo que es distinto y posible.

(15) PUGLIESE, loc. cit., pág. 1, nota 1.

(16) MESSINA: *La simul...* cit. págs. 510 y ss.

la seriedad del negocio ostensible, para modificarlo con posterioridad (17).

c) Para una doctrina que ha venido siendo dominante (18), la existencia de un acuerdo inter partes de emitir frente a terceros una declaración ficticia, esto es, del llamado acuerdo simulatorio, es un requisito esencial y característico en todo negocio simulado.

A pesar del predominio innegable de este punto de vista, que dificultaría en algunos supuestos la identificación del negocio simulado, no es fácil encontrar en la doctrina una neta y clara justificación de este requisito. Ello obliga a un planteamiento de la cuestión, que sólo podrá ser resuelta satisfactoriamente partiendo de la función del acuerdo simulatorio en todo proceso de simulación. No parece lícito admitirlo sin más, *a priori*, como requisito necesario de la simulación.

Estando este acuerdo privado entre las partes destinado tan sólo a eliminar toda posibilidad de equívocos en sus recíprocas relaciones, concretando de manera precisa el real contenido de su voluntad, no parece necesario la existencia en todo caso de tal acuerdo previo y expreso. La simulación exige, ciertamente, que las partes estén de acuerdo sobre el valor de sus actos exteriores; pero ello no supone, necesariamente, que hayan pactado previamente el exacto valor de los mismos. En la mayoría de los casos, tal acuerdo acompañará al negocio simulado, porque las partes, buscando la seguridad en sus transacciones, siempre deseable, no suelen conformarse con la simple esperanza de ser entendidos, lo que, unido al interés en ocultar la simulación frente a todo intento de desenmascaramiento, induce a celebrar el acuerdo inter partes. Por ello, en nuestra exposición nos referiremos a este supuesto como más general.

Han surgido también dudas al plantearse el problema de saber si hay un solo negocio con dos declaraciones de voluntad que se neutralizan o modifican recíprocamente, o se trata de una suma de dos negocios jurídicos que llevan al mismo resultado concreto.

Para algunos autores se trata de dos declaraciones autónomas e independientes, que no pudiendo coexistir, se anulan y neutralizan, dejando inalterada la situación objetiva de las cosas. Se trata de un querer y un no querer simultáneo que no producen una alteración en el mundo exterior (19). Tampoco FERRARA (20) ve una declara-

(17) CÁMARA, loc. cit., págs. 50-51.

(18) SAVIGNY, loc. cit., pág. 347; PESTALOZZA, loc. cit., pág. 749; MESSINA, loc. cit., págs. 506-507; BUTERA, loc. cit., núms. 35 y ss.; STOLFI, loc. cit., página 123; CÁMARA, loc. cit., págs. 40 y ss.; CARIOTA FERRARA, loc. cit., págs. 497 y ss. En contra PUGLIESE, loc. cit., págs. 12 y ss.

(19) Cfr. para esta cuestión FERRARA, loc. cit., págs. 68 y ss.; BUTERA, páginas 236 y ss. Es la doctrina de gran parte de los autores alemanes que viene, en esencia a coincidir con la doctrina francesa de las "contre-lettre". La diferencia estriba en que mientras los alemanes ven un solo negocio, cuyo contenido se neutraliza, los franceses hablan de dos negocios que también vienen a neutralizarse.

(20) Loc. cit., pág. 71.

ción única y compleja, sino varias declaraciones distintas e independientes, con fines diversos y diversa importancia jurídica. En la simulación concurren dos declaraciones separadas y autónomas, que tienen en la mente de los contratantes una función diversa: la primera sirve para regular sus recíprocas relaciones, en lo que se agotan sus efectos; la segunda, para producir la apariencia ante terceros, con propósito de engaño. Hay aquí un acuerdo sobre la no realidad del negocio y la voluntad de producir la ficción; pero este acuerdo resulta ya de la sola declaración de contratar aparentemente (de la contrao antideclaración), y, por su parte, la declaración pública, con la cual viene a ejecutarse dicho acuerdo, y que tiende a producir la ilusión en el público, está, en sí misma, con un contenido y un fin determinado.

La idea de la neutralización es excluida por FERRARA por la unidad de la acción de la voluntad, que supone dos términos igualmente eficaces y contrarios. Además, para que dos declaraciones se neutralicen, precisa que se sucedan en el orden de lo positivo a lo negativo, y así, sustrayendo la una el contenido de la otra, dan por resultado cero.

Quizá se pueda llegar a una conciliación entre estas dos contrapuestas doctrinas, en el sentido de que entre las partes prepondere la unidad de relación frente a terceros, la coexistencia de dos actos. Los autores de la simulación están exclusivamente vinculados por el "quod gestum"; frente a los terceros, en general, vale el "quod dictum".

En el caso de simulación relativa, la segunda declaración es lo que se ha venido denominando contradecларación, y viene a precisar el contenido del negocio disimulado. En la absoluta se aclara tan sólo, por ella, que la declaración exterior se hace solamente con fin de engaño a terceros y que no se quiere realmente. Ambas declaraciones pueden ser verbales o escritas. La contradecларación, más comúnmente, suele ser escrita.

En todo caso, el procedimiento simulatorio se agota en la realización del negocio simulado. La simulación queda perfecta en el momento mismo de la celebración del contrato simulado, que tiende a producir la situación jurídica ilusoria. Todo lo que pueda suceder después de un "post factum" que no interesa para integrar la simulación: se trata, simplemente, de un efecto de la misma (21).

d) Una doctrina predominante (22), apenas contradicha (23) con-

(21) Cfr. FERRARA, loc. cit., pág. 67. En contra MESSINA, loc. cit., pág. 511, basándose erróneamente en la idea de que la simulación persigue siempre un fin fraudulento, ve en el negocio simulado un solo grado del proceso simulatorio, que sólo se perfecciona con la oposición del negocio simulado a los terceros que viene a consumar el engaño.

(22) Cfr. FERRARA, loc. cit., págs. 61 y ss., espec. 65; PESTALOZZA, loc. cit., página 747; BELEZA, loc. cit., pág. 66; CÁMARA, loc. cit., págs. 44 y ss., y CARIOTA FERRARA, págs. 498 y ss.

(23) PUGLIESE, loc. cit., pág. 24.

sidera esencial al negocio simulado el fin de engaño; o sea: la intención de las partes de inducir a terceros, genéricamente, a un falso conocimiento del negocio. Este sería el elemento diferencial de los negocios concluidos "per iocum", "docendi causa", o con fines de representación teatral.

Decimos intención de engaño y no intención fraudulenta o de perjuicio, porque la simulación no persigue necesariamente un fin ilícito. Se trata de un procedimiento destinado a escindir apariencia y realidad, y, por ello, psicológicamente, moralmente, es incolora (24), neutra (25). Así como hay mentiras disculpables, que aun en determinados casos la moral las impone como un deber, no faltan supuestos de simulación en que se engaña sin intención de perjudicar. Son los móviles los que colorean psicológicamente la simulación, y por ello su determinación presenta un indudable interés, porque permite distinguir la simulación lícita de la ilícita. Si la simulación va dirigida contra persona que no tiene interés alguno en conocer la realidad, o que, aun teniendo un interés opuesto al del simulador, no está protegido por la ley, se trata de un instrumento de lucha, en sí lícito. Si está destinada a ocultar una violación legal, poniéndose así al servicio del fraude, será ilícita. Lícitamente puede simularse con simple fin de ostentación, para aparentar una fortuna que no se tiene, por modestia para no revelar una acción generosa, por precaución para librarse de la insistencia de quienes pretenden que se enajene una cosa que uno quiere conservar, o evitar envidias y rivalidades, por interés, a fin de promover el desenvolvimiento de los propios negocios, sin que en ninguno de todos estos ejemplos y de otros muchos que se podrían citar haya un propósito ilícito.

Reputamos, por ello, inadmisibles las tesis de quienes sustentan que la simulación está siempre inspirada en un propósito fraudulento de perjudicar a terceros (26). El "animus nocendi" no es un elemento de la simulación: lo es, en cambio, el "animus decipiendi".

Más frecuente es, sin embargo, la simulación con fin ilícito, cuya misión es velar la transgresión de una prohibición. En este sentido se ha dicho que el fraude es normalmente el convidado de piedra en todos los actos simulados (27).

c) Para que se dé un supuesto de simulación es preciso que el valor asignado por las partes a sus respectivas declaraciones de voluntad sea diverso, no sólo del comúnmente atribuido, sino también de aquel que en el ambiente social pueda entenderse en el caso concreto. Para la consecución del fin de engaño perseguido, por medio

(24) FERRARA, págs. 65-66, y ABELLE, loc. cit., pág. 60.

(25) V. TUHR, II, 2, pág. 241 (trad. argentina), insiste también en la posibilidad de que se persigan fines deshonestos o lícitos; JOSSEMAND: *Les mobiles dans les actes juridiques du Droit privé*, Paris, 1928, pág. 241 y CÁMARA, loc. cit., página 135, con citas de doctrina argentina.

(26) La tesis criticada es la sustentada por MESSINA loc. cit., pág. 507.

(27) CÁMARA, loc. cit. pág. 135.

del procedimiento simulatorio, es necesaria la antítesis entre la valoración subjetiva y la objetiva del acto exterior. Elemento peculiar del negocio simulado es la divergencia entre la apariencia y la realidad, el contraste entre el "quod dictum" y el "quod gestum". Esto es doctrina común. Las divergencias surgen tan sólo, como hemos visto, en lo tocante al origen y naturaleza de este contraste. Por esta razón nos parece absurdo hablar de la misma posibilidad de una simulación reconocible por los terceros. Evidentemente, los terceros pueden descubrir el carácter simulado de un negocio, porque, de lo contrario, todos los terceros tendrían que ser necesariamente de buena fe. Pero una vez que tales terceros vienen en conocimiento del real significado de las declaraciones, no pervive ya el negocio como tal negocio simulado. Es característica de la simulación sólo la razonable probabilidad de que los extraños al negocio, genéricamente, entiendan la manifestación en su significado normal. Cuando en un caso concreto esta probabilidad quiebra y el negocio aparece tal como es, no puede seguirse hablando de un negocio simulado, por lo menos ante los terceros en cuestión.

En contra de esta tesis, que puede considerarse dominante (28), BETTI (29) cree en la existencia de verdadera simulación, aun en el caso de que sea realizada de modo externamente reconocible, afirmando que hay que buscar en este concepto amplio de simulación el origen histórico de los negocios realizados "ioci causa" y de los negocios fiduciarios, nexo genético que debe negar quien no vea en la simulación exteriormente reconocible un verdadero supuesto de simulación.

Pero la tesis de BETTI no parece convincente, ya que un concepto de simulación tan extraordinariamente amplio no es tan sólo contrario al significado etimológico y técnico comúnmente admitido, sino que permite agrupar como integrantes de una única categoría jurídica fenómenos y figuras esencialmente diversas que merecen una disciplina propia. Por lo demás, al faltar la apariencia engañosa, gran parte del régimen jurídico de la simulación, estructurado para la protección de los terceros de buena fe, carecería de fundamento lógico.

3. a) La simulación y la reserva mental, supuestos ambos de divergencia consciente entre declaración y voluntad, presentan profundas analogías. En el caso de reserva mental conocida por la otra parte, la distinción es muy sutil y, eficazmente, en muchos casos, impracticable (30). Cuando la reserva mental es conocida, deja de ser tal, y sus semejanzas con la simulación aumentan, porque aquí también ambas partes saben que la declaración no es querida. Sin embargo, tampoco en este caso cabe confundir ambas figuras, porque para

(28) Cfr. PUGLIESE, págs. 19 y ss.

(29) *Diritto romano*, Padova, 1935, núm. 61.

(30) TUHR. op. cit. II, 2, pág. 241.

que haya simulación es necesario que las partes hayan procedido de común acuerdo para crear la apariencia del negocio (31).

En los supuestos normales, el punto más notable de divergencia está en que la reserva se desenvuelve en la mente de uno de los contratantes y, por ello, es inoperante para el Derecho, siempre no sea conocida por la otra parte, mientras que el negocio simulado presupone la manifestación externa de las partes. En los negocios jurídicos unilaterales no recepticios puede darse la reserva mental, figura indiferente al Derecho, no la simulación. En estos negocios todo intento de simulación se resolvería en una reserva mental. La simulación ha de ser bilateral o colectiva; la reserva mental es siempre obra de uno. Además, el destinatario en la reserva mental es el otro contratante; en la simulación, son los terceros. La reserva mental no afecta al acto viciado; la simulación puede ser causa de la anulación del negocio (32).

b) La categoría de las declaraciones no serias comprende no solamente los ejemplos conocidísimos de la broma y las declaraciones con fin pedagógico o teatral, sino también la reserva revelada directamente por el declarante a la otra parte antes de que ésta reciba la declaración. Ahora bien: la voluntad, que constituye la base del negocio jurídico simulado, debe ser seria. La declaración de voluntad emitida "ioci causa", por broma, con fines de enseñanza o en escena, está privada de intención jurídica, estando incapacitada para dar nacimiento a un negocio. No surge ningún negocio si falta el "animus contrahendae obligationis", si no concurre la intención de asumir un vínculo jurídico. La relación nacida "ioci causa" no tiene de negocio jurídico ni siquiera la apariencia, porque de la manera en que se desenvuelven y las circunstancias que los rodean hacen comprender fácilmente a los terceros que no se pretende realizar ningún negocio jurídico (33).

c) Bajo la denominación genérica de negocios ficticios se han agrupado todas aquellas figuras negociales en que el valor de las manifestaciones de las partes, aun cuando diverso de lo ordinario, es reconocible "prima facie" por los terceros, dada la falta de separación suficiente entre las declaraciones y las circunstancias que sirven para su interpretación. Esta categoría comprendería, no tan sólo aquellos negocios concluidos "ioci" o "docendi causa", sino también las manifestaciones privadas de un elemento esencial, como serían una

(31) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho privado*, I, pág. 15; BRUGI: *Instituciones de Derecho civil*, UTEHA, 1946, pág. 132, insiste también en que en el caso en que la otra parte conozca la reserva mental y se aproveche del acto en beneficio propio, sea una figura análoga a la simulación, pero no idéntica.

(32) Cfr. sobre la materia, ampliamente. FERRARA, loc. cit., pág. 74 y ss.; BUTERA, loc. cit., págs. 30 y ss., 321 y ss.; ROCA, loc. cit., págs. 15 y ss.; BRUGI, loc. cit., pág. 132; PUGLIESE, loc. cit., págs. 28-29; CÁMARA, loc. cit., págs. 51-57. y CARIOTA FERRARA, loc. cit., págs. 500 y ss.

(33) BUTERA, loc. cit., págs. 10-11 y PUGLIESE, loc. cit., pág. 29

venta o un arrendamiento sin precio o renta, o siendo éstos tan bajos ("nummo uno") como para no ser tenidos por existentes, y todos aquellos negocios que en la intervención de las partes deberían ser simulados, pero que se manifiestan como no serios.

La postura de los negocios aparentes, se ha añadido (34), no es diversa, ya que constan de una estructura exterior propia de un determinado negocio causal; pero son utilizados por las partes para la consecución de fines diversos de los que la causa típica originaria del negocio representa.

El requisito de la reconocibilidad del significado anormal de la manifestación en las relaciones con los terceros distingue claramente estos tipos negativos de los simulados.

Los negocios aparentes no son, como ha querido una numerosa doctrina, originariamente simulados, sino negocios reales empleados artificial y engañosamente y combinados de tal modo, que permiten obtener un resultado nuevo y distinto del deseado por las partes y no proporcionado directamente por el ordenamiento jurídico (35). No hay en estos casos simulación porque, conocidos por todos y establecidos a menudo en interés de todos, no engañan a nadie (36). La diferencia entre ambos tipos es, pues, de carácter técnico y psicológico: los actos simulados son producidos para crear una ilusión con objeto de engañar a los terceros; en los negocios aparentes la discrepancia entre el querer y su expresión se debe a motivos o circunstancias externas a la voluntad de los particulares, y como son conocidos por todos, no confunden a nadie sobre su significado (37).

d) Dos corrientes fundamentales han concurrido en la construcción dogmática de los negocios fiduciarios, en los que ha quedado impresa su peculiar impronta: la romanística y la germánica (38).

Según la doctrina más común, el negocio fiduciario es considerado, descriptivamente, por la corriente romanística como un negocio escogido por las partes para llevar a efecto sus fines prácticos, con el conocimiento de que los efectos jurídicos de este negocio exceden de los fines perseguidos, y desde un punto de vista estructural y funcional a la vez, como una forma compleja que resulta de la unión de dos negocios de índole y efectos diferentes, colocados en oposición recíproca: de un contrato real positivo, la transferencia de la propiedad o del crédito, que se realiza de modo perfecto e irrevocable,

(34) PUGLIESE, loc. cit., págs. 29 y ss.

(35) FERRARA, loc. cit., págs. 106 y ss., esp. 110; MILHAUD: *De la simulation dans les actes juridiques*, Th., Montpellier, 1889, pág. 19.

(36) ABEILLE, loc. cit., pág. 95.

(37) CÁMARA, loc. cit., pág. 95.

(38) Se habla también de una doctrina francesa cfr. MESSINA: *Negozi fiduciari*, en "Scritti giuridici", Milano, 1948, págs. 6 y ss., espec. 18 y ss. Para evitar repeticiones, para una amplia nota bibliográfica nos remitimos a RUBINO: *Il negozio giuridico indiretto*, Milano 1937, págs. 95-96, notas 21-22. En España, últimamente, las referencias de BONER, F.: en *Algunas figuras afines al contrato de mandato*, "Rev. Gral. de Leg. y Jurisp.", dic. 1948, págs. 652 y ss.

y de un contrato obligatorio negativo, la obligación del fiduciario de usar tan sólo en una cierta forma el derecho adquirido para restituirlo después al transferente o a un tercero (39).

Para la construcción germánica, el fiduciario adquiere un derecho de propiedad condicionado resolutivamente y con efecto real, o un derecho real limitado sobre la cosa del fiduciante, o encuentra, cuando se trata de investidura fiduciaria de derechos de crédito, en la ley misma la limitación de su contenido de conformidad con el fin (40).

Las diferencias entre ambas concepciones estriban principalmente en las modalidades de las limitaciones de los poderes del fiduciario: la construcción romanística se sirve de un simple pacto obligatorio; la fiduciaria de tipo germánico acude a una condición resolutoria (41).

La distinción entre simulación y fiducia es por demás intere-

(39) FERRARA, loc. cit., págs. 82 y ss., esp. 83-84; BRAGANTINI, L.: *Lianonima con un solo azionista*, Milano, 1940, pág. 102 apunta que el negocio jurídico que podemos denominar clásico está constituido por una transmisión de la propiedad, de la cual el fiduciario debe hacer el uso determinado por el pacto obligatorio. Pero no parece haya obstáculos en admitir que el negocio fiduciario pueda existir cuando en lugar de un derecho real sea transferido un derecho de crédito con el acuerdo "inter partes" de hacer un uso determinado. Lo mismo cabe decir cuando en lugar de un derecho de crédito sea transmitido un título de crédito y, en general, todas las veces que se conceda un derecho con el acuerdo "inter partes" de hacer de él un uso determinado. Por este camino BRAGANTINI, loc. cit., págs. 103-104 cree que cabe precisar esta figura diciendo que "frente al fiduciante el fiduciario tiene un poder (de disponer del derecho real o del derecho de crédito cedido) y que tiene a su cargo (y con eficacia naturalmente limitada inter partes) una obligación que limite el uso que puede hacer de lo que frente al fiduciante, es un poder". Aclara el autor que habla de "poder" por que el fiduciante no estará nunca obligado (a un determinando comportamiento) frente al fiduciario, sino solamente sujeto al uso y eventualmente al abuso que este haga. La palabra "poder" ha sido ya, por otra parte, usada por los autores para definir la posición jurídica del fiduciario. Cfr. CARIOTA-FERRARA, L.: *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, pág. 9, núm. 8, pág. 26 núm. 19; GRASSETTI: *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, "Riv. Dir. Comm.", 1936, I, pág. 355.

Así, el primer elemento del negocio fiduciario será un poder del fiduciario sobre la cosa o sobre el derecho que se le ha transmitido a su patrimonio, poder que tiene eficacia "erga omnes", y, por tanto, también frente al fiduciante. El segundo elemento es una obligación con eficacia "inter partes".

(40) Cfr. sobre este punto MESSINA: *Scritti*, cits., págs. 19 y ss.

(41) Una modalidad que no cabe reconducir a ninguna de las dos corrientes fundamentales apuntadas por carecer de base histórica nacionalista es la llamada "teoría de la legitimación" o de la propiedad formal o relativa, que atribuye la propiedad al fiduciario en las relaciones externas, considerándolo tan sólo mandatario del acreedor en las relaciones internas. Vid. sobre este punto MESSINA, loc. cit., últimamente, págs. 20-23. La construcción ha sido también utilizada en la doctrina anglosajona para explicar el "mortgage" y el "trust".

Para las diferencias entre titularidad y facultad de disposición nos remitimos a los autores citados por RUBINO, loc. cit., págs. 97-98, nota 26 bis, cuyo elevado número da idea de lo debatido del problema, a pesar de que su planteamiento es relativamente reciente.

sante. La concepción del negocio fiduciario como el resultado de la combinación de dos negocios, uno traslativo y otro obligatorio, con un evidente contraste entre los efectos del negocio traslativo y el fin práctico perseguido por las partes, aproxima un tanto los negocios fiduciarios a los simulados, y plantea más acusadamente la necesidad de su delimitación.

Sin embargo, una asimilación de ambas figuras negociales es sólo posible si se demuestra fundada en alguna de las tres hipótesis siguientes (42):

a) Que el negocio simulado es un negocio efectivamente querido, empleado como medio para la consecución de fines diversos del suyo propio, y contradicho por un compromiso personal de las partes de no hacer uso de la posición jurídica constituida. Esta postura de BETTI vendría a identificar los negocios simulados, no solamente a los fiduciarios, sino también, más ampliamente, con los indirectos. Dentro de la concepción de BETTI, que niega al negocio simulado su condición de irreal, GRASSETTI (43) adopta una postura menos extrema, al distinguir los negocios simulados de los fiduciarios, según persigan o no, respectivamente, un fin típico propio, en todo o en parte de un negocio. Tal postura nos parece poco convincente, porque no es preciso que el fin disimulado deba ser un fin típico, previsto legislativamente, encontrándose en la misma tesis defendida motivos suficientes para distinguir los negocios fiduciarios de los simulados.

b) Que es inadmisíble la constitución efectiva de un derecho amplio para fines limitados, por lo que ésta no puede ser más que aparente. PESTALOZZA (44), refutando la tesis de FERRARA, niega, en este sentido, que haya transmisión plena del Derecho al fiduciario; si las partes quieren un determinado fin, dice, no pueden querer un medio que exceda del mismo, en este caso la transmisión de la propiedad, porque la voluntad de las partes es una sola y no puede ser más que una.

Pero el razonamiento de PESTALOZZA, fundado sobre el presupuesto de que en la realidad no es posible una voluntad dirigida a conseguir lo menos a través de lo más, es arbitrario, porque por lo menos, a veces, no se puede conseguir siempre del modo como uno desearía, sino que en ocasiones es preciso andar un camino que excede del resultado final (45). Es evidente que en los negocios fiduciarios hay una sola voluntad; pero se trata de una voluntad compleja, de contenido múltiple. Se confunde en la argumentación de PESTALOZZA la causa del negocio con los motivos psicológicos (46). No parece imposible, pues, que las partes quieran realmente, aun en las relaciones internas, una situación jurídica superior a la normalmente nece-

(42) PUGLIESE, loc. cit., pág. 38.

(43) Loc. cit., pág. 359.

(44) Loc. cit., pág. 783, núm. 38, a él se suma CÁMARA, págs. 75 y ss.

(45) CARLIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, cit., pág. 49.

(46) PUGLIESE, loc. cit., págs. 42-43 y BONER, loc. cit., pág. 655.

saría para la consecución del fin pensado, y por ello, no cabe, por este lado, una asimilación de los negocios simulados a los fiduciarios.

c) Para otros (47) el concepto de la simulación es tan vasto que permite encuadrar en una categoría unitaria tanto negocio irreales como negocios reales limitados en sus efectos. Los negocios fiduciarios y los "in fraudem legis" quedarían incluidos en la amplia figura del negocio simulado, del que vendrían a constituir "las más singulares y conspicuas aplicaciones" y aunque se reconoce que en el negocio simulado la transmisión es sólo aparente, no se considera esta diferencia decisiva, añadiéndose que nada ha de ganar la ciencia del derecho con la creación de figuras superfluas (48). Sin embargo, en este último dato de la transmisión efectiva de la propiedad es el que nos impide subsumir en una misma disciplina jurídica los dos supuestos, a los que habrá que aplicar principios diversos. Concretamente, siendo el fiduciario el verdadero titular del derecho quien adquiere de él adquiere "a domino" y de tal manera no es preciso recurrir a los principios que rigen los conflictos entre voluntad y declaración o a la teoría de la apariencia para fundar en ella la validez de tal adquisición.

Ninguna de estas tres hipótesis, las únicas que permitirían una asimilación de los negocios fiduciarios a los simulados aparece como defendible. Por ello, afirmamos, con la doctrina dominante (49) la separación de estas dos figuras.

La función práctica del negocio fiduciario es diversa de la del negocio simulado. Las partes acuden al negocio fiduciario con la voluntad seria y efectiva no sólo de someterse a su disciplina jurídica, sino también de conseguir aquello que con sus efectos jurídicos normales (50). Estamos en presencia de un traspaso efectivo de un derecho de una persona (fiduciante) a otra (fiduciario), entendiendo que tal traspaso debe servir a fines determinados (51). Tanto el elemento real

(47) Vid. espec. BUTERA, loc. cit., págs. 35-36 y 65-66.

(48) También DEMOGUE: *Traité*, I, núm. 159, afirma que el negocio fiduciario es una subespecie o aplicación particular del acto simulado y niega la necesidad de hacer de él una figura autónoma. A la tesis de BUTERA, aunque limitándola tan sólo al supuesto de la simulación relativa se han adherido últimamente CÁMARA, págs. 77 y ss.

(49) FERRARA: *I negozi fiduciari*, págs. 745 y 758; ASCARELLI: *Il negozio indiretto e le società commerciali*, en "Studi di Diritto Commerciale in onore di Cesare Vicante", Roma, 1931 I, págs. 3 y ss. núm. 4; COVELLO: *Parte Generale*, pág. 371; CARIOTA-FERRARA: *I negozi fiduciari*, cit., págs. 43 y ss.; PUGLIESE, loc. cit., pág. 31-45; MESSINEO, loc. cit., I, pág. 338 número 11; FRANCESCHELLI, R.: *Il Trust nel diritto inglese*, Padova, 1935, págs. 16-17, número 8, muy recientemente CARIOTA FERRARA: *Il negozio giuridico*, cit., pág. 216.

En la doctrina mejicana PÉREZ PÉREZ, E., ha consagrado especialmente su tesis "La simulación y los negocios fiduciarios", México 1946, a la delimitación de simulación relativa y negocio fiduciario.

(50) ASCARELLI, loc. cit., págs 31-32 y FRANCESCHELLI, loc. cit., pág. 16, número 8.

(51) Así el negocio fiduciario se utiliza para conferir de modo particularmente eficaz un encargo al fiduciario, para procurarle la más fácil utilización de un derecho de crédito para entregarle la custodia y la disponibilidad de los

como el obligatorio son queridos real y positivamente por las partes. El primero porque da vida a aquel negocio jurídico real, que dado un determinado ordenamiento jurídico es necesario para la consecución del fin perseguido; el lado obligatorio porque permite superar la excesiva genericidad y extensión jurídica del primero. Se quieren ambos elementos porque sólo a través de ellos se consigue el fin particular perseguido, que en realidad es realizado en dos etapas correspondientes a los dos elementos constitutivos del negocio. En el primer tiempo se realizan, efectivamente, los efectos jurídicos típicos del negocio real adoptado, puesto que si bien es cierto que el fin perseguido por las partes no queda identificado con estos primeros efectos, no es menos cierto que en la segunda etapa se presuponen aquéllos y corrigiéndolos se llega al fin que las partes querían y que les movió a contratar (52). Conviene recordar que mientras en la simulación el negocio negativo destruye, reduce a la nada el positivo, según la concepción dualista, en el caso del negocio fiduciario el contrato obligatorio (negativo) tiende sólo a limitar indirectamente los efectos del contrato real (positivo). Como regularmente la relación obligatoria es secreta, en algún momento esta figura contractual puede presentar alguna semejanza externa con la simulación de persona.

En todo caso los rasgos propios de los negocios fiduciarios: coexistencia de una relación de derecho real con otra obligacional y la realidad del negocio con la utilización de un medio técnico excesivo normalmente para la consecución del fin práctico perseguido, y relevante ciertamente a los ojos de terceros, permiten una neta diferenciación admitida comúnmente por la doctrina.

Como es lógico, una vez trazada la línea de separación entre la simulación y la fiducia es ya cuestión de interpretación de voluntad la determinación de si un negocio concreto es simulado fiduciario. En general puede decirse que la simulación no puede ser admitida, sino cuando es probada y no es prueba a favor de la simulación el exceso del medio respecto del fin (53).

e) La construcción científica del negocio indirecto es reciente (54) y tiene sus orígenes en la dogmática alemana, partiendo de la intuición del fenómeno por IHERING en los derechos antiguos, especialmente en el derecho romano, de algunos tipos negociales utilizados para la consecución de fines diferentes de los ordinarios. La primera exposición orgánica sobre la materia es de KOHLER. Entre ambos, la obra

bienes a través de la transferencia de la propiedad de éstos, con el entendimiento de que el fiduciario debe hacer el uso prescrito por el fiduciante para eludir prohibiciones legales para obviar la incapacidad legal de recibir bienes, para asegurar bienes ("fiducia cum amico para sustraer bienes a los acreedores"), etcétera. Vid. MESSINEO, loc. cit., I, pág. 338, núm. 11.

(52) FRANCESCHELLI, loc. cit., págs. 16-17.

(53) CARIOTA-FERRARA, ob. cit., pág. 48.

(54) Puede verse una amplia reseña bibliográfica en RUBINO, ob. cit., pág. 1, nota 3.

de RABEL representa un poco el lazo de unión (55). La toma de contacto de la doctrina italiana se debe a FERRARA (56), preocupado por la delimitación del campo de los negocios oblicuos o indirectos, cuyos caracteres principales, dice, con la realidad del acto y la forma indirecta del procedimiento, que por caminos transversales tiende a la consecución de fines que no pueden alcanzarse por vía directa, estableciendo su diferenciación de los negocios simulados y sometiendo a crítica aquel sector de la doctrina alemana que los identifica. La primera exposición en términos más amplios, y que sigue siendo fundamental para ulteriores desenvolvimientos, es la de MESSINA (57). Después de la aislada exposición de PESTALOZZA (58) los brillantes estudios de ASCARELLI (59) y GRECO (60), aunque no han faltado impugnadores.

En España, últimamente el estudio de RODRÍGUEZ-ARIAS (61).

Para esta ya amplia y valiosa doctrina son negocios indirectos los que las partes concluyen a fin de obtener un resultado distinto de aquel al que el negocio conduce según su propia estructura. Se dice que hay una *disonancia* entre el medio adoptado y el fin perseguido, porque las partes quieren realmente concluir el negocio y someterse a su disciplina jurídica, pero para la realización de un fin que trasciende del negocio mismo. La problemática de esta figura es por demás sugestiva, pero tenemos que prescindir aquí necesariamente de ella, apuntando, sólo a fines de delimitación conceptual con la simulación, la noción más comúnmente aceptada en la doctrina.

El carácter real y visible de la operación llevada a cabo permite distinguir estos negocios de los simulados. No se da en el negocio indi-

(55) *Ibidem* págs. 2-3.

(56) Entre los diversos estudios figuran: *Le obbligazioni di beneficenza*, en "Riv. Ital. scien. giur.", 1905, XXXIX, págs. 390 y ss.; *I negozi fiduciari*, en "Studi per Scialoja", Milano, 1905, II, págs. 739 y ss.; *La simulación de los negocios jurídicos*, cit., números 5-8, págs. 82-117, trad. esp. de la quinta edición italiana refundida con ampliaciones del trabajo anteriormente citado.

(57) *Negozi fiduciari*, Milano, 1908. Introducción, cap. III, núm. 19, incluido ahora en "Scritti giuridici", I, Milano, 1948, págs. 69 y ss.

(58) *Simulazione*, Milano, 1919, págs. 110 y ss. y 119 y ss. y muy posteriormente, *Ancora della simulazione nelle anonime*, "Riv. Dir. Comm.", 1937, II, página 23 y en la misma "Riv.", 1930, II, pag. 121.

(59) *Simulazione e nuove funzioni nelle anonime*, en "Giur. Ital.", 1930, IV, páginas 265 y ss.; *Confusione del patrimonio della società o del socio*, Foro Italiano, 1931, I, págs. 027 y ss.; *Appunti di Diritto Commerciale*, Roma, 1933, I, págs. 401-404 y II págs. 27-28, hay trad. esp. editada en Méjico y Argentina; *Sulla dottrina del negozio indiretto nella giurisprudenza della Cassazione*, Foro Italiano, 1936, I, págs. 778 y ss. y 1388 y ss., y fundamentalmente *Il negozio indiretto e le società commerciali*, en "Studi Vivante", cit., que hemos utilizado esencialmente.

(60) *Le società di comodo e il negozio indiretto*, "Riv. Dir. Comm.", 1932, I, páginas 757 y ss. V. a. Foro Italiano, 1931, I, pag. 108. y "Riv. Dir. Comm.", 1935, II, págs. 125 y ss.

(61) *En torno al negocio indirecto y figuras jurídicas afines*, "Rev. Gral. Leg. y Jurisp.", marzo 1948 págs. 276 y ss., esp. 292 y ss. Compuesto nuestro trabajo ha aparecido en este mismo ANUARIO, Tomo II, fasc. III, págs. 918 y ss. el interesante estudio ORTEGA PARDO, G., sobre "Donaciones indirectas".

recto la divergencia entre voluntad y declaración propia de los negocios simulados. Las partes quieren efectivamente el negocio sometién-dose a su disciplina jurídica, porque sin los efectos típicos del negocio adoptado no sería posible cumplir el fin perseguido, que si no se identifica con aquellos efectos, sin embargo los presupone. No existe ningún acuerdo de simular, ni interés alguno en velar a los terceros el fin último perseguido. El procedimiento es utilizado a la luz del sol y ningún hombre experto se engañará respecto del último fin (62). El negocio simulado contiene siempre, más o menos, una alteración de la verdad; el indirecto, no (63).

La distinción entre el negocio indirecto y la simulación absoluta aparece clara y la doctrina conforme. Alguna duda se ha planteado respecto a la simulación relativa. En este punto se ha dicho (64) que si bien hay entre ambas numerosas y profundas diferencias hay también algún punto de contacto que podría inducir a hacer de la simulación relativa una especie característica de la categoría general del negocio indirecto teniendo en cuenta que "las partes quieren realmente una parte de la disciplina del negocio simulado para la consecución del fin del negocio disimulado". Así, por ejemplo, en la venta disimuladora de una donación se quiere realmente la parte de la disciplina de la venta que se refiere a la transferencia de la propiedad. Pero a ello cabe oponer (65) que, si bien la observación es aguda, afecta solamente al problema de la idoneidad del negocio simulado para enmascarar al disimulado: para que tal enmascaramiento pueda tener lugar es necesario que haya entre los dos algo de común, no cabe velar, por ejemplo, la compra de una casa con el arrendamiento de un fondo rústico. No es, en cambio, necesario que haya entre los dos negocios coincidencia de uno o más negocios jurídicos, es suficiente la coincidencia de un elemento cualquiera en el objeto o en el resultado material.

En todo caso hay siempre una diferencia notable entre el negocio indirecto y el relativamente simulado: el primero es un negocio real, empleado efectivamente por las partes como medio para la consecución de un fin ulterior que se realiza normalmente a través de un negocio diverso del que aparece concluido, mientras en la simulación relativa el negocio simulado no es ni siquiera materialmente un negocio, sino tan sólo unas declaraciones de voluntad a las que las partes atribuyen un valor distinto del aparente.

f) La incertidumbre reinante en la doctrina en torno al concepto de los negocios fraudulentos plantea serias dificultades de delimitación especialmente frente a los negocios simulados, habiéndose afirma-

(62) ASCARELLI, *Il neg. indir.*, cit., I, pág. 49 y FERRARA, loc. cit., pág. 117.

(63) BUTERA, loc. cit. pág. 36.

(64) GRECO, *Le società*, loc. cit. págs. 780 y ss.

(65) PUGLIESE, loc. cit. págs. 51-52.

do (66) que es esta una de las cuestiones más delicadas y discutibles que existen en nuestro tema (67).

Para los seguidores de la doctrina más común son negocios fraudulentos aquellos a través de los que se persigue, bajo una forma lícita, un resultado vedado por la Ley. Cualificados por el fin perseguido, determinadas figuras contractuales podrían devenir "in fraudem legis" por la circunstancia de violar una norma prohibitiva, sin llegar a constituir una categoría dogmática autónoma con propias características. Se trata de una violación indirecta del espíritu de la norma legal, de su substancia, aunque se respete y aún se atienda su letra (68). Contradicen el fin de la norma, el resultado social que esta quiere impedir, pero que no ha sido integrada en la misma a causa de una formulación imperfecta. Son, en suma, negocios que cuando la norma fuera susceptible de interpretación analógica, deberían considerarse "contra legem", pero que no pueden considerarse tales a causa del carácter restrictivo de la misma (69). Existe un acto en fraude a la Ley siempre que se haga una violación, aparentando conformidad con el texto de la Ley, pero contradiciendo su espíritu. El acto "contra legem" supone, en cambio, un choque brutal con la norma positiva. La contraposición se encuentra ya en un texto de PAULO, fr. 29, Dig., lib. I, título III. "Contra legem facit qui id facit, quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvus verbis legis, sententiam eius circumvenit." Es conocida la disparidad doctrinal entre objetivistas y subjetivistas al intentar precisar la verdadera esencia del fraude a la Ley, según atiendan al hecho material o a la intención de las partes. Si se piensa que lo que las partes persiguen es la consecución de un resultado y que su fin no es violar la Ley, que desearían no se interpusiera en su camino, parece más convincente la primera postura. Habría "in fraudem legis" siempre que se hubiera infringido el espíritu de la Ley, aún cuando se hubiera conformado a la letra, con independencia de la intención del agente.

De seguirse esta orientación doctrinal, la única figura apta para servir al proceso fraudulento serían los denominados negocios indirectos. La delimitación de esta figura del campo propio de la simulación se reduciría a la ya expuesta al tratar de los negocios indirectos (70).

(66) CÁMARA, loc. cit., pág. 58.

(67) El Prof. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, pág. 452, ve la razón de esta incertidumbre en la imprecisión con que se usa la expresión "fraude" en la doctrina y en la práctica.

(68) Cfr. en general, MESSINA, FERRARA, ASCARELLI, GRECO y CARIOTA-FERRARA. En España DE CASTRO, loc. cit., pág. 451 y DE BUEN: *Introducción al estudio del Derecho civil*, pág. 355.

(69) CARRARO: *La nozione di negozio in frode alla legge*, págs. 69 y 77-78.

(70) Para el encuadramiento del negocio en fraude a la Ley entre los negocios indirectos, cfr. después de la obra de FERRARA, ASCARELLI, *Il neg. indir...*, loc. cit., págs. 23 p ss., esp. págs. 51 y ss.; *Contratto misto, negozio indiretto, negotium mixtum cum donatione*, "Riv. Dir. Comm.", 1930, II, pág. 462; GRECO:

De entenderse, en cambio, con parte de la doctrina alemana, por fraude el enmascaramiento o desfiguración de la situación de hecho, o si, con ROTONDI (71), se ve en el fraude un amplio campo de confines indeterminados en que la violación está artificiosamente trabada, a fin de eludir la sanción; también podrán ser fraudulentos los negocios simulados.

Pero la simulación no añade ni quita nada al negocio concluído. La simulación, en ese caso, no es un medio de eludir la ley, sino de ocultar su violación. Una vez removida la simulación, queda el negocio querido sin falsas apariencias, que si va directamente contra una norma imperativa será "contra legem", no "in fraudem legis". La aplicación de la regla "plus valet quod agitur quan quod simulate concepitur" hace inepto al negocio simulado para modificar la verdadera naturaleza del disimulado.

Cuando no se entienda por fraude a la ley una encubierta violación de la misma, sino un comportamiento independiente del "contra legem agere", una causa autónoma de invalidez del negocio, es evidente la necesidad de excluir la simulación de los medios idóneos para defraudar (72).

Parece, pues, que no hay inconveniente en aceptar las conclusiones de la doctrina, a partir, especialmente, de BÄHR, que ha mantenido la distinción conceptual entre la simulación y el fraude.

Los actos en fraude a la ley se distinguen netamente de los absolutamente simulados, tanto por el elemento intencional como por su estructura interna, ya que, a través de ésta, se da lugar solamente a una apariencia de negocio realmente inexistente: los negocios fraudulentos son realmente queridos tal como aparecen, y van destinados a producir un efecto en el mundo exterior. El acto absolutamente simulado es inexistente; el fraudulento es real y se quiere con todas sus consecuencias.

En realidad el acto puramente simulado no es querido mientras lo es el acto en fraude a la ley, el cual produciría los efectos que le son propios si no fuera desde el principio o posteriormente privados en

La società, loc. cit., págs. 757 y ss.; CARIOTA FERRARA: *I negozi fiduciari*, cit., página 52, núms. 37 y ss. y en *Il negozio giuridico*, cit., pag. 586.

(71) *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911, págs. 179-180.

(72) CARRARO loc. cit., págs. 108-109; también ROTONDI, loc. cit., pag. 179 afirma que cuando se vea en el fraude a la Ley un vicio autónomo del negocio no puede ser considerado como un medio de fraude a la Ley. La tesis contraria proviene de la confusión entre los actos en fraude a la Ley y los actos contra legem, especies que deben ser claramente diferenciadas. Son actos "contra legem" aquellos a través de los cuales se consigue el mismo resultado previsto por la norma imperativa y que esta prohíbe o permite tan sólo obtener en determinados supuestos. Supone un choque brutal con la norma imperativa. En los actos "in fraudem legis", en cambio, se persigue el resultado previsto por una norma, adoptando un medio (jurídico) y no siendo el contemplado por la misma conduce al resultado prohibido. Sin embargo en nuestra doctrina DE BUEN, loc. cit., página 355, considera los "actos en fraude a la Ley" como una especie de los actos contrarios a la Ley.

todo o en parte de su eficacia, en razón a consideraciones que prescinden del real querer de las partes. El acto en fraude a la ley es inválido porque constituye un medio para eludir una norma coactiva; es realmente querido, pero como medio para conseguir un resultado no permitido (73).

Más dificultades ofrece la delimitación conceptual de la simulación relativa, que ha sido asimilada al "in fraudem legis" argumentándose que en ambos hay una infracción a la ley manifestada exteriormente como respetándola, contradiciendo en realidad su significado (74). Tal asimilación aparece, sin embargo, errónea si se tiene en cuenta que parte de la falsa base de que toda simulación relativa contradice la norma legal (75).

III. En el campo de la simulación contractual tres son las especies posibles.

a) Si las partes, además de no tener la voluntad que declaran no tienen ninguna otra, nos encontramos en el caso de la que se viene llamando simulación absoluta.

b) Si en lugar de la voluntad que expresan (voluntad ficticia) tienen otra que no revelan al exterior, efectiva, el supuesto es de simulación relativa, en la que coexisten un negocio (aparente) simulado, o fingido, y un negocio efectivo, pero secreto, esto es, disimulado.

c) En el caso de que alguien finja estipular un negocio con un determinado sujeto, mientras que, en realidad, quiere estipularlo y lo estipula con otro, que no aparece, nos encontramos en el supuesto de interposición ficticia de persona a que al principio nos hemos ya referido.

La distinción entre la simulación absoluta y la relativa es tradicional y la encontramos también en los prácticos (76).

El acto simulado de modo absoluto es un acto inexistente, un acto nulo, no por defecto de forma, sino más bien por falta de con-

(73) STOLFI: *Teoría del negocio jurídico*, Padova, 1947, pág. 124.

(74) En este sentido CÁMARA, loc. cit., pág. 68, siguiendo a ALMADA: *La simulación*, Montevideo, 1937, núm. 14, pág. 36.

(75) Vid. sobre este punto CARRARO, loc. cit., págs. 104-105; FERRARA, loc. cit., págs. 95 y ss., esp. 105; MESSINEO, loc. cit., I, pág. 335 ve en la simulación no sólo un medio de "contra legem agere" sino también un instrumento de "frode ai creditori". Una postura ecléctica poco convincente es la de BUTERA, loc. cit., págs. 56-59, que distinguiendo, en principio, el acto simulado del fraudulento, en cuanto el primero es un negocio ficticio y el segundo un negocio sincero, añade que el acto simulado no se debe fundir y confundir con el acto fraudulento, pero tampoco separarlo completamente, sino tampoco distinguirlo como una particular forma de fraude. El acto simulado dice, es un modo de dañar a los acreedores de la misma manera que el acto fraudulento y, añade, la simulación es una forma agravada o cualificada de fraude. Entendemos que el negocio simulado no es apto para el fraude precisamente porque no es sincero lo que sí puede hacer es velar la realidad de otro negocio que puede perseguir aquella finalidad.

(76) Vid. BUTERA, loc. cit., pág. 60, nota 3.

tendo. La declaración no responde al interno querer, porque es evidente que el mismo tiempo no se puede querer y no querer. El acto simulado de modo absoluto no existe por defecto de voluntad, por falta de voluntad efectiva de contratar. Ello explica que no pueda ser sanado por un acto confirmativo expreso ni ratificado tácitamente por actos posteriores. En la literatura jurídica se le encuentra a menudo calificado de fantasma, de negocio ilusorio, de acto vacío o decorativo, de figura vana de algo imaginario. Bajo la apariencia de realidad no hay negocio velado. Lo dijeron los romanos: "colorem habet, substantiam vero nullam".

En el supuesto de simulación relativa existe, en cambio, un negocio que tiene un contenido diverso del aparente: "colorem habet, substantia vero alteram". Las partes, en lugar de la voluntad que expresan, tienen otra que no revelan al exterior. Coexisten, pues, un negocio (aparente) simulado, o fingido, y un negocio efectivo, pero secreto: el negocio disimulado. Constatada la simulación, este es el negocio que se hace valer: "plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur".

El negocio disimulado, oculto bajo el aparente, si reúne las condiciones formales y sustanciales exigidas por el Derecho, es válido, porque éste es el querido por las partes. El negocio disimulado debe surgir perfecto, como si originariamente fuera concluido y contenido en un acto sincero. La simulación que le encubría no le privaba de su propia realidad, pero tampoco puede conferirle la realidad que pueda faltarle, no sanándole los vicios sustanciales (77).

En el caso de simulación relativa, el juez, al constatar la simulación, viene a alumbrar el negocio disimulado. Cabe que las partes impugnen una mera apariencia; pero están obligadas a respetar la sustancia, el negocio verdadero que allí se esconde, el "quod actum", en lugar del "quod dictum". El negocio realmente formado viene a prevalecer sobre el ficticio.

Nuestro Tribunal Supremo, siguiendo esta misma orientación, ha establecido que si bien al amparo del art. 1.276 puede admitirse la validez de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley (78).

Una de las formas de simulación relativa es la que afecta a los sujetos del contrato, la interposición de persona, que en la doctrina recibe el nombre de testafierro. Su naturaleza jurídica ha dado lugar a uno de los debates más intrincados de la doctrina, complicado por la imprecisión terminológica (79).

(77) BUTERA, loc. cit. págs. 383 y ss.

(78) Vid., p. ej. las Sents. de 3 marzo 1932 y 22 febrero 1940. Cfr. CASTÁN, II, págs. 559-600.

(79) No podemos entrar aquí en esta materia. Puede verse el planteamiento del problema en FERRARA, loc. cit. págs. 269 y ss. y BUTERA, págs. 63 y ss. En

La delimitación de esta figura de la del mandato no representativo ofrece especial interés y ha sido realizada certeramente por nuestra jurisprudencia (80).

A las mismas consecuencias que las apuntadas hasta aquí se puede llegar utilizando a los preceptos de nuestro Código civil. Para la simulación relativa, el art. 1.276; para la absoluta, el 1.261, que ha sido tomado como base para un interesante desarrollo jurisprudencial. Casos concretos de interposición de persona se encuentran, entre otros, en los arts. 628, 755, 1.335, 1.459.

IV. 1. La simulación absoluta constituye un supuesto de nulidad radical, inexistencia o nulidad de pleno Derecho, por defecto absoluto de consentimiento, elemento esencial en la formación de todo contrato (art. 1.261 C. c.) (81). Sin embargo, esta causa de nulidad no obra de pleno derecho porque el título o apariencia externa del acto hace posible que las partes o una de ellas se amparen en él hasta que no se haya hecho valer la simulación mediante la acción correspondiente (82). La simulación, hasta que no sea descubierta o des-enmascarada, mientras no se haga valer, no es relevante, y el negocio simulado despliega su validez y eficacia como si fuera verdadero, efectivo (83).

2. a) a') Una vez hecha valer la simulación, viene a faltar todo efecto positivo y, por tanto, decaen las adquisiciones eventuales que una o entrambas partes hubieran realizado. Creemos que para que las cosas vuelvan a su estado anterior no son necesarias, en contra lo que alguna jurisprudencia ha impuesto en determinados casos, nuevas escrituras (84).

No se ha extinguido ni nacido derecho alguno ni tampoco pueden las partes confirmar el acto con posterioridad, porque adolece de un vicio de raíz. Si los socios quieren obtener los efectos jurídicos del contrato como si fuera real, tendrán que concertar uno nuevo, que, salvo estipulación en contrario, surtirá efectos desde este mismo momento, no desde el de la estipulación del simulado.

principio, es lícita porque no hay obstáculo en que alguien adquiera aparentemente para sí, adquiriendo en realidad para otros.

(80) Vid. la Sent. de 1 febrero 1941.

(81) En contra, CÁMARA, págs. 267-271, afirma que el acto simulado no es inexistente, sino que tiene una vida defectuosa viciada de nulidad por carecer de concurso real de voluntades para efectuarlo.

Para este epígrafe puede verse en general, BELEZA, loc. cit., págs 319-416, y CÁMARA, págs. 261-358.

(82) CASTÁN, loc. cit., II, págs. 533-634.

(83) MESSINEO, loc. cit., I, pág. 335. En este mismo sentido la S. de 3 de enero de 1947, dice: "Si bien, según la opinión corriente, la inexistencia o nulidad absoluta del contrato obra de pleno derecho y sin necesidad de declaración judicial por no producir el mismo efecto, tal doctrina no siempre puede admitirse como exacta, pues al crear todo negocio jurídico una apariencia de validez, se hace necesario destruir tal apariencia si constituyese obstáculo para el ejercicio de un derecho."

(84) Vid. CÁMARA, loc. cit., págs. 277-278.

Por la misma razón todas las posibles enajenaciones posteriores serán inválidas por estar basadas en una transmisión inicial irreal. Los frutos, aunque hayan sido percibidos por el adquirente ficticio, podrán ser repetidos por el dueño inicial, que no ha perdido su propiedad en ningún momento. Entendemos, sin embargo, que el adquirente simulado deberá ser reembolsado de los gastos que hubiera efectuado para la conservación de la cosa ficticiamente transmitida.

b') En la simulación relativa sobreviene el negocio disimulado, o sea, el negocio que es efectivo, de cuya validez y eficacia se juzgará según posea o no en cada caso los requisitos exigidos por la ley. Apartado el negocio ficticio, se aplicarán al disimulado los principios comunes, y producirá los mismos efectos que habría originado de haber sido estipulado de un modo manifiesto (85).

b) La protección a los terceros de buena fe (86) es una necesidad vivamente sentida en todo momento, y que tiene una especial importancia en los supuestos de simulación. Entre las partes no hay simulación posible, y se aplican las normas del Derecho común.

Si se aplicaran íntegramente todos los principios de la simulación los terceros quedarían totalmente a merced de los engaños de las partes. La libertad de contratación ha de encontrar, por ello, necesariamente, un límite en la protección y en la tutela de los terceros de buena fe, que ha sido una constante preocupación de la doctrina y de las legislaciones más o menos claramente (87).

(85) Cfr. CASTÁN, loc. cit., II, pág. 599; FERRARA, loc. cit., págs. 303 y ss.; MESSINEO, I, págs. 335 y ss., y STOLFI, loc. cit., pág. 125.

(86) En general, las leyes no distinguen entre los terceros de buena y mala fe, con la excepción del Código del Japón, art. 94, pero la exigencia de que se trate de terceros de buena fe deriva de la "ratio" misma de la Ley y es conforme con toda la disciplina jurídica de la simulación. Frente a la opinión conforme de la doctrina, es aislada la postura de LAURENT, F.: *Principes de Droit Civil Français*, pág. 384. Por los demás, el principio que apuntamos arranca ya de los glosadores: *Nulli proejudicat dolosa simulatio*.

(87) Establéciese en el art. 1.321 del C. c. francés: "Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes: elles n'ont d'effet contre les tiers" y en el C. federal suizo de obligaciones, par. 16: "El deudor no puede oponer la excepción de simulación al tercero de buena fe que tiene en su poder un reconocimiento escrito de deuda". El art. 1.037 del C. portugués prescribe que: "Si el primitivo adquirente hubiese transmitido a otro la cosa adquirida, beneficiaría al tercero su buena fe, quedando a salvo la acción a favor del acreedor contra el transmitente".

Falta en el C. alemán una norma general consagrada a este punto, pero a través de su articulado encontramos numerosos preceptos especiales de los cuales resulta una amplia protección a los terceros de buena fe siendo escasísimos y de poca importancia los supuestos en que falte esta protección.

El C. c. italiano, derogado, establecía en su art. 1.319 que: "Las contradecларaciones hechas por escritura pública no producen efecto sino entre las partes contratantes y sus sucesores a título universal", entendiéndose la doctrina que tal precepto puede ampliarse a todos aquellos casos en que los contratantes hicieran constar, de cualquier modo, la simulación cometida, dándole así la amplitud suficiente para resolver numerosos supuestos de simulación. El nuevo C. c. vigente regula la materia en el art. 1.415 en que se establece: "La simulación no puede oponerse ni por las partes contratantes ni por los causahabientes o por

La protección de los terceros de buena fe que tuvieron por real al contrato simulado es, sin duda, la cuestión central y, prácticamente, la más importante de la teoría de la simulación, apoyándose en ella la necesidad de dar seguridad a las relaciones sociales.

En este sentido puede considerarse como generalmente admitida la tesis de que la no validez del contrato simulado se refiere a las relaciones establecidas entre los simulantes, mientras que, respecto a los terceros, las declaraciones hechas se reputan subsistentes. A los terceros de buena fe no cabe oponer la excepción de simulación. Esta es la concepción de toda la amplia doctrina francesa de las "contre-lettres", construída en base en el art. 1.321 del Código civil de Napoleón (88). Habrá de tenerse en cuenta también, en esta materia, el sistema de protección de terceros de buena fe de la Ley Hipotecaria.

3. a) La acción de declaración de simulación es obra de una lenta evolución jurisprudencial que ha tendido a escindirla poco a poco de la acción pauliana, con la que ha estado mucho tiempo confundida y a cuyo origen debe alguno de sus rangos.

Para la doctrina dominante se trata de una acción autónoma (89), declarativa (90), tendente a hacer constar de modo autorizado la falta de realidad o la verdadera naturaleza de una relación jurídica (91).

los acreedores del simulado enajenante, a terceros que han adquirido de buena fe del titular aparente, salvo los efectos de la transcripción de la demanda de simulación. Los terceros pueden hacer valer la simulación frente a las partes cuando esta perjudica sus derechos".

El C. c. francés ha sido en este punto fuente de inspiración de otros muchos, pueden citarse: el napolitano (art. 1.275); parmesano (art. 2.267); tunecino y marroquí (art. 22) cits. por BUTERA, loc. cit., pág. 107, y CÁMARA, pág. 300. En la misma línea los C. c. del Brasil, art. 104; China, art. 87; Japón, art. 94 y Perú, art. 1.097; Código Internacional de las obligaciones, de CONSENTINI, artículo 103; Venezuela, art. 1.031, y polaco, de las obligaciones, art. 35, etc.

No disponemos en nuestro Derecho de una regulación específica de la simulación, sino tan sólo de aplicaciones concretas, habiendo sido obra de la jurisprudencia su generalización y desarrollo. La doctrina (cfr. las notas de PÉREZ y ALGUER al ENNECERUS, t. I, vol. II, pág. 183), ha afirmado que la misma razón que inspira el art. 1.230 puede ser utilizada con fundamento de la ineficacia de la simulación contra terceros.

(88) COLIN, y CAPITANT: *Cours*. II, pág. 63 definen la contre-lettre como un acto escrito destinado a permanecer secreto que modifica o suprime los efectos aparentes de una convención concluída entre dos personas. Para el Derecho español, vid. NÚÑEZ LAGOS, R.: *Perfiles de la fe pública*, en "Anuario de Derecho civil", II, 1, pág. 33.

(89) PLANIOL y RIPERT: *Traité*, VI, núm. 977.

(90) Por el camino recto PIC, P.: *De la simulation dans les actes de société*, en el "Daloz Hebdomadaire Chronique", 1935, pág. 33, dice que se trata de una acción declarativa de inexistencia, tendente a hacer reconocer que una convención aparente no existe.

(91) No faltan, sin embargo, voces en contra de la misma existencia de la acción de simulación, así ESCALADA, F.: *La simulación en nuestro derecho positivo*, Montevideo, 1924, págs. 34 y ss. BELEZA, loc. cit., I, pág. 328 ha proclamado, más o menos ampliamente, su inutilidad. Tales posturas no nos parecen justificadas porque la apariencia, aún cuando sea jurídicamente inexistente, tiene vida corporal, real, que puede originar situaciones equívocas e inconvenientes para la seguridad del orden social.

Suele calificarse de acción de declaración de inexistencia; pero en el caso de simulación relativa es también de aseguramiento del negocio disimulado. En realidad, la acción de simulación absoluta es de declaración negativa, mientras que la de simulación relativa es de declaración a un mismo tiempo negativa y positiva (92).

Así como la simulación tiende a hacer aparecer como real algo que no es sino aparente, la declaración de simulación va dirigida a privarla de todo poder de engaño, desde el momento que el juez pone de relieve públicamente los verdaderos límites de la apariencia y de la realidad. Por ello, no es siempre una acción de declaración de inexistencia total; esto reza tan sólo para el supuesto de simulación absoluta. En el caso de simulación relativa la declaración es doble. La acción de declaración de simulación va destinada a deshacer la obra de los simuladores, actuando, para ello, en sentido inverso. Es una réplica a la simulación. Una vez declarada la simulación, todo ocurre como si jamás hubiera existido, imponiéndose la necesidad de acoplar la realidad al Derecho común. No cabe hablar ya de acto aparente y de acto secreto, de acto real y de acto inexistente. En lo sucesivo, las relaciones jurídicas entre las partes se establecen sobre la base del acto real (93).

Como consecuencia de su carácter declarativo, la acción de declaración de simulación es también imprescriptible, como la misma inexistencia, que es también perpetua e insubsanable: "quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere". No cabe pensar que el transcurso del tiempo pueda extinguir la acción de reconocimiento de un hecho o situación jurídica determinados. La nota de imprescriptibilidad referida a las acciones declarativas es comúnmente admitida por la doctrina (94) y por la jurisprudencia (95).

b) Según la doctrina a nuestro juicio más segura (96), el fundamento de esta acción está en el principio romano "plus valere quod

(92) CÁMARA, pág. 283.

(93) ABEILLE, págs. 102 y ss.

(94) FERRARA, loc. cit., págs. 418 y ss., y los autores citados por BUTERA, página 492, nota 3. En contra el mismo BUTERA afirma que si bien es evidente que la simulación es imprescriptible en el caso en que se hace valer en vía de excepción no sucede lo mismo en el caso de que se proponga en vía de acción. Sostener que el negocio simulado es imprescriptible por inexistente, es una petición de principio: la inexistencia no puede ser sino jurídica y sólo es declarada tal mediante una providencia jurisdiccional, no antes; pero para declarar un negocio simulado, la cuestión relativa a la prescripción, debe prevalecer, en principio.

Pero estas argumentaciones no parecen convincentes porque si bien es cierto que la inexistencia no se declara sino mediante una declaración judicial, no es menos cierto que si ésta no media, no se pone en claro la situación equívoca.

(95) Nuestro T. S. ha establecido que es aplicable el plazo de prescripción de acciones a los actos de invalidez absoluta del contrato, así la S. de 24 febrero de 1927. Insisten en el carácter imprescriptible de la acción o excepción para hacer valer la inexistencia las S. de 6 marzo 1909, 11 enero 1928 y 10 abril 1933.

(96) Para una exposición de las diversas teorías puede verse CÁMARA, loc. cit., págs. 369 y ss.

agitur quam quod simulate concepitur": la realidad debe prevalecer sobre la simulación. Este es, en esencia, el espíritu que inspira la regulación de la materia. Sin embargo, debe reconocerse que este principio, por su gran generalidad, deja sin resolver diversas cuestiones, entre ellas los límites de esta preponderancia o los medios para solucionar algunas de las dificultades que surgen en la práctica. Es necesario contemplar más concretamente las diversas hipótesis de simulación que pueden darse.

Si la simulación es ilícita y está destinada a enmascarar el fraude, el fundamento de la acción está en la necesidad de suprimir el fraude y, como paso previo, la necesidad de desenmascararlo. En los casos de simulación lícita, el fundamento no es otro que la existencia de un interés jurídico en el actor, esto es, la disposición de la titularidad de un derecho subjetivo o de un conjunto de relaciones jurídicas, y que ha surgido, con su violación o amenaza, la necesidad de la tutela jurídica (97). Impera aquí también el principio general de que es necesario un interés en obrar para ejercitar la acción de simulación. Si no hay interés, no hay acción en juicio; el interés es exigido cualquiera que sea el sujeto que promueve la acción (98).

Nuestro Tribunal Supremo, dentro de esta misma dirección, y para no citar sino dos sentencias de las más recientes, ha establecido que, "doctrinalmente, quien impugna por simulación ha de tener la titularidad de un derecho que ponga en peligro el contraste carente de realidad y ha de justificar un interés en requerir la tutela jurídica" (S. de 22 de febrero de 1943), y que "para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente, con ausencia legal de los requisitos del contrato, sino que es preciso, además, que quien actúa procesalmente con esta finalidad tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisdiccional; esto es: que sea titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza" (S. de 30 de junio de 1944).

c) Hoy, gracias a una larga evolución que ha ido ensanchando progresivamente su ámbito, toda persona que tenga interés puede ejercitar la acción de simulación.

(97) FERRARA, loc. cit., pág. 421, señala como requisitos necesarios: 1.º Que exista una situación de incertidumbre objetiva del derecho o de la posición jurídica. 2.º Que de esta incertidumbre resulte daño para el titular. De tal modo que para poder impugnar la acción de simulación se necesita: 1.º Ser titular de un derecho subjetivo o de una posición jurídica amenazada o embarazada por el contrato aparente. 2.º Probar el daño sufrido por consecuencia de la incertidumbre ocasionada por el acto simulado; daño que determina la necesidad de invocar la tutela jurídica.

(98) Entiende BUTERA, pág. 310, que en el caso de que la acción sea interpuesta por los mismos autores de la simulación es suficiente el simple interés en sustituir lo no verdadero por lo verdadero, no es necesario aquí el encubrimiento de algún fraude ni la existencia de un daño a los otros contratantes o a los terceros.

En caso de simulación absoluta podrá accionar toda persona que tenga interés en ello; pero en nuestro Derecho no es una acción pública o cuasi pública, como sucede en otros ordenamientos (99), aunque puede ser ejercitada no sólo por los terceros a quienes la simulación perjudique, sino por los propios simuladores y sus herederos y representantes. Puede decirse, en suma, que la declaración de simulación puede ser pedida por quien tenga un interés serio y legítimo en solicitarla (100). Lógicamente, entre las personas investidas del poder de promover la acción de simulación, ocupan el primer puesto los autores mismos del acto simulado. Hay acuerdo en la doctrina y en la jurisprudencia sobre este punto (101). Los autores del acto simulado y sus herederos tienen siempre interés cierto y legítimo en hacer constatar por la justicia que el negocio realizado es aparente (102).

En el caso de negocio jurídico simulado, concluído mediante un representante o un nuncio, la acción compete al representado, toda vez que es éste el sujeto de la relación, en cuyo nombre e interés el acto fué concluído (103). Pero no sólo los que han intervenido como autores en el acto simulado, sino también todos los terceros perjudicados pueden pedir la declaración de simulación. Nuestra jurisprudencia ha venido manteniendo este criterio en numerosas sentencias (104).

Dado el carácter universal de la acción, la impugnación puede dirigirse contra cualquiera que tenga interés en oponerse al reconocimiento de la simulación (105).

4. En un acto jurídico normal se presume que la declaración de voluntad expresa la voluntad real, y que las partes han manifestado lo que en realidad pensaban. Por ello, y siguiendo un principio de

(99) Cfr. en este sentido el C. c. argentino, art. 1.047 y el brasileño, art. 105. Para nuestro derecho vid. CASTÁN, loc. cit., II, pág. 634. También BUTERA, páginas 272-273, entendiendo que el ciudadano no puede en forma de acción popular, impugnar un acto por simulación, por considerarlo dañoso para el Erario, por que le falta título suficiente para promover la acción de simulación. Le falta a la vez el derecho y el interés para obrar.

(100) BELEZA, loc. cit., II, pág. 26.

(101) Cfr. BUTERA, loc. cit., pág. 245 y nota I, con abundantes citas de doctrina que pueden completarse con las amplias referencias a la doctrina hispano-americana, especialmente argentina, de CÁMARA, loc. cit., págs. 416 y ss.

Nuestra jurisprudencia parte constantemente en sus decisiones de que la nulidad puede ser pedida por los obligados principal o subsidiariamente, ampliando, mediante una interpretación analógica del art. 1.302, tal facultad también a los terceros. Vid. S. 20 nov. 1926 y 26 nov. 1946. Puede verse una recopilación de jurisprudencia relativa a la materia que estamos tratando en el estudio de ARTURO MAJADA: *Las nuevas orientaciones del Tribunal Supremo en materia de simulación contractual: ante un caso práctico sobre arrendamientos urbanos*, en "Revista General de Derecho". 1949, págs. 22 y ss.

(102) CÁMARA, loc. cit., pág. 410.

(103) BUTERA, loc. cit., págs. 272-273.

(104) Entre ellas las de 23 septiembre de 1895 8 de julio y 12 octubre de 1916, 8 octubre de 1919, 30 mayo de 1925, 20 noviembre de 1926, 11 enero de 1928 y 26 noviembre de 1946.

(105) FERRARA, loc. cit., pág. 430; BUTERA, loc. cit., págs. 277 y ss. descendiendo a una abundante casuística.

tipo general, quien alega judicialmente la divergencia entre estos dos elementos que normalmente se armonizan, tiene que probar cuanto alegó, porque los supuestos anormales no se presumen. Quien pretende hacer valer en juicio una simulación necesita probar los hechos en que se basa, excepto si tuviera a su favor alguna presunción de Derecho. La regla de la prueba en quien alega la simulación no sufre excepción alguna, sea cual fuere la índole del acto impugnado. "Onus probandi incumbit actori."

Pero si ello es cierto, no lo es menos que las dificultades que su aplicación práctica ofrece son muchas veces poco menos que invencibles. En ocasiones la imposibilidad deriva de un obstáculo de hecho, porque no se consiguen medios probatorios suficientes. La simulación se realiza secretamente, y los simuladores hacen desaparecer cuantos indicios puedan descubrirla. Otras veces, el obstáculo es de Derecho, ya que siempre el legislador permite la utilización de todos los medios de prueba, especialmente cuando son los mismos simuladores o sus representantes los que la alegan y el acto consta en documento auténtico.

Atendiendo a las dificultades que ofrece en muchos casos la demostración directa de la simulación se acude a las presunciones judiciales, utilizadas por los terceros ante la imposibilidad de suministrar pruebas documentales o preconstituidas. La prueba "per coniecturas, signa et urgentes suspiciones" es admitida unánimemente por la doctrina con remotos precedentes legislativos y jurisprudenciales (106). No cabe fijar el número mínimo de presunciones exigibles para la constitución de una válida prueba de simulación. Normalmente, pocos indicios constituirán prueba plena de simulación; pero una sola circunstancia de hecho podrá en algún caso, por su índole e importancia suficientemente persuasiva, permitir al juzgador fundar su propia convicción.

Algunos códigos exigen que los hechos en que se fundan las presunciones sean concordantes entre sí; por ejemplo, el Código francés, art. 1.353, y el italiano derogado, art. 1.354. La doctrina exige a veces que sean graves, precisas y concordantes (107). Por lo demás, es ésta una materia en que es muy difícil fijar regla o aun señalar directrices generales. Los elementos de apreciación varían extraordinariamente en cada caso, según las diversas circunstancias concurrentes. El juez debe gozar de la más amplia libertad para valorar la fuerza probatoria de los indicios que las partes aducen como reveladoras de la simulación.

Como punto de partida para probar la simulación será muy conveniente precisar la "causa simulandi", motivo determinante o interés que mueve a las partes a simular: utilidad que se obtiene de la conclusión del negocio jurídico simulado y que muestra la razón de ser

(106) Pueden verse citas abundantes en CÁMARA, loc. cit., pág. 237 y nota 123.

(107) CÁMARA, loc. cit., pág. 244.

de la simulación. Si no se puede mostrar la existencia de un motivo que venga a explicar el "por qué" de la simulación, difícilmente podrá admitirse la existencia de ésta, y deberá creerse en la seriedad del acto. No es lógico ni lícito pensar que alguien realice un acto simulado por el simple capricho de simular, sin que tenga en ello un interés real y positivo.

Pero la prueba de la existencia de "causa simulandi" no basta para concluir que la simulación existe. Es necesario, a tal fin, demostrar la existencia de hechos y circunstancias que concurren a poner de relieve la simulación. El descubrimiento de la existencia de la "causa simulandi" es el primer signo de simulación, pero no es suficiente. Muestra que es legítimo sospechar la existencia de la simulación; pero debe proseguir la demostración, en la que los indicios ocuparán un lugar destacado. Estos indicios varían mucho de unos casos a otros; pero un cierto número de ellos, más frecuentes y comunes, pueden considerarse ya como indicios clásicos (108).

Nuestro Tribunal Supremo, en la S. de 12 de julio de 1941, recoge, como indicio de simulación, la inexistencia de causa eficaz por irrisoriedad de precio, como prueba de la incapacidad del vendedor, o de que el motivo del contrato no fué el que lisa y llanamente se hacía constar, entendiéndose que existe evidente presunción de la ficción y el engaño en la expresión de la causa del contrato, concurriendo todos los "requisitos usuales justificativos de la simulación": vínculo de afecto entre los otorgantes, bajo precio, inexistencia de motivo para la enajenación, imposibilidad económica del comprador y estado de patrimonio del enajenante, pues cuando se trata de contrato oneroso es necesario que el dinero se encuentre en el patrimonio del vendedor. Insístese en la misma sentencia que todas las circunstancias que acompañan al contrato (entre ellas las relaciones de convivencia existentes entre las partes, la falta de correspondencia entre el precio que se dice entregado y el valor de los bienes), revelan la falsedad de la causa consignada en el mismo.

Recogen también típicas presunciones e indicios de las S. de 9 de enero y 19 de diciembre de 1947, para no citar sino dos de las más recientes, afirmándose en la última claramente que para declarar simulada la venta de dos fincas la Sala sentenciadora tuvo en cuenta la prueba practicada, y en particular, la de confesión de los propios demandados, juntamente con la de presunciones.

5. La existencia de un documento público en que se instrumente el acto simulado no es obstáculo para el ejercicio de la acción de simulación.

(108) Para la jurisprudencia italiana puede verse BUTERA, loc. cit., págs. 348 y ss. V. a. CÁMARA, loc. cit., págs. 246 y ss. con especiales referencias a la jurisprudencia argentina. BELEZA, loc. cit., II, pág. 167 ha hecho una sistematización, distinguiendo entre simulación absoluta, relativa e interposición de persona. Para esta materia, en general, v. BUTERA, págs. 314 y ss.; BELEZA, II, págs. 145 y ss.; FERRARA, loc. cit., pág. 375, y CÁMARA, loc. cit., págs. 161 y ss.

Hoy puede considerarse como superada la tesis de que la intervención de notario hace inoperante la acción de simulación, porque está basada en una confusión de conceptos y en la falta de precisión de las diversas modalidades de la intervención del funcionario público.

Unas veces la intervención notarial es exterior al contenido del acto realizado por las partes: el funcionario no interviene activamente en la formación del acto, limitándose a certificar ciertas declaraciones de voluntad. Es una intervención puramente certificadora, en la que el notario atestigua solamente lo que es perceptible a su sentido, lo que ocurre delante de él, la escena que se desarrolla en su presencia. Este es el caso corriente respecto de las declaraciones emitidas o de la rendición de cuentas de dinero; pero no puede garantizar la sinceridad de las declaraciones ni penetrar en las verdaderas intenciones de los declarantes. La simulación mira siempre al elemento intelectual que aletea en la mente de los contratantes, a su voluntad íntima, y el notario, no siendo un adivinador de la voluntad de las partes, no puede atestiguarlo. Si las declaraciones son simuladas, cosa que puede ocurrir perfectamente, la simulación se realiza fuera del campo de actuación del funcionario público, que puede certificar, autorizar u homologar actos simulados sin que su intervención influya sobre la simulación practicada, y, por ello, los actos en que la intervención del funcionario es solamente certificadora o autorizadora, pueden ser afectados por la simulación (109). En estos casos la simulación no afecta a cuanto el notario está llamado a garantizar con su fe pública: el hecho que motiva el otorgamiento y la fecha del documento, pero no la problemática sinceridad de las declaraciones de las partes. Por ello, cuando se tacha de simulado un acto que consta en un documento autorizado por un notario no se pone en duda la autenticidad del documento. El documento puede ser auténtico y reflejar fielmente las declaraciones de las partes; pero éstas pueden ser simuladas y, como tales, objeto de impugnación. Lo contrario sería admitir que la intervención del notario autorizante, simple requisito formal, puede sanar los vicios de un negocio (110).

Para la doctrina italiana (111), un deber de probidad profesional impondrá al notario la abstención de autorizar un negocio que aparezca perceptiblemente como simulado, cosa que ocurrirá, sin duda,

(109) BELEZA, loc. cit., págs. 197-199 y CARIOTA FERRARA: *Il negozio giuridico*, cit., pág. 501.

(110) TUHR, cit., II, 2, pág. 247. Para esta materia en nuestra doctrina vid. espec. CASTÁN: *En torno a la función notarial*, en "Anales Academia Matritense del Notariado", II, 1946, págs. 359 y ss. y, más ampliamente, en la *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, 1946; NÚÑEZ LAGOS: *El valor jurídico del documento notarial*, loc. cit., últ., 1945, I, págs. 385 y ss.; GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948, I, págs. 114 y ss.

(111) SOLIMENA, G.: *Della comportecipazione volontaria del notaio negli atti simulati e fraudolenti revocabili ed in quelli simulati e fraudolenti punibili*, en "Riv. giur. Mezzogiorno", 1933, pág. 125; ANSELMI, A.: *Arte notarile*, I, página 35, cits. por BUTERA, loc. cit., pág. 43.

con poca frecuencia, rechazando prestar a ciencia cierta su colaboración en un acto de tal naturaleza, entendiendo que la violación de este principio ético no compromete la responsabilidad civil del notario. En el marco de nuestro ordenamiento jurídico, aparte de este deber de probidad profesional, el art. 145 del Reglamento notarial impone al notario el deber de abstenerse de autorizar "los actos o contratos que en todo o en parte sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres, o en que se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez".

La posible intervención del notario en los supuestos de simulación presenta interesantes problemas que tienen su más adecuado planteamiento en el marco del Derecho notarial.

Por lo demás, si el negocio simulado de modo absoluto es un acto inexistente, por falta de consentimiento real y efectivo, éste tampoco puede suplirse aun cuando se inscriba o transcriba en un registro hipotecario, porque esto es tan sólo una forma de publicidad, que no puede sanar la falta de una requisito de fondo. Concretamente, el art. 33 de la Ley Hipotecaria española establece que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

La hipoteca unilateral

MANUEL ALBALADEJO GARCIA

Profesor Adjunto de Derecho civil en la Universidad de Granada

I

HISTORIA

«Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o *impuestas por disposición del dueño* de los bienes sobre que se *establezcan*», dice el artículo 138 de la vigente Ley Hipotecaria. Artículo que salvo decir bienes sobre que se *establezcan*, en vez de bienes sobre que se *constituyan*, es copia al pie de la letra de la Ley de 1861, cuyo artículo del mismo número ha llegado ileso hasta nuestros días.

Nos encontramos frente a lo que el artículo 141 de la Ley Hipotecaria llama hipoteca constituida por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, porque, a diferencia de las hipotecas convencionales en las que se inscribe el acuerdo de las partes, en estas hipotecas unilaterales es el acto dispositivo del dueño lo que se inscribe, y sólo después es cuando se produce la aceptación del favorecido, cuya aceptación se incorpora al Registro mediante nota marginal.

Ahora bien, antes de pasar de aquí, con el solo artículo 138 de nuestras Leyes Hipotecarias, antes de recibir lo que según el sentir de nuestra doctrina podríamos llamar refuerzo del artículo 141 de la Ley de 1946, ¿qué opinaban la doctrina y la jurisprudencia de este asunto de la hipoteca unilateral?

En la doctrina reinaba la discordia. Había desacuerdo al precisar el alcance del *impuestas por disposición del dueño*. El desacuerdo se producía lo mismo en orden a las posibles formas del acto unilateral de disposición—intervivos, mortis causa, o de ambas especies—que en orden a la eficacia y contenido que en definitiva habían de atribuirse a dicho acto¹.

1. CHAMORRO: *El derecho real de hipoteca y su constitución por acto unilateral*, en R. G. L. J., enero-febrero 1943. Hay separata, y citamos sobre ella página 4.

Seguimos, en lo fundamental, este trabajo en lo referente a los antecedentes históricos del punto que estudiamos.

En tal trabajo puede verse exposición detallada de teorías, que después cri-

Respecto al primer punto—formas del acto unilateral—unos se decidían por la solución de que lo que pretendía el legislador era dar cabida a la hipoteca testamentaria o basada en acto unilateral de última voluntad, y otros, yendo más lejos, estimaron que el último inciso del artículo 138 también comprendía el acto unilateral de disposición intervivos.

Por la primera solución se decidió GÓMEZ DE LA SERNA, redactor de la exposición de motivos de la Ley de 1861, al que pudiéramos llamar intérprete más caracterizado de la Ley. Decía en colaboración con MONTALBÁN: «A las hipotecas llamadas generalmente convencionales hasta hace pocos años, denomina voluntarias esta Ley; nombre que les conviene mejor, porque no sólo pueden constituirse por contrato, sino también por última voluntad.»

Igualmente opinaban GÓMEZ RODRÍGUEZ, PÉREZ PEDRERO Y SIDRO MURGA, SOLER Y CASTELLO, etc. Esta interpretación la sostuvo MANRESA y perduró incluso en GAYOSO.

Desde luego no carece de fundamento porque por de pronto los precedentes legislativos eran contrarios implícitamente a la constitución de la hipoteca por acto unilateral inter vivos. Luego, a tenor de esos precedentes legislativos, la constitución por acto unilateral que recogía el artículo 138—al decir «impuesta por disposición del dueño de los bienes»—debía ser constitución por acto unilateral mortis causa.

En Roma era fuente principal de este derecho real de garantía la voluntad privada, y lo era cuando plasmaba en una *convención* o un *testamento*, como dice GIRARD (Manual, 8.^a ed., página 821). Los derechos pignoratícios (hablamos de *pignus* en su sentido amplio) nacen ordinariamente, dice SOHM (Instituciones, trad. esp., pág. 316), de un contrato—*pignus conventionale*—o de legado vindicatorio—*pignus testamentarium*—y en casos excepcionales por imperio de la Ley—*pignus legale*—.

Hasta SEVERO y CARACALLA (D. 13, 7, 26, pr.), sin embargo, añade SOHM, no se establece la posibilidad de constituir directamente en testamento un derecho de prenda, mediante legado *per vindicationem*. Antes, sólo cabía obligar al heredero a efectuar por sí la pignoración, en forma de legado damnatorio. El derecho de prenda carecía de carácter civil, y, por tanto, en el derecho primitivo no podía ser directamente objeto de un acto jurídico estricto, como era el legado vindicatorio.

La utilidad de esta hipoteca decayó mucho al conceder Justiniano a todo legatario la hipoteca tácita sobre los bienes de la herencia (C. 6, 43, 1). Por ello en las Leyes de Partida parece olvidada—como advierte CHAMORRO (pág. 6)—la forma testamentaria al definir la hipoteca voluntaria diciendo que es «la que fa-

ticaremos, con cita de autores y referencia al lugar correspondiente de sus obras. Igualmente en ROCA, *Derecho hipotecario*, IV, págs. 339 y sigs. Por esa razón algunas veces omitiremos dichas referencias.

cen los omes entre sí de su voluntad, empeñando de sus bienes unos a otros, por razón de alguna cosa que devan dar o facer» (P. 5, 13, 1).

El Proyecto de 1851—tenido en cuenta, invocado e imitado por los redactores de la Ley Hipotecaria, según declara su exposición de motivos—decía en su artículo 1791: «La hipoteca voluntaria se constituye en testamento o en contrato.»

Antes de la Ley Hipotecaria de 1861 sólo cabía, pues, hablar del contrato y del testamento como formas de constitución de la hipoteca voluntaria.

La exposición de motivos de dicha Ley declara que cambia profundamente en sus principios cardinales la antigua legislación de hipotecas y que casi todas las disposiciones vigentes hasta entonces sufren cambios más o menos importantes. ¿Cabe situar entre esa materia que sufrió cambio la que recoge el artículo 138? Hay que reconocer—como advierte CHAMORRO (pág. 7)—que los pasajes de la exposición de motivos que se refieren concretamente a la hipoteca, más bien inclinan a creer que fué de lo poco que no sufrió modificación. Al hablar de la hipoteca se afirma que, a más de un derecho real, es un *contrato* accesorio. Se habla de *confirmar*—en esta materia de hipotecas voluntarias—*el derecho antiguo*, de hipotecas *convencionales*, de *contrato* hipotecario, de *estipular*, de *contrayentes*, etc. Así, pues, como se ve, se sigue pensando, aparte de la hipoteca testamentaria, que la otra forma de constituir hipoteca voluntaria es la contractual.

Pues bien, esta primera solución de limitar el artículo 138 al reconocimiento de dos tipos de hipoteca: la convencional y la testamentaria, aunque no le parece descabellada—son palabras suyas—no la acepta CHAMORRO (pág. 10). Ciertamente los razonamientos anteriores están bien, pero si se hubiese querido conservar, junto a la convencional, solamente la hipoteca testamentaria, se podía haber hablado claramente de testamento en el artículo 138. Por otro lado, la principal utilidad de la hipoteca unilateral la presta precisamente la forma unilateral *inter vivos*. Y, por último, aunque los legisladores lo hicieran inconscientemente, es indudable que objetivamente el artículo 138 no restringe la forma unilateral, que admite, exclusivamente al testamento, sino que permite entender que esa forma unilateral también puede ser *inter vivos*.

La que se podría llamar interpretación trascendente del artículo 138, es decir, la interpretación que entiende que en ese artículo se admite la hipoteca constituida unilateralmente por acto *inter vivos*, fué abriéndose paso, como dice CHAMORRO (pág. 14), al choque con la realidad de ciertos hechos, y sólo como argumento para apoyar la solución dada a un problema de tipo meramente formal: la inscripción de la escritura otorgada unilateralmente por el hipotecante.

Los registradores se negaban a inscribir las hipotecas constituidas como garantía a favor de la Hacienda mientras no reca-

yese la aprobación de ésta, que, a su vez, se negaba a aprobarlas sin estar inscritas.

Nada decía sobre esto el antiguo reglamento. La cuestión fue resuelta en el reglamento de 1870, artículo 112, que decía que «cuando se constituya una hipoteca a favor del Estado, de corporaciones civiles o entidades colectivas, sin constar en la escritura su aceptación, se verificará la inscripción, pero sin perjuicio de que después de aprobada la hipoteca por quien corresponda se haga constar esta circunstancia por nota marginal, nota que surtirá efectos desde la fecha de la inscripción a que se refiera».

El reglamento, sin embargo, no entró en la cuestión sustantiva, sino meramente en la formal o registral. Resolvió a favor de la inscribibilidad, lo cual no prejuzga la cuestión sustantiva, porque también en otros países, como Italia, en que se exigía el convenio para el nacimiento de la hipoteca voluntaria, se admitió sin dificultad tanto por la jurisprudencia como por la doctrina—incluso la que no aceptó ni la hipoteca testamentaria—, se admitió, decimos, que se pudiese inscribir el acto otorgado unilateralmente. Y también en Alemania es posible la inscripción sin que exista aún el acuerdo, necesario para la modificación material o sustantiva, para el nacimiento del derecho.

Por ello afirmamos con CHAMORRO (pág. 16) que la inscripción del acto unilateral pudo ser admitida, en ese artículo 112 del reglamento de 1870, como simple aplicación del consentimiento formal, perfectamente compatible con la inexistencia de una modalidad unilateral de verdadera constitución sustantiva del derecho de hipoteca.

Pero en el terreno en que no entró el reglamento, se introdujo la Dirección General en la resolución de 25 de junio de 1877, en la que afirma que el artículo 112 del reglamento no estableció una excepción a los principios generales de la Ley, sino que se limitó a aplicar el consignado en el artículo 138 a un caso particular, y afirma también esa resolución que las hipotecas voluntarias pueden constituirse válidamente no sólo por convenio de las partes, sino por la exclusiva voluntad del dueño de los bienes sobre que se constituyen, sin necesidad de que conste la aceptación de la persona a cuyo favor se impone este gravamen.

Así, pues, de donde el reglamento no derivó del consentimiento del dueño más que la inscribibilidad del acto, la jurisprudencia de la Dirección General, basándose en el artículo 138, afirmó que la declaración unilateral produce el efecto de constituir válidamente el derecho de hipoteca, deduciendo como consecuencia de la eficacia real del título, la posibilidad de su inscripción, y llevando a terreno material algo que no salía del meramente formal.

Por ello, con el artículo 138, y los sucesivos preceptos reglamentarios, a partir del de 1870, que recoge el reglamento de 1915 en su artículo 197, y con la pauta marcada por la interpretación jurisprudencial, pauta que se dió por la resolución de 25 de junio de 1877, y que se siguió en las de 29 de diciembre de 1880, 27 de

agosto de 1883, 27 de octubre de 1892, 31 de agosto y 28 de noviembre de 1893, 6 de septiembre de 1912 y 31 de julio de 1928, la doctrina científica consideró tener apoyo suficiente para admitir holgadamente—y eso es lo que hizo—junto a la hipoteca convencional, una hipoteca procedente de acto unilateral del dueño de los bienes, y no sólo procedente de acto unilateral *mortis causa*, sino también de acto unilateral *inter vivos*, porque el tropiezo que supone la sentencia del T. S. de 4 de octubre de 1915—en la que se negó que la hipoteca unilateral tuviese eficacia jurídica e incluso que adquiriese rango antes de la registración de la aceptación—se salvó prontamente. Y con la llegada en la nueva Ley del artículo 141, esta doctrina ha creído poder entender, sin lugar a dudas, que en nuestro Derecho se admite plenamente que el acto unilateral del dueño tiene fuerza suficiente no ya para preparar —podríamos decir—la constitución de la hipoteca, para ofrecer una expectativa de ésta, no sólo para provocar un asiento en el Registro, sino que ese acto es bastante, mediante su inscripción, para constituir, para crear, para hacer nacer el derecho de hipoteca.

Admitida, pues, la posibilidad del acto dispositivo unilateral *inter vivos* tendente a constituir la hipoteca, veamos cómo se construye jurídicamente ese acto y qué efectos se le atribuyen.

II

C R I T I C A

Construcción jurídica de la hipoteca unilateral: Teorías y su crítica

Podemos agrupar estas teorías de la siguiente forma:

- 1.ª Teoría del consentimiento formal.
- 2.ª Teoría de la hipoteca con condición suspensiva.
- 3.ª Teoría del negocio dispositivo unilateral.

Dentro de ésta se pueden señalar dos orientaciones, según se estime que por dicho negocio se *constituye* la hipoteca o se piense que, además, hace que la *adquiera* el favorecido.

- 4.ª Teoría de la reserva de rango.

- 1.ª *Teoría del consentimiento formal.*

a) Exposición.

Se interpretaba el artículo 138 de nuestra Ley Hipotecaria entendiendo que era un caso de admisión en nuestro ordenamiento del principio del consentimiento formal. Esta postura fué sostenida por JERÓNIMO GONZÁLEZ Principio del consentimiento, t. I,

pág. 410 y siguientes)², DE BUEN (*Derecho civil común*, 3.^a ed., pág. 336) y la resolución de 31 de julio de 1928.

Entendido, según la inspiración germánica, que aunque la hipoteca de tráfico necesita para constituirse del acuerdo de las partes y de la inscripción, puede preceder ésta a aquél, se admitió que en el supuesto del artículo 138 había una mera inscripción de hipoteca.

No es, por tanto, un supuesto—el artículo 138—de constitución unilateral de hipoteca, sino que es sólo un caso de inscripción consentida formalmente por el titular de los bienes y que, por tanto, no implica la existencia sustantiva de una hipoteca. En este sentido, la resolución de 21 de julio de 1928 habla de que «la suficiencia de la declaración unilateral para provocar un asiento en el Registro ha sido recogida por el artículo 138 de la Ley Hipotecaria».

b) Crítica.

Se ha criticado esta teoría por estimarse que en rigor no podía fundarse en el contenido del artículo 138, pues éste, a diferencia de la legislación alemana, no autoriza un consentimiento meramente formal, o sea dirigido *exclusivamente* a la extensión de un asiento, sino que se refiere—afirma ROCA, IV, pág. 341³—a un consentimiento sustantivo o material, o sea, encaminado a constituir la hipoteca, pues habla de hipotecas «impuestas por disposición del dueño de los bienes». La *única* manifestación del consentimiento formal o registral en nuestro sistema—añade aquel autor—se da en materia de cancelaciones, según resulta del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Nosotros no creemos criticable la teoría antes expuesta, ya que no aceptamos la postura de los que sostienen la teoría llamada del negocio jurídico dispositivo unilateral *constitutivo* de hipoteca, que son los que hacen esa crítica.

Para nosotros la sola voluntad del disponente *no constituye* la hipoteca, o sea, *no modifica* la realidad jurídica. Pero advertimos que la teoría del consentimiento formal, que en sí no creemos criticable, si lo será si se estima que ese consentimiento formal provoca una inexactitud registral, es decir, si se estima que la inscripción formalmente consentida publica *como existente* una hipoteca que *no existe* en la realidad jurídica, que es lo que creemos hace JERÓNIMO GONZÁLEZ. En este supuesto es rechazable la teoría del consentimiento formal, tanto si se admite nuestra tesis, como si se admite la del negocio unilateral constitutivo de hipoteca. Y es rechazable en ambos casos porque: 1.º Si se admite

2. Citamos a JERÓNIMO GONZÁLEZ sobre la edición hecha por el Ministerio de Justicia, *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, Madrid, 1948, tres vols.

3. Al referirnos a ROCA citando solamente página y tomo, aludimos a su *Derecho hipotecario*.

esa última tesis y, por tanto, se acepta como bueno que en la hipoteca llamada unilateral hay una hipoteca ya *constituida*, pero todavía *no aceptada*, no adquirida, el registro, en el que constaría inscrita una hipoteca *constituida pero no aceptada*, es reflejo de la realidad jurídica. 2.º Si se cree—admitiendo nuestro punto de vista—que la sola voluntad del dueño de los bienes no puede crear un derecho de hipoteca, sino que para ello se precisa la registración de la aceptación de la persona a cuyo favor se estableció (persona que en adelante llamaremos favorecido) registro y realidad tampoco se hallan en desacuerdo, porque el registro al contener la inscripción del acto del dueño, pero no la aceptación del favorecido, tampoco publica como existente, como nacida, una hipoteca que falta en la realidad, sino que hablando con toda propiedad sólo se puede decir que publica la mera gestación de una hipoteca todavía sin alumbrar, o el negocio jurídico que es base para que, en su día, nazca la hipoteca unilateral. (Cfr. CHAMORRO, págs. 51 y 52).

En última instancia si no existiesen estos argumentos, que creemos decisivos, y que demuestran, para nosotros, que no hay tal inexactitud registral, cabría preguntar al que entienda que el consentimiento formal produce esa inexactitud registral: ¿Qué necesidad hay de hacer el registro inexacto no siendo preciso? ¿Qué utilidad reportaría publicar como existente una hipoteca que no existe, cuando lo que con esto se pretende se puede conseguir por otros medios—que después veremos—técnicamente más perfectos y que en vez de producir inexactitud de ningún tipo, muestran, por el contrario, la realidad?

Por tanto, nosotros pensamos aceptable suponer que el artículo 138 recoge un supuesto de consentimiento formal, pero que *no* provoca inexactitud registral.

2.ª Teoría de la hipoteca con condición suspensiva.

a) Exposición.

Se basa en la idea de que la hipoteca de que trata el artículo 138 es una hipoteca sujeta a condición suspensiva, y que la condición es la aceptación del favorecido, y esa hipoteca, naturalmente, se halla pendiente de que la condición se cumpla o no.

Exactamente la condición debía ser la anotación marginal de la aceptación, que necesita ser registrada.

Esta doctrina era la que seguían, adoptándola con ligeras variantes en detalles secundarios, la mayor parte de los hipotecaristas antes de la nueva Ley. Así GALINDO y ESCOSURA, CAMPUZANO, ARAGONÉS, MORELL, etc.

b) Crítica.

La aceptación del favorecido no puede calificarse, sin inexactitud, de condición, sino de *conditio iuris*, puesto que no se trata de un elemento accidental del negocio establecido por voluntad

del disponente, sino de un requisito legal para que el derecho de hipoteca pueda adquirirse, o, según nosotros, *constituirse*. Es cierto que—como indica esa doctrina—nadie puede adquirir un derecho contra o sin su voluntad, y que por ello se requiere la aceptación, pero tal aceptación nunca puede ser una mera condición suspensiva.

Por lo demás no se precisa hacer hincapié en la refutación de esta teoría, que ha sufrido ataques destructores.

Ya en el siglo pasado la había rechazado en Italia la Corte de Casación florentina (11 de febrero de 1889. V. BIANCHI, *Delle ipoteche*, 2.^a ed., II, pág. 449), y entre nosotros, en el presente, ha sido objeto de calificativos todo lo fuertes posible. Por ejemplo, JERÓNIMO GONZÁLEZ (*La hipoteca de seguridad*, en R. D. P. 1920, pág. 172) habla de *enormidad técnica*, CHAMORRO (página 26) la tilda de *inadmisibile*, y ROCA (IV, pág. 343) cree *evidente su inconsistencia*⁵.

3.^a Teoría del negocio dispositivo unilateral.

Para construir como tal negocio dispositivo unilateral la llamada hipoteca unilateral, se han seguido dos caminos. Por ambos caminos se llega a un mismo punto (aunque luego siga más lejos uno de ellos): a afirmar que el acto dispositivo unilateral tiene fuerza bastante para crear sustantivamente, es decir, en la realidad jurídica, un derecho de hipoteca.

Para llegar a tal conclusión se siguen dos tácticas opuestas. En un caso se pretende comprimir el derecho de hipoteca hasta que quepa dentro del acto unilateral, en el otro, se procura dilatar artificialmente éste hasta conseguir que pueda albergar dentro una hipoteca. Ambos nos parecen equivocados.

A) Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la adquisición de la hipoteca por el favorecido.

a) Exposición.

El primer camino es el que sigue CHAMORRO ARIAS en su trabajo anterior a la nueva Ley. Su posición, en resumen, es que el acto dispositivo inscrito, del dueño de los bienes, basta para que el favorecido *adquiera* el derecho de hipoteca.

4. JERÓNIMO GONZÁLEZ dice: «Hemos llegado a la *enormidad técnica* de llamar condición a la manifestación de voluntad del heredero» (aceptación). Pero la expresión es aplicable a la teoría de la hipoteca condicional, aparte de por otras razones, por la del lugar donde se encuentra.

La frase ha sido mal recogida por CHAMORRO—pág. 26—, que transcribe «*monstruosidad jurídica*», y en la edición del Ministerio de Justicia de las obras de JERÓNIMO GONZÁLEZ *no se encuentra* (V. II, pág. 101).

5. Sin embargo, LA RICA—*Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario*, I, 1948, pág. 270—dice: «Si se adopta el criterio de considerar la inscripción

Claro, ésta es una afirmación muy fuerte, y para llegar a ella CHAMORRO ha tenido que inmolarse el derecho de hipoteca. Afirma (pág. 74) que éste es simplemente un derecho real de adquisición de una suma de dinero. Con él no se adquiere de momento ningún valor patrimonial, sino solamente se adquiere derecho a adquirirlo. Es como si distinguimos entre derecho *a ser* propietario y derecho *de* propiedad. El titular del derecho de hipoteca no es para CHAMORRO ni más ni menos que pueda serlo el mendigo hambriento, que si ciertamente puede tener *derecho a ser* propietario de diez kilos de pan, por ejemplo, *no es*, sin embargo, propietario de nada, y, para su desgracia, se percata de la diferencia existente entre potencia y acto.

Con esa configuración del derecho de hipoteca pretende CHAMORRO (Véase pág. 70 y siguientes) soslayar el obstáculo que representa el principio *nemo volenti acquirit potest*. Admite que generalmente nadie adquiere derechos sin su voluntad, pero esto no reza con los derechos reales de adquisición, los cuales pueden crearse y adquirirse normalmente sin aceptación del favorecido—por ejemplo, dice, el retracto legal—, y por eso no se precisa de esta aceptación para la adquisición del de hipoteca, ya que éste es uno de esos derechos reales de adquisición.

Por otro lado, afirma que en el momento preciso de la adquisición patrimonial (es decir, de la adquisición de la suma de dinero—como consecuencia de la ejecución hipotecaria—, en cuyo momento ya no se recibe un mero derecho a adquirir, sino que se produce una adquisición actual), el principio de que nadie adquiere sin su consentimiento es respetado, ya que entonces para que este ingreso de la expresada suma en el patrimonio del favorecido tenga lugar, es preciso el concurso de la voluntad de éste.

La aceptación—registrada—de la hipoteca por dicho favorecido, la cual tan importante papel juega en la Ley Hipotecaria, se esfuma aquí por completo, y CHAMORRO asegura—para dejar a salvo su teoría de que la hipoteca se *adquiere* sin aceptación—que la voluntad de verificar la adquisición patrimonial (que se manifiesta al instar la ejecución ejercitando el derecho de hipoteca) no puede en forma alguna considerarse como aceptación de la hipoteca.

b) Crítica.

Bastan unas observaciones para deshacer esta teoría que ROCA (IV pág. 350) califica de artificiosa:

de hipoteca unilateral como sujeta a una condición suspensiva (la aceptación por parte del hipotecarista)...» Y en *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, 1945, pág. 207, habla de que la hipoteca unilateral resulta «equiparada a las afectas a una condición suspensiva, consistiendo la condición en la aceptación».

Esto, desde luego, no es aceptar la teoría de la hipoteca condicional, pero quizá si sea seguir el trato con ella, a pesar de su mala fama.

1.ª La hipoteca es un derecho real y actual de garantía que recae sobre una cosa desde que se constituye.

2.ª Una cosa es la constitución *actual* de la hipoteca como derecho real de garantía, y otra muy distinta la adquisición *posterior* de la suma de dinero a resultas de la ejecución. Por lo cual esa voluntad de adquirir la suma, que CHAMORRO considera suficiente, ha de haber sido precedida de la verdadera aceptación del derecho real de garantía de hipoteca, sin la registración de cuya aceptación no se adquiere este derecho.

3.ª Equiparar la hipoteca unilateral al retracto legal es desacertado, porque no es ni preciso llegar a ver que—como le observa ROCA (IV pág. 350)—el retracto legal es una limitación estatutaria de la propiedad, o mejor, es—más que limitación—el *límite* hasta donde llegan las facultades de elección de adquirente que el derecho de propiedad confiere al propietario.

Con el retracto legal no es que se cercenen poderes de elección de adquirente que el modo de ser de la propiedad concedería al dueño, sino que la propiedad se construye de forma que otra persona—dueño, por ejemplo, de la finca colindante en ciertos casos—tiene, entre los poderes que su propiedad le confiere, el de adquirir la propiedad de su vecino en determinados supuestos.

Habría bastado advertir que el retracto legal es eso, *legal*, que en este caso quiere decir que es un derecho que nace *directa* e *inmediatamente* de la ley, y claro, en este supuesto es cosa obvia la no necesidad de aceptación para adquirirlo, lo mismo que tampoco es necesaria aceptación para disfrutar de los derechos de preferencia—según la terminología legal—también llamados hipotecas legales tácitas, que el artículo 194 de la Ley Hipotecaria concede al Estado, las provincias o los pueblos, o que el 196 otorga a los aseguradores (cfr. arts. 1875, 1923-4 y 1927 del Código civil).

Por el contrario, la hipoteca unilateral no nace directa e inmediatamente de la ley, porque recuérdese que es una hipoteca *voluntaria*. E incluso *legal* predicado de la hipoteca no quiere decir tampoco que se constituya por la ley, sino que ésta permite elegir tal constitución.

Así que la llamada hipoteca unilateral, lo mismo que la hipoteca legal, son algo completamente distinto del retracto legal o del derecho de preferencia. Estos, puesto que la ley lo ordena, no necesitan de más para pertenecer al favorecido por ellos, porque, naturalmente, nadie adquiere derechos sin su propio consentimiento, salvo que la ley los confiera prescindiendo de tal consentimiento. No se olvide que el artículo 609 del Código civil dice: «La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la *ley*...»

Por el contrario, para adquirir aquéllas, creemos que ni el

artículo 158 de la Ley Hipotecaria deja lugar a dudas sobre que hay que exigir y conseguir la constitución de las hipotecas legales, ni el 141—antes del cual, pero después del 197 del Reglamento de 1915, escribía CHAMORRO—permite pensar que el derecho de hipoteca se adquiere sin la registración de la aceptación de aquel a cuyo favor se estableció.

B) *Teoría del negocio dispositivo unilateral que provoca la constitución de la hipoteca.*

a) Exposición.

El segundo camino es por el que van la mayoría de los tratadistas de nuestra doctrina moderna. Parte de la distinción entre constitución de la hipoteca y adquisición de ésta por el favorecido. Para estos autores, el problema de la hipoteca unilateral se resuelve estimando que aunque para su adquisición se precise de la registración de la aceptación del favorecido, para la constitución de dicho derecho basta con la inscripción de la disposición unilateral del dueño de los bienes. La voluntad de éste no provoca, por tanto, meramente un asiento, sino que es suficiente y tiene fuerza bastante para, mediante la inscripción, crear sustantivamente un derecho de hipoteca.

Así, pues, los seguidores de esta teoría quedan en un punto intermedio: el poder del dueño de los bienes no es tanto que haga adquirir el derecho al favorecido, sin necesidad de su aceptación—como sostiene CHAMORRO—, pero tampoco es tan menguado que solamente provoque un asiento—como sostiene la teoría del consentimiento formal—. El dueño es capaz para algo más que esto, pero menos que aquéllo. Puede, inscribiendo su acto dispositivo, constituir un derecho real, aunque no pueda hacerlo adquirir.

Ya antes de la última reforma hipotecaria, ROCA había adoptado esta postura: «Se funda—la teoría del negocio dispositivo unilateral—en la necesidad de reconocer al dueño de una cosa la facultad de disponer de ella, imponiendo sobre la misma el gravamen de una hipoteca, con lo cual surgirá un acto dispositivo producido unilateralmente, que provocará una modificación jurídica de trascendencia real en el patrimonio del disponente, y cuya aceptación por el acreedor favorecido constituirá una *conditio iuris* que, al hacer efectiva la adquisición de la hipoteca, *perfeccionará*, en el sentido de completarlo, el acto constitutivo de la misma.»⁶

Para mostrar que esta teoría no es certera, sería preciso probar que la constitución de la hipoteca no precede a su adquisición por el favorecido, sino que constitución y adquisición son mo-

6. Según el mismo dice—IV. pág. 343—, así es, en resumen, la posición que sostuvo en sus *Instituciones de Derecho hipotecario*, 1942, III, págs. 186 y sigs.

mentos que coinciden. Nosotros así lo creemos y trataremos de demostrarlo. Por eso estimamos que como lo que produce la adquisición es la registración de la aceptación, ésta no tiene el modesto papel de *perfeccionar*—como dice ROCA—el acto constitutivo de la hipoteca, sino que es pieza precisa para que la hipoteca nazca, es decir, para que se constituya.

La nueva Ley Hipotecaria es la que ha hecho surgir más propugnadores de la teoría del acto unilateral constitutivo de hipoteca. ROCA, que la defendió antes, lo hacía menos convincentemente, porque, en verdad, había menos argumentos legales.⁷

El artículo 141 de la nueva Ley dice así: «En las hipotecas voluntarias *constituídas por acto unilateral* del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se *establecieron* o *inscribieron* se hará constar en el registro por nota marginal cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la *constitución* de la misma.»

La doctrina posterior a dicha nueva Ley ha destacado la distinción entre constitución y adquisición de la hipoteca.

DE COSSÍO (*Lecciones de Derecho hipotecario*, 1945, página 215) sostiene que la hipoteca se constituye unilateralmente con plena validez, y que otra cosa es que se adquiera posteriormente por el destinatario. Lo que sucede es que se separa el acto dispositivo de constitución del acto adquisitivo, y que no se precisa de aceptación para que la hipoteca quede válidamente constituida.

Para DE CASSO (*Derecho hipotecario*, 1946, pág. 543) no hay duda de que la hipoteca puede ser constituida por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, según dispone el artículo 141. Recoge también las opiniones de ROCA y DE COSSÍO.

SANZ también se pronuncia en el mismo sentido. Cree (*Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, pág. 403) que el negocio jurídico unilateral de constitución de hipoteca produce por sí plenos efectos como limitación del dominio del deudor, pero que para que la hipoteca ingrese efectivamente en el patrimonio del acreedor es indispensable su aceptación. Este requisito—añade—no da carácter contractual al acto, pues obedece a un doble fundamento: 1.º, el principio de que nadie adquiere derechos contra su voluntad; 2.º, la accesoriada de la hipoteca en nuestro Derecho.

ROCA afirma (IV, pág. 351) que con la reforma hipotecaria de 1944-46, la posibilidad, configuración y efectos de la hipoteca impuesta por disposición unilateral del dueño de los bienes gravados, constituye ya una cuestión aclarada en el orden positivo, en el sentido de admitir la constitución de la hipoteca sin necesidad de aceptación.⁸

7. LA RICA, *Comentarios al nuevo Reglamento hipotecario*, pág. 268. dice que el antiguo artículo 138 admitió *simplemente* tal hipoteca unilateral.

8. Aunque la teoría que impugnamos mantiene que la aceptación del favorecido no es necesaria para la constitución de la hipoteca, y que, por tanto,

A base, pues, del 141 que ha hablado terminantemente de hipoteca *constituida* por acto unilateral, parece que se ha fundamentado más sólidamente la escisión entre constitución y adquisición. Así, no se ha de llegar al grave e insoslayable obstáculo de la adquisición de un derecho sin consentimiento del que lo recibe, y a la vez parece que se puede proclamar que la hipoteca ya está *constituida* en cuanto se inscribe el acto dispositivo del dueño de los bienes.

b) Crítica.

Para mostrar la inexactitud de la anterior teoría habría de probarse—como decíamos—que constitución y adquisición son momentos que coinciden en la vida de la hipoteca unilateral. Ahora bien, como ya está aclarado que sólo se adquiere por la registración de la aceptación, resultará, probado lo anterior, que también sólo por la aceptación registrada se *constituirá* la hipoteca unilateral. Vamos a estudiar este punto y hacer la crítica de la teoría del negocio jurídico unilateral constitutivo.

De aceptar la tesis de que la hipoteca se constituye, es decir, nace por la inscripción de la disposición del dueño de los bienes y se adquiere por la registración de la aceptación, sería preciso admitir que desde un momento hasta otro hay un derecho sin sujeto. A nosotros nos parece que, por varias razones, no se debe admitir que entre ambos momentos haya en la hipoteca unilateral un derecho sin sujeto. Estas razones son: 1.ª Que creemos más aceptable la postura que no admite la existencia de derechos sin sujeto, que la que los admite. 2.ª Que nos parece, asimismo, que, aun admitiendo los derechos sin sujeto, sin embargo, la hipoteca unilateral no tendría razones para ser uno de ellos.

constitución y adquisición son dos momentos distintos, sin embargo, por otro lado, se podría quizá decir que procura suavizar un poco las cosas. Por eso ROCA dice que la aceptación es una *conditio iuris* que hace *efectiva* la adquisición de la hipoteca. Y SANZ (*Comentarios*, pág. 403) habla de que la aceptación es indispensable para que la hipoteca ingrese *efectivamente* en el patrimonio del acreedor.

Lo cual no es realmente una expresión muy feliz, porque su sentido literal representa una transacción no viable. Cabe preguntar: ¿es que antes de la aceptación había quizá una situación que, según esa terminología, se llamaría adquisición *no efectiva*? ¿Es que esta clase de adquisición el efecto de la disposición del dueño de los bienes?

Además, se advierte—v., por ej., ROCA, IV, pág. 346—que la hipoteca *no queda perfectamente constituida*. Y se piensa que se puede objetar «que sin la aceptación del acreedor no puede considerarse perfectamente constituido o existente el derecho real de hipoteca». A cuya posible objeción «debe contestarse que, al menos de momento, *más que de averiguar si se ha constituido o no la hipoteca se trata de comprobar si mientras aquella aceptación no llega, el acto dispositivo del propietario tiene valor jurídico y fuerza suficiente para configurar una nueva situación de trascendencia inmobiliaria*» (ROCA, IV, pág. 344).

¿Cómo es posible que una teoría para la que el pilar básico es el distinguir y separar *constitución* y *adquisición* pueda dejar en un segundo término la *averiguación* de si la hipoteca se ha *constituido* o no?

Todos los posibles sujetos se agotan en estas tres categorías: 1.ª El favorecido por la hipoteca, el que se llama a ser titular. 2.ª El dueño de los bienes. 3.ª Un tercero ajeno a ellos. Es claro que no hay tal tercero titular. No menos ciertamente tampoco lo es el favorecido, puesto que precisamente el problema que estudiamos está creado por la falta de aceptación de ese favorecido, el cual no es todavía titular porque, en tesis general, nadie adquiere—y se hace, por tanto, titular de derechos—sin su consentimiento. Finalmente, tampoco puede serlo el dueño de los bienes hipotecados porque en nuestra legislación no se admite la hipoteca como *ius in re propria*, y a este respecto la exposición de motivos de la ley de 1944 indica: «La hipoteca de propietario no ha sido aceptada. Se juzgó conveniente no apartarse del clásico apotegma *nemini res sua servit.*» Luego es evidente que si en la hipoteca antes de la aceptación hay ya, como creen los que mantienen la teoría del negocio jurídico unilateral constitutivo, un derecho nacido, pero no adquirido, ese derecho de hipoteca habrá de ser un derecho sin sujeto.

Por mucho que WINDSCHEID (Pandekten § 49) hablase de derechos sin sujeto, siendo precisamente el derecho subjetivo un poder atribuido al sujeto, es evidente que, como dice ENNECCERUS (ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, Tratado, trad. esp. I, 1.º, página 300), o entiende FERRARA (*Trattato*, I, pág. 453), el derecho subjetivo supone un sujeto que tiene el poder. La razón de esta negación de los derechos sin sujeto nos parece que procede principalmente de una preocupación meramente verbal—es decir, derecho *subjetivo* implica *sujeto* porque sin *sujeto* no habría derecho *subjetivo*—, como han supuesto muchos y recogido entre nosotros, por ejemplo, DE CASTRO (Derecho civil de España, pág. 492), sino que entendemos con OERTMANN (Introducción, trad. esp., pág. 49) que la hipótesis de los derechos sin sujeto va no sólo contra la denominación, sino también contra el concepto íntimo del derecho en sentido subjetivo. DE BUEN dice (Teoría de la relación jurídica en el Derecho civil, en el libro homenaje a DE DIEGO, pág. 193) que admitirlos sería un absurdo, y CASTÁN (*Derecho civil—Notarías—*, 7.ª ed., tomo I, pág. 292) afirma que esa teoría está poco menos que abandonada por su imposibilidad lógica y porque los casos llamados de derecho sin sujeto admiten *explicación distinta*.

Claro que se puede pensar que la hipoteca unilateral no ha de desembocar necesariamente en la figura inadmisibles de derecho sin sujeto, porque se puede acoger a esta *explicación distinta*, y que se le puede considerar como una situación jurídica conformada de la manera como hoy se suelen construir los antes llamados derechos sin sujeto (Cfr. DE CASTRO, pág. 492, ENNECCERUS I, 1.ª, pág. 300, y en ellos citados).

Pero, si profundizar en este punto, hemos de advertir que lo mismo si se admiten los derechos sin sujeto, que si se piensa que en ellos no existe un verdadero derecho mas sí una situa-

ción jurídica sin titular actual, pero mantenida en espera del titular futuro, no se justificaría el encuadrar a la hipoteca unilateral—como hipoteca ya nacida—en ninguno de ambos supuestos, porque la razón que pudiera explicar o justificar en otros casos la admisión de tales figuras no se da en la hipoteca unilateral.

DE BUEN entiende—loc. últimamente citada—que la construcción de los derechos sin sujeto se creó para mantener la unidad de un conjunto de relaciones jurídicas aunque carezcan de sujeto. Para nosotros la razón fundamental de la construcción—cualquiera que sea—de un poder jurídico sin titular es la de la existencia del derecho, cuya continuidad se trata de evitar que se rompa, antes del momento en el que queda sin sujeto.

Pues bien, en los casos en que el problema se plantea y exige una solución es porque ya existe un derecho subjetivo y desde que desaparece su titular antiguo hasta que surja el nuevo hay un espacio en el que interesa *continúe* viviendo el derecho o que se *mantenga* la situación jurídica en espera del titular futuro. Si este derecho no existe desde antes, si se trata no de hacerlo continuar viviendo, sino de hacerlo nacer—como sucede en la hipoteca unilateral—, ya no hay problema ni necesidad de forzar las cosas, puesto que se puede esperar a que tenga un titular para que nazca, aunque se atribuyan efectos retroactivos a este nacimiento. Y así como, por ejemplo, en el caso de la sucesión *mortis causa* se busca solucionar un problema haciendo continuar la vida del derecho hasta que aparezca su nuevo titular, en el caso de la hipoteca unilateral, aquellos que dicen que se constituye antes de ser adquirida parece más bien que buscan crear problemas en vez de resolverlos, pretendiendo hacer nacer un derecho para que viva—por el momento al menos—sin titular. Cuya vida sin titular, aunque se admita en casos ineludibles como posible, no dejará de ser siempre una situación anómala y, por tanto, de pertinente evitación. Además, que ¿para qué forzar las cosas y entender que se precisa ese nacimiento, que más bien sería aborto, cuando se consiguen iguales efectos con la fuerza retroactiva de la aceptación?

En el supuesto—que es el de la hipoteca unilateral—de que tratándose de la creación de un nuevo derecho, concurren todos los requisitos para su nacimiento, a excepción de la pertenencia a una persona, no hay en rigor todavía derecho subjetivo, sino expectativa de derecho o derecho futuro (V. TUHR, Parte general, trad. argentina, I, pág. 100; OERTMANN, loc. cit.; Cfr. también sobre esto, ENNECERUS, I, 1.º, pág. 320 y sgs.; V. DE CASTRO, pág. 517 y sgs. y 492, con crítica de la doctrina de las expectativas).

Así, pues, pensamos que no se ha de suponer que la hipoteca ha nacido; es decir, se ha constituido antes de la adquisición, sino que, aunque exista ya una protección jurídica en atención a la hipoteca que nacerá, aunque tal estado de cosas produzca ciertos efectos, aunque la inscripción sea posible, no hay todavía,

propriadamente hablando, un derecho de hipoteca. La protección de las normas jurídicas ni siempre actúa concediendo derechos subjetivos ni sólo se extiende a éstos.

Concretamente queremos, antes de dejar este punto, advertir que una de las comparaciones que estimamos menos afortunadas es la de la herencia yacente con la hipoteca unilateral. Se piensa que en ambos casos hay derechos, pero todavía sin adquirir. Para nosotros son dos situaciones diferentes. En aquélla es seguro—porque siempre hay sucesor—que se considerará, cuando la aceptación se produzca, que ha habido, desde la muerte del causante, un titular, aunque éste sea de momento indeterminado. En la hipoteca unilateral, por el contrario, ni de momento hay titular ni es seguro que lo haya, mientras que, eso sí, está individualmente determinado el único titular posible.

Sigamos ahora atacando la teoría que cree que la hipoteca se constituye sin más que inscribir el acto unilateral del dueño: nuestra doctrina para afirmar que la hipoteca se constituye, es decir, nace como derecho, por la inscripción del acto dispositivo del dueño, se basa en las palabras que la Ley Hipotecaria utiliza.

Ahora bien, en todo caso podemos aducir contra los que interpretan literalmente las palabras de la ley, que tales palabras no son precisamente utilizadas siempre con la exactitud necesaria para que su utilización en el caso de la hipoteca unilateral no deje lugar a dudas. Se reconoce que constituyéndose la hipoteca por la concurrencia de dos factores: título (en sentido sustantivo)—contrato (dejemos ahora el acto unilateral)—más inscripción, es absolutamente inexacto hablar como lo hace el artículo 1875 del Código civil de que «además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente *constituída*, que el documento en que se *constituya* sea inscrito en el Registro de la propiedad». Por eso JERÓNIMO GONZÁLEZ dijo acertadamente (*Principio de inscripción*, en t. I, pág. 371), que ese artículo 1875 emplea el verbo *constituir* en dos sentidos diferentes, como nacimiento del derecho real y como formalización del título inscribible. Pero es que la poca precisión terminológica legal no se reduce al artículo 1875 del Código civil, sino que florece exuberante en otros lugares del Código, y tanto en los antiguos como en los nuevos textos legales hipotecarios.

Como indica—en dicho lugar—JERÓNIMO GONZÁLEZ, por ejemplo, según el artículo 468 del Código civil, el usufructo se *constituye* por la ley, por la voluntad de los particulares y por prescripción; y en los artículos 537 y 539 se declara que las servidumbres continuas y aparentes se *adquieren* en virtud de título o por la prescripción de veinte años, y las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán *adquirirse* en virtud de título; y el 1628 preceptúa que el censo enfiteutico sólo puede *establecerse* sobre bienes inmuebles y en escritura pública.

Ante lo anterior se pregunta JERÓNIMO GONZÁLEZ: ¿Qué valor tendrán las palabras *adquirir*, *constituir* y *establecer* para determinar el nacimiento del derecho real? ¿Serán matices o jalones que midan el camino recorrido hacia la perfección de la situación real?

En su opinión, el legislador no se ha planteado el problema, y basta comparar los citados artículos con sus concordantes del Proyecto de 1851, que no aceptaba el sistema de tradición, para convencerse de ello (arts. 436, 537, 538, el 1628 del Código civil sin precedente en Proyecto de 1851, porque éste suprimió el censo enfiteútico). (En los arts. 548 y 981 del Proyecto se rechaza la teoría del título y modo.)

También la Ley de 1861 en su artículo 141, que subsistió incluso en la ley de 1909, y cuyo contenido se suprimió en la vigente, decía que «la hipoteca *constituida* por un tercero sin poder bastante podrá ratificarse por el dueño de los bienes hipotecados; pero no surtirá efecto sino desde la fecha en que por una nueva inscripción se subsane la falta cometida». Como se comprenderá ese *constituida* no quiere decir que es que se haya *constituido* real y verdaderamente una hipoteca, ya que se parte de la base de que el tercero no tiene poder bastante para *constituirla* y además se le niega todo efecto, lo cual no es muy propio de una hipoteca verdaderamente *constituida*.

Y asimismo el artículo 126 de esa Ley de 1861, que desapareció en la 1909—en virtud del principio de convalecencia, según el cual sólo se atiende a que el tracto sucesivo quede cumplido al tiempo de inscribirse el título—decía: «La hipoteca *constituida* por el que no tenga derecho para *constituirla* según el Registro, no convalecerá aunque el *constituyente* adquiriera después dicho derecho.» Naturalmente, lo mismo que en el caso anterior el *constituida* de este artículo tampoco quiere decir que haya una verdadera *constitución*.

Igualmente en la nueva Ley se habla de escritura de *constitución* de hipoteca—cuando de sobra se sabe que en rigor no se puede hablar de *constitución* de hipoteca, sino cuando ya se ha producido la inscripción—, por ejemplo, en el artículo 129-2.º (recogido del 201 del Reglamento de 1915) y en el 130-1.º (copia del 130 de la Ley de 1909) y en el 131, párrafos 1.º, 6.º y 9.º (también recogido del mismo artículo 131 de la Ley de 1909), (las palabras de esos artículos 129, 130 y 131 no vienen de la Ley de 1861, porque se refieren al procedimiento judicial sumario y al extrajudicial, introducido, el uno, por la ley del 1909, y recogido el otro del Reglamento de 1915), y en el artículo 140-1.º (tomado del 138-2.º de la Ley de 1944) y en el 154 (recogido del 154 de la Ley de 1909).⁹

Y se va más lejos en el 161, cuyos términos existieron en to-

9. Lo mismo podemos decir del nuevo Reglamento. Véanse arts. 234, 235, 6.º, 248, etc.

das las leyes anteriores, cuando se afirma: «La hipoteca legal una vez *constituída e inscrita* surte los mismos efectos que la voluntaria...» Sospechamos que frente a esto es mucho afirmar el mantener que porque el artículo 141 de la actual Ley Hipotecaria dice *constituída*, se refiere rigurosamente al nacimiento del derecho real de hipoteca, siendo así que, por ejemplo, tan claramente en ese 161 *constituída* no puede significar que tal derecho haya nacido, puesto que precisa de la inscripción para nacer, y la inscripción viene después, puesto que se dice: «... *constituída e inscrita*.»

Y no menos se hace cuando en el 159 se dice que para que las hipotecas legales queden válidamente *establecidas* se necesita la *inscripción* del título *en cuya virtud se constituyan*. Aquí, lo mismo que en el caso anterior, es que ya únicamente se da a constituir el segundo sentido que decía JERÓNIMO GONZÁLEZ, o sea, el de formalización del título inscribible, porque claramente se han separado la *constitución* y la *inscripción*. Y esto es particularmente curioso porque se hizo modificando el 159 que había existido en las leyes anteriores y que decía *constituídas* en vez de *establecidas*, o sea, que la cosa ha empeorado. Ha empeorado por la sencilla razón de que en nuestro Derecho la inscripción no fué constitutiva para la hipoteca hasta que llegó el 1875 del Código civil. Por lo cual es curioso observar que antes de ser la inscripción constitutiva se decía—leyes de 1861 y 1869—: «Para que las hipotecas legales se entiendan *constituídas se necesita la inscripción* del título en cuya virtud se constituyan.» Y ahora que la inscripción es constitutiva, para la hipoteca, no se dice que se necesita la inscripción para que queden válidamente *constituídas*, sino para que queden *establecidas*.

Claro, la explicación del *constituídas* del artículo 159 de las Leyes de 1861 y 1869 es simplemente que se expresaron mal al querer que en adelante las antiguas hipotecas legales tácitas hubiesen de ser inscritas para poder perjudicar a tercero. Ese es el sentido del *constituídas* en este caso. Naturalmente, no necesitaban, en las leyes de 1861 y 1869, las hipotecas legales de la inscripción para constituirse, lo mismo que tampoco necesitaban de ella las voluntarias sino para perjudicar a tercero (v. art. 146).

Y también parecidamente el 180 (copia del 186 de las Leyes anteriores), que habla de marido obligado a constituir hipoteca, dice que tal obligación no perjudica a tercero, sino desde la inscripción de la hipoteca. Creemos que aquí es donde se podía decir exactamente: «desde la constitución», puesto que sin inscripción no hay constitución. Claro que tampoco es inexacto hablar de inscripción. Lo cierto es que el legislador se ha limitado a copiar exactamente las leyes anteriores. En las de 1861 y 1869 no se podía decir que la hipoteca perjudicaría a tercero desde su constitución—porque la inscripción no era constitutiva—, pero hoy sí se podía haber hecho.

Pero para el que crea a pie juntillas en el rigor terminológico

de la Ley Hipotecaria, todo lo anterior no será excesivamente extraño cuando lea el 145, que tiene por fin decir cuándo queda constituida la hipoteca voluntaria, y que, en vez de esa maravillosa precisión que sería de esperar (para nosotros tenemos que, a la vista de lo que llevamos dicho, lo que sería es de no esperar), se limita a hablar de *constituída*, no ya ni como el 1875 del Código civil, que utilizaba el término en dos sentidos, sino refiriéndose sólo a lo que podríamos llamar *falsa constitución*. «Para que las hipotecas voluntarias—dice el 145—queden válidamente *establecidas*, se requiere: 1.º Que se hayan *constituído* en escritura pública. 2.º Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.» (Este artículo es copia íntegra del 146 de la Ley de 1909. El de las Leyes de 1861 y 1869, de acuerdo con la falta de carácter constitutivo que tenía en ellas la inscripción, decía: Para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar a tercero se requiere: 1.º Que se hayan *convenido o mandado constituir* en escritura pública. 2.º Que ésta se haya inscrito en el Registro).

El 145, pues, para expresar el concepto que debería haber expresado diciendo *constituída*, ha preferido decir *establecidas*. El cual término tampoco es desusado, porque el 138 (copia de los 138 y 139 de las leyes anteriores, excepto que dice *establezcan* en vez de *constituyan*) dice: Son hipotecas voluntarias las convenidas entre partes o *impuestas* por disposición del dueño de los bienes sobre que se *establezcan* y sólo podrán *constituirlas*...

El propio 141 copió el artículo 139 de la Ley de 1944, pero hablando de «... la persona a cuyo favor se *establecieron* o *inscribieron*» en vez de «... la persona a cuyo favor fué *constituída*...», como decía ese artículo 139. Realmente esto no es una inexactitud, habida cuenta de que la inscripción es constitutiva, pero sí pone de relieve la poca fijeza terminológica de la Ley.

El sentido que creemos tiene el 141 es solamente el de generalizar una norma que aplicada a un caso concreto ya existía, como vimos en el artículo 197 del Reglamento de 1915, y que venía existiendo desde el artículo 112 del de 1870 (Cfr. LA RICA, *Comentarios a la Ley de reforma*, pág. 207, y *Comentarios al nuevo reglamento*, pág. 268). Que esto que decimos sobre el sentido del 141 de la Ley actual es así, lo prueba la propia exposición de motivos de la Ley de 1944 al decir: «Modificaciones de menos trascendencia aparecen en el título de las hipotecas, mediante ligeros retoques del artículo 115, y en los efectos de las constituídas por acto unilateral del dueño del inmueble, en las que se permite su cancelación a solicitud del titular de la finca, siempre que el acreedor, previo requerimiento, no la hubiese aceptado en el plazo de dos meses.» O sea, que solamente hay en lo que se refiere a la hipoteca unilateral un ligero retoque y éste sólo afecta a la cancelación de la inscripción. El legislador, al utilizar las palabras con que realizó el «ligero retoque», no creyó probablemente, pues si no no hablaría de «ligero retoque», que de ellas se serviría la doctrina para fundamentar una nueva teoría.

El sentido del artículo 197 del Reglamento de 1915, con su *constituya* y todo, que provenía del artículo 112 del Reglamento de 1870, es lo que se recoge en el artículo 141 de la actual Ley (que siguió hablando de constituir). Este 141 se ha limitado—repetimos—a generalizar el supuesto particular que aquellos contemplaban refiriéndolo a todos los que hipotequen, y a todos aquellos a cuyo favor, después de la aceptación, resulten las cosas hipotecadas, en vez de referirse, como hacían aquéllos, solamente al supuesto de hipoteca constituida a favor del Estado o de corporaciones civiles. Se limita a permitir la inscripción de la escritura de hipoteca unilateral, y a señalar los efectos retroactivos de la registración de la aceptación.

Creemos, pues, que lo mismo que se habla, por ejemplo, de suceder «en virtud de testamento» (cuando, sin embargo, es precisa la aceptación de la herencia¹⁰), se habla también de hipoteca *constituída* por acto unilateral. En ambos casos lo que sucede es que como el negocio jurídico que sirve de base a la transmisión sucesoria o a la constitución de la hipoteca es el testamento o es el acto unilateral, se deja en un segundo plano la aceptación porque ésta es solamente la que determina la producción de los efectos de aquellos negocios jurídicos, pero no lo causa de tales efectos.

Con esto el *constituídas* del artículo 141 creemos que queda explicado. En cuanto al *constitución* final de dicho artículo alude al momento de la inscripción. No creemos que signifique «nacimiento» de la hipoteca, sino ingreso en el Registro del título en que aquélla se *constituyó* (formalizó). (Cfr. LA RICA, *Comentarios a la Ley de reforma*, pág. 208.)

Una Ley que habla de hipoteca constituida cuando se otorga la escritura de hipoteca, que recoge ese término—utilizándolo en los mismos casos que ellas—de otras Leyes en las que imperaba un régimen distinto fundamentalmente, que también para referirse a la inscripción habla de *constitución* (y con rigor por cierto, por ser la inscripción constitutiva), no tiene nada de particular que, por falta de exactitud terminológica, hable en este supuesto—141 *in fine*—de *constitución* para aludir a la inscripción, aunque en este caso precisamente, esa inscripción que normalmente—así: cuando es contractual—constituye la hipoteca, no baste para constituir, para hacerla nacer, sino que sólo sea el fundamento de tal constitución, que se producirá al concurrir la anotación marginal de la aceptación.

O sea, nuestra Ley habla indistintamente y con magnífica inexactitud de hipotecas *impuestas, establecidas, constituidas e inscritas*.

Como en el caso del Código civil también cabe afirmar aquí que el legislador no se ha planteado el problema de si tales términos marcan distintos jalones hacia la perfección de la situación

10. En contra, GARCÍA VALDECASAS, *La adquisición de la herencia en el Derecho español*, en R. D. P., 1944, págs. 89 y sigs.

real. Así como en aquel caso el Código copia las palabras y expresiones del Proyecto de 1851 sin tener en cuenta que media entre ambos el abismo de la teoría del título y el modo, rechazada por uno y admitida por otro, así también la Ley Hipotecaria de 1946 copia al pie de la letra artículos y términos que procedentes de la del 1861 han llegado sin modificación hasta ella, pero sin tener en cuenta que al convertir el 1875 del Código civil la inscripción de la hipoteca de declarativa en constitutiva, se requiere la necesaria modificación de aquello a que tan trascendental cambio haya afectado. Y por desgracia, algunas de las veces que introduce modificaciones más valía que no lo hiciera.

Los tres primeros términos citados (impuestas, establecidas, constituídas) pueden aludir—utilizando la expresión de JERÓNIMO GONZÁLEZ—a la formalización del título inscribible. Y todos ellos (incluido el cuarto: inscritas) pueden significar que el proceso genético de la hipoteca ha sido coronado con la inscripción porque realmente sólo después de ésta puede haber una hipoteca nacida a la vida del Derecho.

Ahora bien: se ha de advertir que no siempre la inscripción implica el nacimiento de la hipoteca, pues si es cierto que sin la inscripción no hace la hipoteca, no lo es menos que ésta puede faltar aunque aquélla concorra o pueda haberse extinguido aunque la inscripción subsista.

Para nosotros la constitución de hipoteca unilateral debe ser un caso de adquisición constitutiva y no de constitución anterior a la adquisición. Ahora bien: el mismo nombre lo indica. Lo que acabamos de decir, pero nos interesa repetirlo. La adquisición constitutiva quiere decir adquisición que constituye un derecho. La hipoteca es un derecho que se constituye, que nace, porque se adquiere. Es decir, no es posible que la constitución preceda a la adquisición, porque precisamente es la adquisición la que constituye, la que hace nacer los derechos cuando éstos nacen en virtud de adquisición constitutiva. Por tanto, en estos casos, uno de los cuales es la hipoteca unilateral, no se puede hablar, y como de dos momentos separados y distintos, de la adquisición y de la constitución, porque uno y otro, por definición, coinciden. Ello es—creemos—perfectamente admisible en nuestro Derecho. El derecho de hipoteca—vistos los obstáculos en general para la construcción de los derechos sin sujeto, y para que, aun admitidos tales derechos o construídos como supuestos que no encierren un derecho subjetivo actual, se considere como uno de ellos a la hipoteca unilateral—habría de tener un titular que mediante su adquisición produzca la constitución.

Para nosotros el efecto de la registración de la aceptación del favorecido debe ser no sólo la adquisición del derecho, sino también su nacimiento, aunque se produzcan efectos desde la fecha de la inscripción, que precisamente se realizó para eso, para que los efectos de la registración de la aceptación pudiesen retrotraerse *erga omnes*.

Y vamos a poner de relieve otra cosa que muestra—creemos—la mayor lógica de nuestra construcción. Es sabido que el caso más frecuente de inscripción de hipoteca unilateral es precisamente el de que no haya todavía obligación que garantizar. Precisamente el dueño de los bienes la inscribe como medio más seguro para conseguir que la obligación nazca. Por ejemplo, se desea un préstamo, y para estimular su concesión se muestra al futuro prestamista la garantía de que disfrutará cuando acepte la hipoteca unilateral inscrita.

Esto nos lleva a otro problema, porque este de la hipoteca unilateral parece un campo minado de problemas, que ya es propio de la hipoteca en garantía de obligaciones futuras. Hemos dicho que, por lo general, la hipoteca unilateral tiende a garantizar una obligación futura. En este sentido JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Principio del consentimiento*, en t. I, pág. 408) hablando de la técnica moderna y de la distinción de los tres momentos de negocio causal, acuerdo real, e inscripción, afirma que el orden de sucesión de estos tres momentos suele variar y que en la hipoteca unilateral suele ser: inscripción—unilateral de la hipoteca—, negocio causal—préstamo, por ejemplo—, y acuerdo—aceptación de la hipoteca ya inscrita.

Pues bien, en virtud del carácter accesorio de la hipoteca surge la cuestión de si ésta en tal caso nacerá antes que la obligación o sólo podrá nacer una vez que exista ésta. Es este un punto en el que se han multiplicado las teorías. ¿Se puede hablar de hipoteca—derecho que tiene por misión garantizar una obligación principal—sin que haya todavía obligación? En Alemania se considera que en lo que llamamos hipoteca en garantía de una obligación futura, hasta el momento del nacimiento de la obligación, existe una deuda inmobiliaria del propietario.

DE CASSO—pág. 564—entiende que la hipoteca en garantía de obligaciones futuras, «dado el principio de accesoriedad de la hipoteca en nuestro sistema registral y civil, acusa una incongruencia o una excepción muy cualificada, que los tratadistas y la doctrina de la Dirección tratan en vano de conciliar con aquella concepción». ^{10 bis}

Porque, además, si entendemos con REGELS-BERGER que por deuda futura hay que entender toda deuda posible, la hipoteca prácticamente va a adquirir, casi podríamos decir, una viabilidad completamente impropia de su carácter accesorio. Más templadamente, entre nosotros, JERÓNIMO GONZÁLEZ (*La hipoteca de seguridad*, en t. II, pág. 92), ya advirtió que no basta la sola posibili-

^{10 bis}. Añade DE CASSO—págs. 564 y 565—que «es inútil pretender forzar una exégesis congruente con la norma hipotecaria de accesoriedad, a base de decir que en tal momento hay sólo una hipoteca potencial o una expectativa de hipoteca».

Piensa que en el artículo 142 de la L. H. «se regula una verdadera hipoteca independiente o «deuda inmobiliaria» del propietario, la cual excepcionalmente se admite».

dad de obligación, sino que se necesita que el aparato jurídico creado tenga consistencia suficiente para merecer la garantía de sus consecuencias.

Hoy jurisprudencia y doctrina se inclinan preferentemente a admitir el nacimiento de la hipoteca antes del de la obligación garantiza, estimando que basta que esta obligación se halle en estado potencial.

Sin embargo, podemos decir nosotros: ¿es posible considerar *existente* una hipoteca unilateral—que no se puede cancelar hasta pasados dos meses del requerimiento para que se acepte sin que conste en el Registro la aceptación—cuando se haya esfumado la obligación futura—el Banco niega el préstamo?

Frente al dogma de la accesoriedad proclamado por el Código civil (artículo 1.857-1.º) y ratificado por la exposición de motivos de la Ley de 1944 al decir que «se juzgó conveniente no apartarse del tradicional carácter accesorio de nuestra hipoteca», ¿es posible decir que *hay* un derecho de hipoteca, en los términos que hemos visto, que puede extinguirse porque no llegue a nacer la obligación futura? ¿No sería más acertado esperar a que esta obligación naciese para que la hipoteca surgiese a su vez?

Nos damos perfecta cuenta de que el 1.857 habla de que la hipoteca se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, lo cual puede entenderse que no implica que tal obligación exista ya. Pero, ¿es que vamos a considerar «como aparato jurídico ya creado y con consistencia suficiente para merecer la garantía de sus consecuencias»—como diría JERÓNIMO GONZÁLEZ—, por ejemplo al simple proyecto de obligación principal, que no existe nada más que en la mente del hipotecante?

Mucha fuerza podrá tener la inscripción del acto unilateral dispositivo del dueño, no lo negamos, pero nos parece excesivo pensar que pueda crear—con razón habría que recalcar aquí *creatio ex nihilo*—un derecho subjetivo sobre cosa ajena, que tiende a garantizar a su titular el cumplimiento de una obligación principal—que eso es la hipoteca—, si cuando se estima que ese derecho se crea o nace, nace sin sujeto—con lo cual no se garantiza a nadie—, y no se puede hablar de cosa ajena—porque esto implica alteridad y no hay más yo que el dueño de los bienes—y tampoco garantiza nada—porque no hay obligación que garantizar—. Si actualmente no hay cosa garantizada, ni sujeto al que se garantice, se nos hace muy duro pensar que existe ya un derecho real de garantía por el que no se garantiza nada a nadie.

¿No sería más morigerado, aunque se crea que es menos progresivo, pensar que existe una expectativa de hipoteca, que ya se anuncia a terceros advirtiéndoles que, si nace, producirá efectos desde la inscripción?

Nosotros eso es lo que creemos, y nos parece poder encuadrar nuestro pensamiento dentro del marco de nuestro Derecho positivo. No obstante, para el que crea que la postura de nuestra Ley Hipotecaria es la que acabamos de criticar, puede servir todo lo

anterior como una simple muestra de lo incómoda, artificiosa y forzada que es tal postura.

Y una vez terminada la crítica de la teoría denominada del negocio unilateral dispositivo constitutivo de hipoteca, pasemos a exponer una última teoría sobre la construcción jurídica de la hipoteca unilateral.

4.º Teoría de la reserva de rango.

a) Exposición.

Se ha visto en el artículo 138 una situación parecida a la reserva de rango. El contrato—dicen PÉREZ y ALGUER, en *Wolff*, III, 1.º, págs. 213 y 238—es requisito de la constitución de la hipoteca; pero la inscripción de ésta en virtud de acto unilateral del dueño, entraña algo así como una reserva de rango, que se transforma en auténtica hipoteca en cuanto acepte aquél en cuyo favor se reservó. Semejantemente piensa GIMÉNEZ ARNÁU (*Tratado de Legislación hipotecaria*, II, pág. 7).

b) Crítica.

Esta postura nos parece afortunada por lo que se refiere a que la inscripción de la llamada hipoteca unilateral es una especie de reserva de rango. Pero no creemos que sea ya tan acertado afirmar que el contrato es requisito para la constitución de la hipoteca.

III

DOGMÁTICA

Nosotros pensamos que no es el contrato—negocio jurídico bilateral—el que da origen al tipo de hipoteca que estudiamos, sino que su base es un negocio jurídico unilateral de disposición y real que consta de dos elementos—disposición del dueño de los bienes e inscripción—, pero cuyo negocio unilateral no es, sin embargo, suficiente ni para hacer adquirir el derecho de hipoteca al favorecido (por lo cual rechazamos la teoría del negocio unilateral que hace adquirir), ni tampoco para constituir, para hacer nacer el derecho de hipoteca (por lo cual rechazamos la teoría del negocio unilateral constitutivo).

Ahora bien: el negocio unilateral que es base fundamental de la hipoteca unilateral, no la hace nacer sin más, sino que se requiere para tal nacimiento la registración de la aceptación del favorecido, cuya registración de la aceptación no es ni mucho menos una simple condición suspensiva (por lo que hemos rechazado la teoría de la hipoteca condicionada suspensivamente), sino una

conditio iuris. Y como hasta el momento de su cumplimiento el registro publica no la constitución de una hipoteca que no existe en la realidad, sino un negocio unilateral que es base para constituir esa hipoteca cuando la *conditio iuris* se cumpla, resulta que ese registro no es inexacto (por lo cual no rechazamos la teoría del consentimiento formal, pero sí rechazamos que ese consentimiento formal provoque inexactitud registral).

De esta manera el negocio unilateral (disposición inscrita del dueño de los bienes) produce sus efectos (constitución y adquisición simultáneas del derecho de hipoteca) cuando se dé la *conditio iuris* (anotación de la aceptación del favorecido).

Hasta entonces la misión de su inscripción formalmente consentida es fundamentalmente reservar su rango; de forma que la retroacción de los efectos del cumplimiento de la *conditio iuris*, no tropiece con la protección que la Ley habría de dispensar a los terceros que hubiesen confiado en un registro en el que no hubiese existido semejante inscripción.

Llamamos negocio jurídico unilateral a aquel supuesto de hecho que contiene una declaración de voluntad privada—en este caso la del dueño de los bienes—(aunque puede contener ese supuesto de hecho otros elementos) que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido.

Ahora bien, ¿qué clase de negocio jurídico unilateral es el que es base para la constitución de la hipoteca unilateral? Para nosotros es un negocio unilateral, primero, de disposición, y segundo, real.

Es de disposición para el dueño de los bienes porque se llaman así los que producen directamente por sí la pérdida o, exactamente en este caso, el gravamen de un derecho—la propiedad—mediante transmisión de parte de poder, transmisión que es constitutiva de otro derecho. Y es real porque su efecto jurídico directo es el nacimiento de un derecho real (aunque este nacimiento no coincida con la conclusión del negocio jurídico. Esto es debido a otra causa). De todo ello se deduce que no puede confundirse con un negocio obligacional que se limita a preparar la disposición o enajenación obligando a ella mediante la creación de derechos de crédito.

Obsérvese que, en efecto, la escritura de disposición unilateral *no obliga*, en sentido técnico, al dueño de los bienes a constituir hipoteca. Tampoco con la inscripción del acto unilateral queda el hipotecante *obligado*. Sólo puede hablarse de una vinculación del disponente a su acto dispositivo. Sería como si, por ejemplo, un testamento no pudiese revocarse hasta pasado un plazo desde el otorgamiento. El que está *vinculado* no puede *revocar*, pero no queda *obligado* (Cfr. *Wolff*, III, 1.º, pág. 208).

Es un negocio jurídico de disposición, pero partes, es decir, elementos de ese negocio jurídico son: Primero, la disposición del dueño de los bienes, y segundo, la inscripción. O sea, no es que

haya ya un negocio jurídico completo en la disposición del dueño, cuyo negocio jurídico se inscribe, sino que la disposición, más la inscripción, forman ambas el supuesto de hecho que es negocio jurídico, porque éste hemos dicho que es un supuesto de hecho que cuando es unilateral contiene una declaración de voluntad privada, pero esto no excluye que contenga otros elementos.

El negocio jurídico de disposición y real que estudiamos, compuesto por la disposición del dueño de los bienes más la inscripción, es sustancialmente lo mismo que en el Derecho alemán, en el que el acuerdo real y la inscripción forman un negocio de disposición y real. Lo cual PÉREZ y ALGUER (en *Wolff*, III, 1.º, página 211) acogen plenamente para el Derecho español y afirman que *evidentemente* en nuestro Derecho el contrato de hipoteca y la inscripción forman un negocio jurídico de disposición real, contractual y abstracto. Y hay que advertir que tanto estos autores como el Derecho alemán consideran que el acuerdo real—o contrato de hipoteca en nuestro Derecho—también existe en la hipoteca unilateral porque en ésta hay contrato o acuerdo que producen la concurrencia del consentimiento del dueño de los bienes y la aceptación de la hipoteca por el favorecido. No obstante, no importa que nosotros pensemos que la voluntad del dueño de los bienes no se une a la aceptación para formar un contrato, sino que vale por sí sola. Y no importa porque en ambos casos, en ambos Derechos, español y alemán, hay inscripción, y la diferencia de que en uno de esos casos haya un elemento bilateral—acuerdo—y en otro un elemento unilateral—disposición del dueño de los bienes—no tiene trascendencia a los efectos que estamos estudiando ahora, ni impide la comparación entre Derecho alemán y español, ya que la única consecuencia de tal diferencia es que en el B. G. B. el negocio jurídico sea bilateral—contrato— y en nuestra hipoteca unilateral hay un negocio jurídico, pero unilateral. Lo único que importa es destacar que la inscripción, juntamente con el acuerdo en un caso o la voluntad unilateral en otro, forman un negocio jurídico de disposición real.

Ciertamente que no existe en nuestro Derecho la distinción tajante del alemán entre negocio jurídico causal, acuerdo real e inscripción (recuérdese que, salvo para la hipoteca, la inscripción no es en nuestro Derecho constitutiva), y, por ejemplo, al inscribir la compraventa de un inmueble, se inscribe el llamado título, que comprende todo el ciclo que opera la transmisión, iniciado por el contrato de compraventa y concluido por la entrega de la cosa (Cfr. ROCA, II, pág. 195 y I, pág. 163 y sigs., y, en particular, la refutación de la opinión de SANZ, pág. 165).

Sin embargo, en lo que respecta a la hipoteca, nuestro Derecho y el alemán corren paralelos por dos razones: Primera, porque la inscripción es constitutiva, y segunda, porque así como, por ejemplo, en la venta están involucrados en el llamado título inscribible todos los momentos del ciclo trasmisivo, no ocurre tal en la hipoteca, sino que, en ésta, aparece perfectamente diferenciado

y aparte del negocio (u otra cualquier razón) causal el acuerdo real.

Este acuerdo real lo constituye el propio contrato de hipoteca o lo sustituye la voluntad unilateral del dueño de los bienes. Y está, como decimos, perfectamente diferenciado de la causa que constriñe a hipotecar (obligación *ex lege* en las hipotecas legales y contractual, por ejemplo, precontrato de hipoteca, en las voluntarias) hasta el punto de que PÉREZ y ALGUER (en *Wolff*, III, I.º, pág. 212¹¹) afirman, y—utilizando sus propias palabras—*sin rodeos*, que el contrato de hipoteca es en nuestro Derecho un contrato abstracto.

El puesto del acuerdo real del Derecho alemán lo ocupan, por tanto, en nuestro Derecho o el propio contrato de hipoteca o la voluntad unilateral del dueño, porque no tienden a crear un derecho de crédito que faculte para exigir la constitución de hipoteca, sino que tienden directamente a constituir ésta. Basta ver la diferencia entre los artículos 1862 y 1875 del Código civil. Y ese contrato o voluntad unilateral juntamente con la inscripción forman un negocio jurídico de disposición, que es base productora del nacimiento de la hipoteca. Aunque en la hipoteca unilateral tal nacimiento no coincida con la conclusión del negocio.

La inscripción forma, pues, parte del negocio jurídico de disposición. Algunos (así DE CASSO, pág. 511, n. 13; ROCA, I, página 156; SANZ, *Instituciones de Derecho hipotecario*, 1947, página 242) dicen que la inscripción *sustituye* a la tradición. Esto, si se aprecia bien el sentido que en tal frase se da al verbo sustituir, no es inexacto. Sin embargo, quizá sea más claro advertir, como hace CASTÁN—*Derecho civil, Notarias*, 6.ª ed., II, pág. 137—que tradición e inscripción tienen órbita de aplicación distinta. Ello porque en la hipoteca no ha lugar la tradición, y en otros derechos reales la tradición se encuadra dentro del acto o título transmisivo inscribible¹²:

Lo que, desde luego, puede dar, aun más, lugar a confusión

11. No deben producirse confusiones con motivo de la posibilidad de existencia de estos tres contratos, por ejemplo (aunque posiblemente la fuente ordinaria de la obligación de hipotecar será una cláusula inserta en el contrato del que nace la obligación principal): 1.º Contrato de préstamo. De él surge la obligación principal, que la hipoteca garantiza. 2.º Precontrato de hipoteca. En él se pacta garantizar con hipoteca el cumplimiento de la anterior obligación principal. 3.º Contrato de hipoteca. Contrato del que, mediante la inscripción, nace la hipoteca. Con él se garantiza el cumplimiento de la obligación principal y se cumple la que nació del precontrato de hipoteca. El primer contrato es real, en el sentido de que se perfecciona por la entrega de la cosa. El tercero es real en el sentido de que *directamente*—unido a la inscripción—genera un derecho real. El segundo es obligacional, porque de él sólo nacen obligaciones. No produce ningún derecho real, sino únicamente la obligación de constituirlo, y por eso no es real en el sentido que lo es el contrato de hipoteca. Se perfecciona por el acuerdo de voluntades, sin requerir entrega de cosa, y por eso no es real en el sentido del contrato de préstamo.

12. Dejamos al margen los problemas que pueden plantearse en torno al artículo 1.473, que no son pocos.

es afirmar—como hace ROCA, I, pág. 166—que es como si el 609 dijese: «La hipoteca se adquiere como consecuencia de contrato mediante la inscripción.»¹³

No es aplicable en el caso que estudiamos la nunca bien precisada teoría del título y el modo, porque el 609 no tiene validez para todos los derechos reales, sino sólo para los susceptibles de posesión. Además, los propios defensores de la teoría del título y el modo reconocieron de antiguo que esta teoría no era aplicable a la hipoteca. En la misma Ley de 1861 nacía la hipoteca del solo título porque la inscripción no era entonces constitutiva. Por otro lado, aunque tal teoría fuese aplicable—lo que no admitimos—a la hipoteca, lo sería sólo a la convencional porque el 609 dice: «A consecuencia de ciertos *contratos* mediante la tradición». Lo cual prueba que en ningún caso se puede aplicar a la hipoteca unilateral. (Cfr. sobre lo anterior: ESPÍN, *La transmisión de los derechos reales en el Código civil español*, en R. D. P. 1945, página 349 y siguientes.)

O sea que la inscripción no es, desde luego, para la hipoteca unilateral ningún *modus* que unido a un título o negocio jurídico obligacional, pero negocio jurídico obligacional completo en sí, produzca la adquisición de tal hipoteca, sino que tal inscripción es sólo un elemento del negocio jurídico de disposición y real base de la constitución de la hipoteca unilateral.

Hay quien, como DE BUEN (*Derecho civil común*, cit. página 337) o NÚÑEZ LAGOS (*Realidad y Registro*, en R. G. L. J., 1945, I, pág. 422, nota) creen que la necesidad de la inscripción para que nazca la hipoteca pertenece al capítulo de la forma de los negocios jurídicos materiales¹⁴, pero creemos más acertado pensar que la inscripción no es mera forma de un acto privado, sino que esa constatación en un Registro público por funcionario público del acto unilateral del dueño, esa inscripción, es otro ele-

13. Para el que entienda que la tradición es un contrato real—compuesto de la entrega y el acuerdo sobre la transmisión—(Cfr. PÉREZ y ALGUER, en *Wolff*, III-1.º, pág. 390), es evidentemente equivocado suponer que la inscripción sustituye a la tradición, porque ello es como decir que la inscripción sustituye a la entrega y al acuerdo real. Y eso es inexacto, porque aunque se pueda decir que la inscripción ocupa, en nuestro Derecho, en la hipoteca, el lugar que la entrega llena en el caso de otros derechos reales sobre muebles o sobre inmuebles, no ocupa también el lugar del acuerdo real, aunque no sea nada más que por la sencilla razón de que en la hipoteca el acuerdo real es el propio contrato de hipoteca (o lo sustituye la voluntad unilateral del dueño).

Decíamos que puede dar lugar a confusión afirmar que es como si el 609 dijese: «La hipoteca se constituye por consecuencia del contrato mediante la inscripción», porque ello—aunque se vea en la tradición una mera entrega no unida a un acuerdo real (Cfr. ROCA, I, pág. 632)—induce a pensar que la inscripción desempeña el papel de la tradición (modo), y el contrato de hipoteca el de negocio obligacional causal (título). Y las cosas no son así, pues como acabamos de ver, al no ser el contrato de hipoteca negocio obligacional ni causal, sino real, no sería nunca un título—en el sentido que lo es el contrato de compraventa—que mediante la tradición hiciese nacer la hipoteca.

14. No creemos tampoco que esté en lo cierto SANZ—*Instituciones*, I, página 243—cuando afirma que, en el caso de la hipoteca, «la inscripción es decla-

mento del negocio, porque el acto dispositivo del dueño ya requiere una forma: la escritura pública (Cfr. ENNECCERUS, I, 2.º, páginas 62-63, III, 1.º, pág. 203 y anotaciones correspondientes.)

Decíamos que denominábamos negocio jurídico unilateral a aquel supuesto de hecho que contiene una declaración de voluntad privada que el ordenamiento jurídico reconoce como base para producir el efecto jurídico calificado de efecto querido. Y hemos de añadir que lo que según la concepción del ordenamiento no fundamenta el efecto jurídico sino que sólo lo condiciona—en este caso la anotación de la aceptación de la hipoteca—no es considerado como elemento, como parte del negocio, sino sólo como condición de su eficacia, y se designa como *conditio iuris* cuando es posterior en tiempo a la conclusión del negocio. De lo dicho se desprende cuán inconveniente sería deducir del concepto de negocio jurídico que su eficacia haya de coincidir en el tiempo con la conclusión del negocio (ENNECCERUS, I, 2.º, pág. 63).

La *conditio iuris*, como dice ENNECCERUS (I, 2.º, pág. 315), es un acontecimiento futuro e incierto del que depende la eficacia del negocio, según su naturaleza, su objeto o una disposición del derecho. No es, pues, parte del supuesto de hecho del negocio jurídico, sino una condición de eficacia de este supuesto de hecho.

La registración de la aceptación, construida a la hipoteca unilateral como negocio jurídico unilateral, es, en efecto, una *conditio iuris*.

Interesa hacer constar que la *conditio iuris* es la registración, mediante anotación, de la aceptación del favorecido, y no la sola aceptación sin registrar, porque esa anotación marginal es *constitutiva*. (El 141 habla no de retrotraer los efectos de la aceptación, sino de retrotraer los efectos de la registración de la aceptación. Y luego permite cancelar «si no constase—en el Registro—la aceptación transcurridos dos meses...») (Cfr. ROCA, IV, pág. 354, nota 3, y 357). O sea que no hay ni siquiera inexactitud registral si la aceptación se ha producido y no se ha anotado.

Excepcionalmente no se precisa registrar la aceptación en las hipotecas en garantía de títulos valores (art. 154).

En este caso las consecuencias que en el otro produce la registración de la aceptación, las produce la aceptación sola, que tiene lugar al adquirirse los títulos emitidos.

Ahora bien: el efecto querido, que se tiende a producir con ese negocio jurídico, es la creación de una hipoteca a favor de determinada persona. La anotación de la aceptación de ésta, que es ciertamente una *conditio iuris*, retrasa, pues, hasta que se ve-

rativa y tiene simplemente el carácter de una forma de publicidad necesaria e indispensable para el ejercicio y efectividad del derecho.

ROCA—IV, 154-5—se pronuncia lo mismo en contra de NÚÑEZ LAGOS que de SANZ.

En pos de SANZ y de NÚÑEZ LAGOS algún registrador, como RAMOS, niega el carácter constitutivo de la inscripción (R. C. D. I., 1949, pág. 192). Otro—HERNÁNDEZ—hace depender la solución del sentido que se dé al término *constitutivo* (R. C. D. I., 1949, págs. 393-4).

rifica, la producción de los efectos perseguidos por dicho negocio jurídico.

En el espacio que media entre la conclusión del negocio y la realización de la *conditio iuris* (anotación de la aceptación), ciertamente que el negocio jurídico puede producir ciertas consecuencias jurídicas, pero de ninguna manera puede producir sus efectos fundamentales. Las consecuencias jurídicas que el negocio produzca en ese espacio intermedio sólo serán encaminadas a evitar la frustración de los efectos principales del negocio; es decir, a producir el aseguramiento de éstos.

La consecuencia del negocio jurídico de hipoteca unilateral, antes de la registración de la aceptación, es reservar un rango y vincular al disponente a su disposición.

Y como, sin género de duda, la constitución de la hipoteca es efecto principal y fundamental del negocio jurídico, el suponer que pueda producirse semejante efecto, es decir, la constitución, antes de la registración de la aceptación, es inadmisibile, porque sería como admitir que el negocio jurídico puede producir sus efectos principales antes de la realización de la *conditio iuris*, lo cual, por definición, es inaceptable.

Así, pues, nosotros construimos el negocio jurídico por el que se constituye la hipoteca unilateral, como un negocio jurídico unilateral, pero pensamos que la aceptación registrada es la que produce tanto la adquisición como el nacimiento del derecho de hipoteca.

Bien entendido que la inscripción—acceso al Registro del acto unilateral del dueño—tiene un valor y reserva un rango aunque no constituya la hipoteca. Esto creemos que no se ha visto claro por los que sostienen la teoría del negocio jurídico constitutivo de la hipoteca sin necesidad de aceptación, porque acostumbrados a dar ya un valor excesivo a la inscripción, y habida cuenta de que en materia de hipoteca es constitutiva, quizá no se ha apreciado exactamente lo siguiente: que una cosa es que la inscripción sea constitutiva para la hipoteca, lo cual es exacto, pero sólo quiere decir que sin inscripción no habrá todavía hipoteca, y otra cosa es que la inscripción tenga tanta fuerza que haya necesariamente de hacer nacer y de manifestar la existencia de un derecho de hipoteca, lo cual ya es inexacto, porque ni siempre la inscripción basta para que nazca la hipoteca, ni la existencia de inscripción impide que la hipoteca se haya extinguido ya. Ciertamente, la inscripción es un importante factor del que se precisa para que la hipoteca nazca, pero no el único. Lo cual muestra como verdadero que en tanto falten esos otros factores, aunque haya ya inscripción, no habrá, sin embargo, todavía hipoteca constituida.

Nuestra ley acepta la suficiencia de la declaración unilateral para provocar asientos. Aquí podemos traer a colación aquellas palabras de JERÓNIMO GONZÁLEZ (*Principios de consentimiento*, en t. I, pág. 412) según las cuales el Derecho hipotecario, en aras

de una mayor facilidad para transferir las fincas y los derechos, concluye por declarar inscribibles y llevar al Registro actos unilaterales del titular que por sí solos no implican transferencia o constitución perfecta de derechos reales. Cualquiera pensaría que esto choca con el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que en su apartado 2.º dice que se inscribirán los títulos (en este caso el término *título* se emplea en el sentido material de *acto*) en que se *constituyan*, reconozcan, *transmitan*, modifiquen o extingan derechos reales. Pero no hay tal colisión, porque lo que pasa es que la Ley Hipotecaria es infiel a sí misma, y, por ejemplo, en el artículo 23 se demuestra que un acto es inscribible sin que haya *transmisión* de derecho real, ya que ésta no se produce hasta que tenga lugar la condición suspensiva. Pues igualmente existe en el caso de la hipoteca unilateral—a pesar de todas las inexactitudes terminológicas—una inscripción sin que haya *constitución*, y en esa inscripción hay una expectativa de derecho real. Se indica y se hace pública la posibilidad o, si se quiere, la probabilidad de él.

Por todo lo cual, lo que nos parece es que esa inscripción de la hipoteca unilateral está desempeñando el papel que en rigor técnico estaría llamado a desempeñar una anotación preventiva, porque no publica ningún derecho de hipoteca, y solamente previene de que si acepta el favorecido, la anotación de esa aceptación tendrá efectos retroactivos, por lo cual se considerará nacida la hipoteca desde la inscripción.

Y precisamente—como dice CHAMORRO, pág. 17—la retroacción de los efectos de esa nota marginal tampoco implica la preexistencia del derecho real. Para nosotros, más bien demuestra su no preexistencia.

Basta recurrir a la doctrina para que, examinados los conceptos que formula de la inscripción y de la anotación, se compruebe que la forma apropiada de registración de la hipoteca unilateral sería esta última.

La inscribibilidad de tal acto proviene de una falta de técnica. No negamos que deba tener acceso al Registro. Pero cuando se puso de relieve la necesidad de que fuese *inscribible*, se debió pensar que *inscribir* tiene dos sentidos: uno estricto y propio, registrar mediante inscripción, y otro amplio, registrar. El acto unilateral del dueño, que debe ser registrable, no debió, sin embargo, registrarse mediante inscripción. Si se hubiesen hecho así las cosas se habrían evitado problemas.

Confiamos haber aclarado algo las cosas, o, al menos, haber expuesto claramente nuestro pensamiento sobre la hipoteca unilateral, que si por ser unilateral no deja de ser ni inscribible ni hipoteca, por no ser bilateral, no es hipoteca desde que se inscribe.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Organización del régimen de propiedad en Africa occidental española

ALBERTO BALLARIN MARCIAL
Notario-Letrado de la D. G. R. N.

El día 13 de enero ha publicado el *Boletín Oficial del Estado* el Decreto de 10 de diciembre de 1949, por el que se establece un nuevo régimen de la propiedad en Africa occidental española.

La importancia que tiene este Decreto en el sector legislativo español relativo a territorios no metropolitanos es realmente extraordinaria, tanto por venir a poner fin a una situación legal insostenible por más tiempo, como por la perfección y los adelantos técnicos que encierran muchas de sus normas, tal que para su elaboración se realizaron importantes estudios sobre el terreno de las condiciones de vida en Africa occidental española, Derecho musulmán aplicable, etc. ¹.

Situación anterior:

Una Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia, de 4 de agosto de 1894, determinó que «La factoría de Río de Oro» formara parte de la circunscripción territorial del Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, abriendo en él un libro especial para ese término. Aunque, en las disposiciones dictadas con posterioridad, no se derogó la citada Real Orden expresamente, había que entenderla derogada, dada su incompatibilidad con el régimen del Decreto de 1920, y de hecho nunca tuvo vigencia práctica. Sea por referirse exclusivamente a la factoría de Río de Oro o porque, como creemos, la reglamentación pecaba de ilógica, el problema de la regulación de la propiedad en Africa occidental española seguía en pie. Para resolverlo, se dictó el Real

1. Un resultado de estos estudios y exposición crítica de los preceptos de lo que fué Anteproyecto del Decreto, concordados con las opiniones doctrinales que los inspiraron, se halla contenido en el magnífico trabajo *Consideraciones sobre la futura Reglamentación de la Propiedad en Africa occidental española*, que ha sido fundamental para el nuestro, del Registrador de la Propiedad Narciso Fuentes, en *Información Jurídica*, julio-agosto, núms. 62-63, página 77.

Decreto de 21 de junio de 1920, que debía aplicarse en los territorios españoles del Sáhara. Dicho Decreto, en cuanto al régimen de propiedad, es casi una copia del dictado para Guinea en 11 de julio de 1904, con un preámbulo calcado del de aquél. Entre las pequeñas modificaciones establecidas, merece citarse la del artículo 3.º, por el que los pozos de aguas potables y los abastecimientos de éstas se consideran de dominio público y uso común. En 13 de junio de 1933 se dictó un Decreto por el que el citado de 1920 se declaraba de aplicación no sólo en Río de Oro, sino también en los demás territorios de soberanía de Africa occidental española. Este Decreto se aclaró por otro el 10 de abril de 1934, en el sentido de ser de aplicación no sólo a dicha Colonia, sino a los demás territorios de «Protectorado, ocupación o soberanía española, excepto en Guinea»².

De esta legislación, vigente hasta la actualidad, bastará decir que apenas ha tenido alguna efectividad en la vida real. Se imponía, pues, una reforma, y el momento no podía ser más oportuno. Emprendida y lograda la reforma de la legislación hipotecaria peninsular, tenía que seguir la de los territorios no metropolitanos; se llevó a cabo la primera parte con la de Guinea y se ha recorrido la segunda etapa del camino con ésta que comentamos, si bien le falta el Reglamento, que habrá de dictarse más tarde, cuando se hayan podido apreciar las deficiencias y lagunas del actual ordenamiento, a fin de que puedan ser subsanadas por aquél.

Estructura del Decreto:

Título I: De la propiedad inmueble:

- Capítulo I: De la propiedad en general (arts. 1 al 13).
- Capítulo II: De las concesiones (arts. 14 al 44).

Título II: Del Registro de la Propiedad:

- Capítulo I: Del Registro de la Propiedad del A. O. E. y de los títulos sujetos a inscripción (arts. 45 a 55).
- Capítulo II: De los requisitos, forma y efectos de la inscripción.
 - Sección 1.ª: De las fincas y su inmatriculación (arts. 56 a 72).
 - Sección 2.ª: De la forma y efectos de la inscripción (artículos 73 a 84).
 - Sección 3.ª: De las anotaciones preventivas (art. 85).
 - Sección 4.ª: De la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas (arts. 86 a 88).
 - Sección 5.ª: De las hipotecas (arts. 89 a 97).

² Del estudio citado.

Capítulo III: Del modo de llevar el Registro (arts. 98 a 106).

Capítulo IV: Del Registrador de la Propiedad y de la Inspección del Registro (arts. 107 a 110).

Título III: Del crédito territorial (art. 111).

Disposiciones transitorias.

Disposiciones adicionales.

Disposición final derogatoria.

Crítica de la estructura aplicada.

Destaca en este aspecto la reunión en una sola disposición legal del régimen relativo a la propiedad inmueble—régimen civil pudiera decirse—y del relativo al aspecto hipotecario. Este tratamiento unitario y especializado de la propiedad inmueble es explicable, dado en primer lugar que había que plantear todo un sistema de concesiones y clasificar los bienes con arreglo a los últimos adelantos legislativos (Orden de 24 de octubre de 1947 de una parte y Ley de Bases de Régimen Local, de 17 de julio de 1945), y, en segundo lugar, que la mezcla de los conceptos propiedad y soberanía es aún intensa en estos países de civilización atrasada, y se hacía preciso dictar una serie de normas relativas a la propiedad inmueble indígena, teniendo en cuenta tal circunstancia.

La clasificación por títulos ofrece la novedad de presentarnos uno, dedicado especialmente al crédito territorial. Se ha atendido a los hipotecaristas, que demandaban una mayor atención para esta materia, que, por cierto, tratándose de países nuevos, necesitados de crédito para la puesta en marcha de su productividad, tiene un especial interés.

A tal efecto, funciona en Ifni, con carácter rudimentario, una caja de crédito.

Las disposiciones transitorias tienen una gran importancia en el sistema del Decreto, porque, precisamente en la tercera, se establece como título inscribible, con carácter transitorio, el contrato privado extendido por duplicado y ratificado ante el Registrador de la Propiedad, como representante de la Autoridad pública. Se atribuyen aquí al Registrador de Africa occidental española funciones autenticadoras que rebasan el ámbito tradicional de su misión. No puede estimarse favorablemente esta innovación en nuestro sistema, aunque esté hecha con valor provisional, hasta que se cree la Notaría de Africa occidental española. Tal vez se halle impuesta por razones prácticas, dado que la fe pública se halla atribuida allí a personas legas en Derecho; pero cabía otra solución más racional, consistente en haber concedido funciones notariales plenas al Registrador de la Propiedad en ese periodo intermedio hasta que el volumen de la titulación hubiese impuesto la

normal separación³. Mientras que con la innovación realizada se rompe el principio del documento notarial como título inscribible normal.

Siguen a las transitorias tres disposiciones adicionales, en la primera de las cuales se prevé el desarrollo y ejecución de este Derecho por medio de disposiciones reglamentarias, dictadas incluso por el Gobernador de Africa occidental española, bien que con la aprobación previa de la Dirección General de Marruecos y Colonias. Parece ser que con estas alusiones a la Dirección General de Marruecos y Colonias, sin mentar la de Registros y Notariado se quiere seguir la tradición de nuestro desaparecido Ministerio de Ultramar, en el que se dictaba una jurisprudencia hipotecaria independiente de la clásica de la Dirección General de los Registros. Así, efectivamente, se otorga a aquella Dirección, que indudablemente es la heredera actual del Ministerio de Ultramar, la resolución de los recursos gubernativos (art. 79).

En la disposición adicional 2.ª, se declara de carácter supletorio la legislación civil hipotecaria vigente en España, con lo cual quedarán llenas todas las posibles lagunas del Decreto. Sigue a las adicionales, una disposición final derogatoria, de gran utilidad para dejar bien clara la situación legislativa en Africa occidental española.

Contenido del Decreto.

Resaltamos a continuación las disposiciones principales del mismo, especialmente las que suponen una innovación respecto de la legislación peninsular.

I. *Régimen de la propiedad inmueble.*—Los inmuebles pueden pertenecer a particulares, individual o colectivamente; a Entidades o Corporaciones y a la Administración de los Territorios. Los de la Administración pueden ser de dominio público y uso común, de dominio público destinados a un servicio público o al fomento de la riqueza de los territorios, y de propiedad privada de la Administración. Los de las Corporaciones pueden ser de dominio público y patrimoniales, pudiendo aquéllos ser de uso común o estar destinados a un servicio público y dividiendo los patrimoniales en de propios y comunales (art. 3.ª).

II. *La propiedad indígena.*—Se establece como regla general que la propiedad de los indígenas será respetada, manteniéndose a los naturales en el quieto y pacífico disfrute de las tierras que ocupan y cultiven. El Gobernador, debidamente asesorado,

3. Claro está que en tal hipótesis la plaza de Registrador-Notario de Ifni se hubiera cubierto por Notarios y Registradores indistintamente, con lo cual se reflejaría en esta Reglamentación el equilibrio y coordinación entre estas dos instituciones—Notariado y Registro—que, a pesar de algún equivocado parecer en contra, constituye la base de la perfección de nuestro sistema hipotecario y civil en lo que se refiere a la seguridad del tráfico. Las facultades autenticadoras del Registrador nos recuerdan algún sistema notarial falto de tradición y de lógica.

delimitará la propiedad colectiva de las cábilas, poblados o tracciones, según sus necesidades y probable desarrollo, y designará la persona o personas a quienes corresponda la representación legítima de las colectividades en los actos dispositivos (art. 5.º); con carácter preceptivo se practicará dicha delimitación cuando las propiedades estén enclavadas en terrenos objeto de concesiones (art. 6.º).

La propiedad individual podrá convertirse en colectiva, y viceversa, acomodándose a las disposiciones que sobre transmisión de bienes se dictan en el Decreto (art. 7.º).

En cuanto a su estatuto jurídico, se establece que tanto respecto de la naturaleza y extensión de los derechos del titular, como en lo referente a los medios de transmitirse a otro indígena, se regirá por los preceptos del Derecho musulmán, salvo cuando el Gobernador dicte disposiciones en contrario y siempre sometiéndose a lo ordenado en el Decreto, cuando se solicite la inscripción en el Registro (art. 8.º).

La propiedad colectiva indígena y la vinculada conforme al Derecho musulmán—«habús»—podrá transmitirse previo acuerdo de la «Yemâa» y autorización del Gobernador. También dictará la «Yemâa», con intervención del funcionario a quien corresponda, las disposiciones referentes a la administración y aprovechamiento de dichos bienes (art. 9.º).

Para la defensa de los indígenas se declaran nulas de pleno derecho las transmisiones de bienes inmuebles y la constitución y transmisión de Derechos reales impuestos sobre los mismos, verificadas por aquéllos a los no indígenas, si no reúnen los siguientes requisitos: *a*) que el enajenante o constituyente tenga capacidad jurídica plena o completada, conforme a su estatuto jurídico personal; *b*) que el acto o contrato tenga forma escrita; *c*) que intervenga el representante de la Autoridad pública, quien podrá solicitar el asesoramiento de expertos en Derecho musulmán, y *d*) que se cumplan los preceptos dictados por el Decreto y sus disposiciones complementarias (art. 10).

III. *Régimen de las fincas inmatriculadas.*—«Se adquirirán y transmitirán por los medios establecidos en el Código civil y los preceptos del Derecho musulmán, en tanto sean aplicables conforme al estatuto jurídico personal, y en cuanto sean conciliables con la naturaleza de los derechos inscritos y con lo establecido en el presente Decreto» (art. 11).

Concesiones.

En materia de concesiones existía un precedente muy reciente que el Decreto tenía forzosamente que seguir: el de la legislación para Guinea.

Las concesiones de minas y aguas se regirán por sus normas especiales (art. 15); concretamente, se exceptúan de la concesión

las minas que en ella aparezcan y las fincas que en su perímetro estén demarcadas como de propiedad indígena (art. 16).

Es siempre potestativo de la Administración el otorgamiento de las concesiones, el que, según los casos, es de competencia del Gobierno, de la Presidencia del Gobierno o del Gobernador, y se hace siempre en nombre del Estado (arts. 17, 23, 24 y 25).

Por su destino, las concesiones pueden tener por objeto: terrenos para edificación; porciones de litoral o zona marítima; terrenos para construcción de obras públicas; los susceptibles de destino agrícola o ganadero; los edificios construídos por la Administración para vivienda y los inmuebles que se designen en casos especiales (art. 20). Según los casos, se otorgarán: en dominio pleno con carácter definitivo o temporal; en dominio enfiteúatico redimible, por cincuenta años; en arrendamiento, o transmitiéndose el derecho que especialmente se señale (arts. 20 y 21). Generalmente se otorgará a título oneroso, salvo las hechas para fines de beneficencia u obras públicas de reconocido interés público (art. 26).

El artículo 27 enumera las condiciones generales en que se otorgan las concesiones entre las que figuran el pago del precio o canon y la inscripción en el Registro. Para la enajenación de las concesiones por actos *inter-vivos* y para el gravamen, será necesaria la previa autorización del Gobernador (art. 32).

En general se otorgan mediante subasta (art. 36).

El título provisional de la concesión, con los documentos complementarios, una vez anotado en el Registro, será indispensable para la toma de posesión y para que el concesionario y sus derechohabientes puedan ejercitar todos los derechos dimanantes de la concesión; el título se considerará definitivo cuando en el Registro se acredite el cumplimiento de las condiciones exigidas para ello. La certificación del Registro, expedida en forma literal, de los asientos vigentes referentes a una concesión, sustituirá al título cuando no pudiere presentarse por extravío u otra causa (artículo 39).

El Registro de la Propiedad.

Se crea el Registro de la Propiedad de Africa occidental española, cuya circunscripción ha de comprender todos los territorios que forman aquélla, y con capitalidad en la residencia del Gobierno, que es actualmente Sidi-Ifni (art. 45).

El Registro de la Propiedad tiene por objeto: la inmatriculación de fincas y la inscripción o anotación de todos los actos y negocios jurídicos, disposiciones legales y decisiones de Autoridad competente, consignados en el correspondiente título, y que produzcan de un modo directo la constitución, reconocimiento, declaración, transmisión, modificación o extinción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles susceptibles de trá-

fico jurídico, sin distinción de la persona individual o jurídica a que pertenezcan.

Los artículos 47, 48 y 49 equivalen a los números 34 y 35 del artículo 2.º de la Ley, con la especialidad de admitirse la inscripción de las resoluciones dictadas por el Gobernador del Africa occidental española, previa aprobación de la Presidencia del Gobierno, por las que se modifique la capacidad civil de los indígenas en cuanto a la libre disposición de sus bienes. El 50 equivale al 5.º de nuestra Ley.

Títulos inscribibles.

El artículo 51 equivale a nuestro artículo 3.º, pero contiene la especialidad de obligar a la presentación en todo caso del certificado de inmatriculación acreditativo del derecho del transferente, que se devolverá al interesado una vez hechas constar en él las operaciones practicadas.

En el artículo 52 se dispone que, a los efectos del artículo anterior, se considerará documento auténtico, en las transmisiones entre indígenas, el autorizado por los «adules» conforme al Derecho musulmán, en que consten las circunstancias necesarias para la inscripción, en cada caso, debidamente traducido al español, y acompañando certificación del representante de la Autoridad pública española, que acredite la identidad de los otorgantes y el cumplimiento de las disposiciones establecidas en este Decreto en cuanto sean aplicables.

La firma del representante de la Autoridad será legitimada por el funcionario competente. Los documentos presentados con los complementarios, en su caso, se archivarán en el Registro. Los restantes artículos hasta el 55 tratan de otros títulos—los de concesiones en caso de expropiación, extranjeros—, sin novedades notables. Ya hemos citado y comentado la disposición transitoria 3.ª relativa a título inscribible.

Las fincas, su inmatriculación.

El artículo 57 contiene la novedad, en nuestra legislación, de una definición de firma registral.

La inmatriculación es regulada minuciosamente como el momento más importante de la vida registral y de acuerdo con la orientación general en la materia, tratándose de países nuevos con confusa situación jurídica de las fincas. La inmatriculación requiere un escrito de solicitud conteniendo una multitud de circunstancias de índole personal y real relativas a la historia y situación jurídica de la finca. La inmatriculación puede ser obligatoria—he aquí otra interesante novedad del Decreto en los casos del artículo 73—en los casos siguientes:

Primero. La de fincas inscribibles propiedad de la Adminis-

tración de los Territorios, de sus servicios organizados y de las corporaciones de Derecho público.

Segundo. Cuando se trate de fincas adquiridas de indígenas por quienes no lo sean.

Tercero. Cuando se trate de fincas de colectividades indígenas, demarcadas conforme al título I.

Cuarto. Cuando lo ordene la Autoridad judicial o administrativa.

En el artículo 58 se enumeran los documentos acompañatorios del escrito iniciador, entre los que destacan el plano, extendido por duplicado y autorizado por los servicios técnicos, la certificación expedida por el representante de la Autoridad pública correspondiente, acreditativa de que son ciertos los extremos a que se refiere el escrito y acta que acredite haberse efectuado el deslinde de la finca en la forma que resulta del plano, concurriendo: el Registrador o su delegado, el Representante de la Autoridad pública, el Asesor musulmán y, en su caso, el representante de la «Yemâa».

Tiene lugar después un procedimiento—tras de haberse tomado anotación preventiva—con notificaciones y edictos y posibilidad de oposición en el plazo de un mes, que se ventila ante el Registrador—. Caso de denegarse la inmatriculación se da el recurso gubernativo. Existe otro recurso ante la Autoridad judicial para quienes se consideren perjudicados por la inmatriculación.

Se regula después la inscripción de los excesos de cabida con dos posibilidades: la mayor cabida de las fincas inmatriculadas se hará constar en el Registro mediante solicitud de los interesados, debidamente rectificadas y acompañadas del plano y de las certificaciones administrativas oportunas, cuando sean sus linderos de tal naturaleza que excluyan la posibilidad de terceros colindantes que pudieren ser perjudicados. En otro caso, se acudirá al expediente de inmatriculación, en cuanto sea aplicable.

De la forma y efectos de la inscripción.

En el artículo 73 se establece el principio de rogación con la particularidad ya citada de la inmatriculación obligatoria del párrafo segundo.

Los funcionarios que ejerzan la fe pública en los territorios del Africa occidental española deberán encargarse de que se practiquen las operaciones registrales relativas a los documentos que autoricen, devolviéndolos a los interesados con la nota de haber sido despachados en la Oficina de registro.

En los artículos siguientes se trata de la Especialidad. Transcribamos las disposiciones que entrañan innovaciones:

«Cuando una finca pertenezca, en comunidad, por cuotas, a diferentes personas o grupos de personas, figurarán inscritas en su conjunto en un folio especial, y en folios separados, bajo número propio, las diferentes cuotas o participaciones, expresando

su valor y haciendo constar debidamente la referencia a la inscripción principal.»

Artículo 75. «En las inscripciones de inmatriculación se describirá la finca para su completa indentificación, haciéndose, además, referencia al número registral de las fincas colindantes inscritas y al plano, uno de cuyos ejemplares quedará archivado.

En todas las inscripciones que se practiquen en el Registro se consignarán las circunstancias relativas a la finca o derecho; las fincas enclavadas en la misma que siendo de ajena pertenencia estén perfectamente delimitadas o deslindadas; los nombres y circunstancias del transferente y adquirente; el título; y la fecha de la presentación; la de la inscripción que se practique y la firma del Registrador.»

Una interesante innovación es la que representa el párrafo segundo del artículo 74: «Como consecuencia de la inmatriculación practicada se expedirá certificación del asiento, en español y en árabe, que llevará unido el plano de la finca. Esta certificación será de presentación obligada para realizar los sucesivos actos dispositivos concernientes al mismo inmueble.»

En el artículo 76 se han refundido el 13 y el 32 de la Ley. El 77 establece la inscripción como necesaria para que se produzcan los negocios jurídicos de trascendencia real relativos a fincas inmatriculadas, con lo que se da un avance enorme en relación con el sistema de la Península, al que nos referimos también en la parte crítica de este estudio.

El artículo 78 recoge el 17 de la Ley, extendiendo el plazo de sesenta a noventa días y disponiendo que «los documentos presentados no se podrán calificar por el Registrador hasta transcurridos treinta días desde esa fecha».

El 79 se refiere al principio de legalidad. Contiene una referencia especial: «También calificará el fundamento de la inmatriculación de las fincas y el cumplimiento de los trámites establecidos para que pueda practicarse.» El párrafo segundo contiene la novedad de un recurso de reposición ante el Registrador, como previo al gubernativo, que en única y definitiva instancia se resolverá por la Dirección General de Marruecos y Colonias. Constituye otra novedad, la de poder exigir «cuantos datos y documentos estime necesarios para cumplir su función calificadora».

El 80 se refiere al tracto sucesivo.

El 81 reúne toda la materia del principio de legitimación con las siguientes novedades: que se extiende la presunción a «los límites consignados en el plano señalado en la inscripción y que individualiza la finca», y que en cuanto al procedimiento para el ejercicio de acciones reales se han introducido las siguientes reformas respecto del artículo 41: se habla de «procedimiento especial de carácter ejecutivo»; se amplía el plazo de seis días a veinte para comparecer; se especifica que no será aceptable la fianza personal. Se limita el plazo de diez días a seis para for-

mular demanda, que ya no se llama de contradicción, sino de oposición. Cuando las reclamaciones se dirijan contra la Administración, no será exigible fianza. Después de hablar de la adopción de medidas para la plena efectividad del derecho, se dice: «incluso el lanzamiento del perturbador, en los términos y plazo señalados en los artículos 926, párrafo primero, y 1.596 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto fueren aplicables a las circunstancias del caso». En las causas de «oposición» se suprime toda alusión a «contradicción»; se habla en la segunda de poseer el opositor la finca o disfrutar el derecho en virtud de título, en lugar de la frase del 41: «contrato u otra cualquiera relación jurídica directa». Se ha introducido una nueva causa, la cuarta: «que antes de la iniciación del procedimiento exista *litis pendentia* entre el titular registral y el opositor sobre nulidad o cancelación del asiento correspondiente o sobre constitución o reconocimiento de un derecho real que impidiera ejercitar en perjuicio del opositor las acciones reales procedentes de los derechos inscritos.

En el artículo 82 se recoge el principio de fe pública con algunas variantes respecto del 84 de la Ley relativa a las circunstancias físicas principalmente:

«Artículo 82. El tercero que de buena fe adquiriera, a título oneroso, algún derecho de persona que en el Registro apareciera con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, incluso respecto de los límites consignados en el plano reseñado en la inscripción, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se demostrare la inexactitud anterior del Registro, por virtud de actos, hechos, derechos y acciones que no consten con anterioridad de manera clara y explícita en el mismo.

La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud registrada.

Los adquirentes a título gratuito gozarán de la protección que tuviere su causante o transferente.»

En el artículo 83 se regula la materia de prescripción y Registro. El párrafo primero es equivalente a nuestro artículo 35.

El segundo es el trasunto del artículo 36, comprimido, estableciendo, como se ve, un plazo más largo para que el titular registral interrumpa la posesión usucapiente:

«Al tercero que adquiriera en las condiciones señaladas en el artículo anterior, no le perjudicará la prescripción consumada, siempre que, dentro de los dos años siguientes a su adquisición, haya instado judicialmente la cesación del estado posesorio contrario.»

El artículo 84 establece la suspensión de efectos de las inmatriculaciones, pero concretándolos a los de la fe pública y limitando el tiempo:

«Artículo 84. Las inscripciones de inmatriculación surtirán todos los efectos atribuidos a las inscripciones; pero las adquisiciones basadas en ellas no gozarán de la protección registral, con-

forme al artículo 82, en tanto no haya transcurrido un año, a contar desde su fecha.»

En la sección de hipotecas no hay ninguna especialidad, como no sea la del artículo 91:

Artículo 91. «Los derechos reales consuetudinarios musulmanes impuestos sobre bienes inmuebles serán susceptibles de hipotecas cuando su especial naturaleza lo permita.»

En el capítulo 3.º se observa la disposición especial del artículo 103, párrafo tercero:

«En relación con el Diario, los funcionarios depositarios de la fe pública para la zona de la Saguía, el Hamra, la Colonia de Río de Oro, y el representante del Gobernador de la zona sur del Draa, llevarán un libro especial, en el que se extenderán asientos de presentación de los títulos inscribibles y solicitudes de inmatriculación, que autoricen o se les entreguen a tal efecto, y remitirán con la mayor brevedad a la Oficina del Registro dichos documentos, acompañados de declaración jurada, expresiva de la fecha y hora exacta en que les fueron entregados, unida o puesta al pie de aquéllos.»

En el capítulo cuarto son interesantes los artículos 107 al 110.

Art. 107. «El Registro de la Propiedad del Africa occidental española estará a cargo de un Registrador de carrera, que habrá de ser varón, nombrado por la Dirección General de Marruecos y Colonias, previo concurso, que se anunciará preceptivamente en caso de vacante. Hasta que resulte nombrado el Registrador propietario, aquella Dirección General designará entre los aspirantes a Registradores de la Propiedad que lo soliciten, el que deba encargarse interinamente del Registro, y, en su defecto, a un Letrado, quienes bajo su responsabilidad desempeñarán las funciones del Registrador.

El Registrador ejercerá la inspección y dirección de los trabajos catastrales para su más pronta, exacta y permanente coordinación con los asientos del Registro. Será también Jefe del Servicio Técnico de Propiedades del Africa occidental española.

A efectos de cómputo de antigüedad y cualesquiera otras semejantes, al Registrador se le aplicarán las disposiciones que rijan para los que sirvan en las posesiones españolas de Guinea.

El Registrador percibirá los haberes que se consignen en el presupuesto del Africa occidental española, y los honorarios que se establezcan en su Arancel, que aprobará la Presidencia del Gobierno.»

Art. 108. «El Registrador de la Propiedad propondrá al Gobernador de los Territorios el nombramiento de un sustituto que le reemplace en sus funciones, en sus ausencias y enfermedades, el cual actuará en su cargo bajo la responsabilidad del Registrador.»

Art. 109. «El Registrador de la Propiedad remitirá al fin de cada año a la Dirección General de Marruecos y Colonias, por medio del Gobernador de los Territorios, una certificación en que

haga constar el estado del Registro, expresando en su caso, además, las dificultades o inconvenientes que la legislación vigente ofrezca al normal funcionamiento del Registro y su remedio posible.»

Art. 110. «El Registrador dependerá directamente del Gobernador del Africa occidental española, y por su intermedio de la Presidencia del Gobierno y de la Dirección General de Marruecos y Colonias.

La inspección y vigilancia del mismo estará a cargo de la Dirección General de Marruecos y Colonias y del Gobernador.»

Es nueva, según se dijo al principio, la Disposición del título tercero.

Título tercero.

Del Crédito Territorial.—Art. 111. «Las asociaciones, cooperativas o entidades de crédito territorial que se constituyan gozarán de la protección estatal para el desenvolvimiento de su especial finalidad, y podrán expedir en favor de sus acreedores títulos garantizados con sus fondos patrimoniales y créditos a su favor, y facilitar cantidades a préstamo con garantía hipotecaria, pignoratícia o anticrética.

Los Estatutos de dichas entidades deberán ser aprobados por la Presidencia del Gobierno y funcionarán bajo la intervención del Gobernador.»

Al exponer la estructura del Decreto se hizo ya el examen de las disposiciones transitorias finales y derogatorias que por eso no repetimos.

Estudio crítico del Decreto.

El Decreto, cuyo contenido acabamos de exponer, se halla inspirado, a nuestro modo de ver, en los siguientes principios, que interesa destacar para comprender su articulado en relación con la legislación metropolitana:

1.º Mantenimiento de la Autoridad de España en aquellos territorios.

Hay un cúmulo de preceptos en el Decreto que conceden una gran amplitud de atribuciones al Gobernador del Africa occidental española en este campo legislativo de puro derecho privado. Ciertamente resultan anómalos tales preceptos si se miran desde el punto de vista de un estado de derecho organizado, en el que el orden público se mantiene a base de normas de derecho público, mas no así en Africa occidental española, donde España está desarrollando una labor colonizadora que exige dotar a sus representantes de la máxima autoridad, llegando incluso a que el arbitrio del Gobernador pueda invadir zonas de derecho privado. Y es que en el dilema seguridad o justicia hay que acentuar en este caso la primera palabra.

A este principio responden una serie de normas que se pueden reconocer fácilmente como tales en el Decreto: la del artículo 5.º, que permite al Gobernador demarcar la propiedad colectiva de las tribus; la del 9.º, que le da intervención en las transmisiones de aquélla; la del artículo 48, en el que se le reconocen facultades para modificar la capacidad civil de los indígenas; la del artículo 73, que le permite ordenar obligatoriamente la inmatriculación de fincas en el Registro, etc.

Hagamos, finalmente, la observación de que esta concentración de autoridad en manos del Gobernador se hace precisamente en interés de los indígenas para evitar su engaño y explotación por los colonizadores.

2.º Respeto a la cultura jurídica autóctona e intervención de España para una labor colonizadora en todos los aspectos.

A diferencia de lo que ocurre en Guinea, donde todos los esfuerzos para encontrar cultura jurídica entre los aborígenes han resultado estériles, en Africa occidental española se da la circunstancia de que sus habitantes se rigen por el Derecho musulmán y España da nuevas muestras de espíritu de comprensión y de seguir la tradición de su inmortal legislación de Indias al respetar las concepciones culturales de los pueblos sometidos a su tutela. Pueden verse una serie de preceptos del Decreto orientados en este sentido. Así, el artículo 8, expresivo de que la propiedad indígena se regirá por los preceptos del derecho musulmán; el artículo 11, que admite los modos de adquirir del derecho musulmán; el artículo 52, que reconoce como títulos inscribibles los autorizados por los «adules» o notarios indígenas...

Sin embargo, salvado ese necesario respeto, España interviene en la vida total del país y concretamente en el ámbito jurídico para llevar a cabo su acción colonizadora que eleve el valor y el nivel de vida de Africa occidental española. Todo el régimen de concesiones responde a esta idea. Mediante ellas se ha de actualizar la productividad del país. La misma institución del Registro se debe a esta idea de intervenir, no derogando lo existente, sino perfeccionándolo mediante su integración en un moderno sistema de derecho y de publicidad. Por esta razón, el Registro de la Propiedad del Africa occidental española se plantea como una institución robusta que ha de jugar un papel decisivo en la colonización del país; de ahí la inmatriculación obligatoria, la inscripción constitutiva, la extensión de los efectos del Registro a las circunstancias físicas de las fincas, de ahí esa íntima unión entre Registro, Catastro y Notaría que ha sido el ideal de todas las reformas y que en Africa occidental española se va a conseguir mediante ese plano autorizado por los servicios técnicos, haciendo al Registrador Jefe del Servicio Técnico de Propiedades del Africa occidental española, con el minucioso procedimiento de inmatriculación, con la obligatoriedad para los Notarios de llevar ellos mismos o remitir los documentos al Registro, con la obliga-

toriedad de presentar la certificación del escrito para los sucesivos actos dispositivos.

Es de esperar que robustecido así el Registro no quede, como ocurrió con el anterior de concesiones, inservible e inutilizado por los particulares. Antes bien, parece probable que en poco tiempo llegará a tener plena efectividad.

3.º Adaptación de las condiciones especiales del Africa occidental española.

Todo un conjunto de normas del Decreto, diversas de las que rigen en la Península y que hemos resaltado anteriormente, son debidas a la necesidad de adaptar el Decreto a las condiciones geográficas, sociológicas, culturales, etc., de ese país. Las normas de respeto al Derecho musulmán pueden encuadrarse aquí también. La certificación bilingüe se debe a esta preocupación; la norma relativa a lo que pudiéramos llamar presentación por correo del artículo 103, es debida a las grandes distancias en estos territorios de una superficie de 300.000 kilómetros cuadrados—más de media España—con una sola Oficina de Registro. La certificación del representante de la autoridad pública española que se prevé en el artículo 52, por las pocas garantías que ofrecen las instituciones del país. La del artículo 78, que prohíbe calificar hasta transcurridos treinta días desde la fecha del asiento de presentación por correo a que acabamos de referirnos, de modo que si llega un título relativo a la misma finca presentado con anterioridad en aquellas oficinas, el Registrador lo puede tener en cuenta a los efectos de la prioridad. La norma del artículo 107, según la cual el Registrador habrá de ser varón, debido a que la mujer no goza entre los musulmanes de la valoración que en los pueblos cultos permite equipararlas al varón para el desempeño de ciertas funciones, etc.

4.º *Perfección técnica.*—La ocasión de dictar una nueva legislación hipotecaria ofrecía la posibilidad de recoger las mejoras posibles en relación con la de la Península, de acuerdo con las enseñanzas de la experiencia y de la doctrina posteriores a ella. En muchos aspectos, este Decreto responde a esta preocupación de seguir el último adelanto, no la última moda, que no es lo mismo, y tal vez su característica más acusada sea esta del doctrinarismo, la cual, por cierto, se halla debidamente compensada con ese criterio de adaptación recién señalado.

Manifestaciones de este criterio son la nueva clasificación de los bienes siguiendo los precedentes citados y el nuevo sistema de concesiones siguiendo el de Guinea, a fin de superar la legalidad anterior.

En el ámbito puramente hipotecario muchos preceptos se hallan redactados con esa preocupación por alcanzar la máxima perfección técnica.

Esa tendencia a ligar Catastro, Notaría y Registro se halla en esta línea de que hablamos. CASTÁN en *Hacia un nuevo Derecho civil* se refiere a ella citando a AZPEITIA, y todos los autores

tienen conciencia de su necesidad para el progreso de la vida jurídica española.

El haber hecho necesaria la inscripción para la propiedad inmatriculada representa un indudable acierto. Ya se ha hablado bastante, incluso en la Jurisprudencia, del distinto régimen de la propiedad inscrita y no inscrita. La finca que se acoge al sistema de publicidad registral debe seguir sometida a su régimen. Así se asegura la efectividad de la institución, pues se corta la corriente desinscribitoria y se evita la peligrosa dualidad, realidad-registro. No vamos a citar aquí las posiciones de la vieja discusión sobre la inscripción constitutiva y declarativa. Basta hacer constar que los reparos de la inscripción necesaria hechos en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria última no tenían base en Africa occidental española. Allí toda la propiedad está fuera del Registro y se trata, precisamente, de hacerla entrar en él; allí no hay opiniones colectivas sobre el valor publicitario de la posesión y, por otra parte, se trataba, según repetidas veces hemos dicho, de dar la mayor fuerza posible a la inscripción. Esta reforma del Decreto es una de las más importantes que contiene y seguramente de las más acertadas.

Otra innovación interesante es la relativa a los efectos de la presunción de exactitud registral en el ámbito de las circunstancias físicas, como son los linderos, del derecho inscrito. Generalmente, todos los autores hacen reparos dogmáticos a una norma de ese tipo. Sin embargo, el tema no es indiscutible, pues los linderos en cuanto determinan la extensión objetiva del derecho de propiedad son algo jurídico que puede ser presumido e impuesto y el Registro puede garantizar al adquirente que ha adquirido la extensión comprendida por ellos, en perjuicio de quienes no han inscrito sus fincas o no han reclamado en el momento oportuno del deslinde. Se pone siempre la objeción de que si la finca ha desaparecido, el Registro no puede garantizar su existencia al protegido. Aparte de que resulta difícil la desaparición de una superficie deslindada del globo terráqueo, se puede contestar que lo que garantiza el Registro es un derecho de determinada extensión objetiva y si luego falla la base física, lo mismo valdrá la desaparición para la extensión del derecho que para el derecho en sí, de modo que en ese caso, una presunción pura del tipo de la del artículo 34, también resulta inútil, pues no se concibe un derecho de propiedad sin una *propiedad* sobre el que recaiga.

Los reparos, más que dogmáticos, son prácticos, derivados de la falta de un buen Catastro en la Península. De conseguir éste se podría implantar el sistema del Decreto que por otra parte no ha hecho más que seguir el precedente del Código civil suizo, lo cual prueba que no es un atrevimiento sin base lógica, sino una perfección de sistema, posible en Africa occidental española, gracias a la coordinación de Registro y Catastro.

El Procedimiento de inmatriculación contiene la importante innovación de que incluso la oposición se resuelve por el Registra-

dor. Tal vez esta norma se deba al estado embrionario de la organización judicial en el país, pero no creemos que entraña ningún peligro atribuir estas amplias facultades al Registrador y mucho menos, cuando el debido respeto al poder judicial se salva con el recurso ante la Autoridad de ese orden que otorga el artículo 67.

En materia de recurso gubernativo se han recogido las reformas propugnadas por la doctrina al establecer el recurso de reposición y luego a la instancia única y directa ante la Dirección General de Marruecos y Colonias. La solución está de acuerdo con lo que viene ocurriendo en la realidad; tal vez ni un solo recurso haya sido resuelto definitivamente por la Audiencia. Todos llegan a la Dirección General de los Registros y es que los interesados los interponen precisamente para obtener la decisión de ésta. Cabe, pues, ahorrarse esa etapa intermedia. En cuanto a esa atribución exclusiva a la Dirección General de Marruecos y Colonias, ofrece importantes reparos. Ni esa Dirección General está especializada para desempeñar esa función, ni tiene ya base tradicional después de tantos años sin jurisprudencia de Ultramar, ni es conveniente la dualidad de órganos productores de doctrina hipotecaria. Cuando se dicte el Reglamento será conveniente establecer que la Dirección General de Marruecos y Colonias resolverá previo dictamen de la de Registros y Notariado, con lo que se obtendría la necesaria unificación.

Son interesantes las reformas hechas en el artículo 81 a propósito del tan traído y llevado procedimiento del artículo 41. Se ha suprimido lo de la demanda de contradicción que había sido debido según un ilustre procesalista «a un mal entendido a propósito de la terminología germánica». Los plazos han sido establecidos más racionalmente. Para comparecer habrá veinte días en lugar de seis, que resultaban ciertamente escasos. Cuando se ejercita contra la Administración no será exigible la caución para que ésta formule su demanda. Es lógico que así sea, según se comprende fácilmente. La causa de oposición 4.ª merece un juicio favorable, pues se encamina a evitar la utilización del procedimiento del artículo 81 cuando haya pendiente un juicio más amplio sobre la cuestión. Si se ha pedido la nulidad o cancelación del asiento correspondiente no cabe duda de que queda como en suspenso la fuerza legitimadora de la inscripción de la que se deriva el procedimiento, y lo mismo ocurre, en cierto modo, si se pide «la constitución o reconocimiento de un derecho real que impidiere ejercitar en perjuicio del opositor las acciones reales procedentes de los derechos inscritos», porque entonces la oposición o perturbación a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 81, se fundará en un título susceptible de inscripción que se está obteniendo a través de ese juicio sobre la constitución o reconocimiento, con lo cual debe quedar en suspenso la legitimación a estos efectos, si bien el fundamento no se ve tan claro como en el caso anterior, pues el hecho es que el asiento está vigente, sin ataque alguno contra su veracidad. De cualquier modo no dejaría de resultar

anómalo que estando el titular trabado en un juicio con el oponente pudiera utilizar un procedimiento contra éste para modificar una situación que tal vez la sentencia que ponga término a aquél obligue a restablecer. Por otra parte, el resultado del procedimiento hipotecario puede ser atacado en juicio declarativo, y en este caso que analizamos es como si éste se hubiese adelantado, para legitimar la actuación del perturbador u oponente. Por todas estas razones parece que lo más lógico es esperar a que termine esa litispendencia.

En el artículo 83 se ha recogido parcialmente la regulación de la prescripción en la Ley; lo no aludido en el Decreto regirá con carácter supletorio. Esa ampliación a dos años del plazo para hacer cesar el estado posesorio no resulta del todo muy plausible si no es colocándose a favor del titular registral en el conflicto de intereses con el poseedor no inscrito, con lo que se robustece la posición de aquél y, por tanto, al Registro; mas, por otra parte, interesa obtener situaciones jurídicas definitivas y los plazos largos las dilatan.

El mismo criterio de mayor protección del inscribiente inspira el acortamiento del plazo de dos años, reduciéndolo a uno en materia de suspensión de efectos de fe pública en relación con las adquisiciones basadas en asuntos de inmatriculación, habiéndose hecho constar por cierto en este artículo 84 de una manera expresa que tales asientos «surtirán todos los efectos atribuidos a las inscripciones» salvo naturalmente el recién aludido.

Estas son las principales reformas introducidas por el Decreto que ahora ya vigente tendrán ocasión de ser comprobadas en su aplicación real, de modo que tal vez puedan incluso servir de precedente para ulteriores reformas en la legislación de la Metrópoli, porque sin ensayo no hay avance técnico posible o tal vez ocurra que el elevado tono doctrinal del Decreto y su fidelidad, a pesar de todo, a los moldes clásicos de nuestra legislación hipotecaria, en lugar de haber buscado un sistema de sencillez extrema sean causas de que fracase. Sin embargo, más bien debemos ser optimistas que otra cosa ante este Decreto tan lleno, según hemos visto, de positivos adelantos.

Para terminar, debemos felicitar a la Dirección General de Marruecos y Colonias por su preocupación entusiasta en orden a las reformas legislativas que han de ser la base de una auténtica y fructífera labor de España en los países puestos bajo su tutela.

Es de esperar que esa Dirección General y los organismos correspondientes, continuando el camino emprendido, acabarán por llevar a cabo la total reforma hipotecaria de los territorios no metropolitanos: nos referimos concretamente a Marruecos, cuya vida jurídica, según todas las opiniones, está muy necesitada de saneamiento.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica. ¹

I. NOTICIAS

NACIONALES

Por Juan HERNANDEZ CANUT.

Inauguración del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

El día 13 de febrero tuvo lugar el solemne acto de la inauguración de los locales del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, organismo dependiente del Ministerio de Justicia y afecto al Consejo Superior de Investigaciones Científicas, sito en Madrid, calle de Medinaceli, 6.

Asistieron al acto, con los Ministros de Justicia, D. Raimundo Fernández Cuesta, y de Educación Nacional, D. José Ibáñez Martín, que lo presidieron, el Subsecretario de Justicia y Director del Instituto, D. Isidro de Arcenegui; el Presidente del Tribunal Supremo, D. José Castán; Fiscal, D. Manuel de la Plaza; Presidente accidental del Consejo de Estado, D. Luis Jordana de Pozas; Secretario general del Instituto, D. Alfonso García Gallo; Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, Sr. Rubio; Directores generales de Asuntos Eclesiásticos, Prisiones, Enseñanza Universitaria y de Propaganda; Decanos de los Colegios de Notarios, Abogados, Registradores, Procuradores y otras muchas personalidades.

Tras la bendición de los locales tuvo lugar la sesión inaugural. Concedida la palabra el Secretario general del Instituto, D. Alfonso García Gallo, éste dió lectura a una interesante Memoria, en la que comienza por analizar la situación de los estudios jurídicos en España, destacando la trascendental importancia que para el progreso de los mismos significó la creación por Decreto de 29 de septiembre de 1944 del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, que, según su Reglamento aprobado por Decreto de 31 de mayo de 1946, es "una institución dotada de propia personalidad, dentro del Ministerio de Justicia y en conexión con el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, en el que se integra en el Patronato Raimundo Lulio". Su misión es, ante todo, la investigación del Derecho y el asesoramiento de los organismos del Estado en las materias propias de su competencia. En una ojeada retrospectiva a la labor de los cinco últimos años, señala las positivas aportaciones realizadas: formación de personal investigador, mucho del cual ya ha evidenciado el grado de madurez alcanzado al obtener, previas reñidas oposiciones, Cátedras universitarias; la presencia en Congresos y reuniones internacionales de miembros del Instituto ha determinado que los juristas extranjeros que visitan España acudan a conocer el Instituto y anudar relaciones de colaboración; la vasta labor de publicaciones emprendidas, que aparte valiosas monografías, fruto de la labor de especialistas destacados, ofrece la serie de

(1) En esta Sección se publican informaciones sobre los más diversos aspectos del vivir jurídico.

publicaciones periódicas iniciadas cronológicamente por el *Anuario de Historia del Derecho*, que, fundado en 1924 por los discípulos de Hinojosa, recoge desde 1944 la labor realizada por la Sección de Historia del Derecho del Instituto; el *Anuario de Derecho civil*, que pese a sus dos años de vida ha alcanzado un nivel difícilmente igualable; el *Anuario de Derecho penal*, que se publica en fascículos cuatrimestrales y cuenta ya con dos volúmenes, en que la parte doctrinal, la informativa y jurisprudencia rivalizan en interés. Sus últimas palabras son para afirmar la creencia de que el Instituto no ha defraudado las esperanzas que en él pusieron el Ministerio de Justicia y el Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Grandes aplausos coronaron el final de la lectura de la interesante Memoria.

Seguidamente, el Subsecretario de Justicia y Director del Instituto, D. Isidro de Arcenegui, pronunció el siguiente discurso:

“Excelentísimos señores, señores: Hace precisamente un año que fui designado por V. E. Director de este Alto Centro de estudio e investigación del Derecho y estoy seguro que en esa determinación, más que mis escasos méritos, hubo de pesar la creencia, bien fundada, de que en la misión con que me honrásteis podíais contar sin reserva con mi decidida voluntad de colaboración, no ya tan sólo en justa correspondencia a la confianza en mí depositada, sino por saberme siempre dispuesto a secundar con entusiasmo vuestra permanente inquietud por mejorar y perfeccionar cuanto, dentro del ámbito ministerial, se relaciona con el cultivo del Derecho y la aplicación práctica del mismo por los Tribunales de Justicia.

Y porque no ignoraba la responsabilidad que contraía al aceptar este puesto, hube de restar tiempo al muy menguado que las obligaciones ministeriales me dejaban disponible, para entregarme con afán a la nueva tarea, en la que si bien sabía que había de encontrar notorias dificultades, también contaba con un núcleo de colaboradores de cuya capacidad y preparación se podía esperar todo y acometer con ellos, resueltamente, las empresas más arduas.

Es cierto que aun estamos lejos de conseguir metas apreciables; pero tal vez podamos hoy marcar el primer hito en este difícil camino y ofrecer, al menos, las primicias de nuestro esfuerzo, al inaugurar la nueva sede física del Instituto y esa serie de realizaciones recogidas por el Secretario general en su Memoria, en la que, pese a la modestia y objetividad con que han sido expuestas, habréis podido apreciar la enjundiosa labor realizada, las múltiples facetas en que el Instituto ha venido laborando y los óptimos resultados obtenidos.

Sin embargo, no quisiera merecer el adjetivo de iluso o caer en el fácil pecado de la vanidad si os digo que ello no debe ser más que el comienzo; nuestras esperanzas y ambiciones son muchas, y en la ruta emprendida no hemos hecho otra cosa que cubrir apenas las primeras etapas.

Nada más lejos de mi ánimo que retener demasiado vuestra atención, y mucho menos abusar de vuestra paciencia; por esto voy a ser muy breve; pero estimo que, como complemento obligado de la Memoria que acaba de leer el Secretario general, donde ha desarrollado en impecable síntesis, lo hasta ahora logrado, debo exponeros las líneas esenciales de nuestros proyectos y esperan-

zas. De esta forma conoceréis el pasado próximo y el futuro inmediato del Instituto.

En este orden ocupa lugar preferente el aumento del número de becarios y de la dotación de la beca. Las asignaciones con que contamos para estos fines son en la actualidad notoriamente insuficientes y, como consecuencia necesaria, el Consejo Permanente del Instituto se ve obligado a restringir su concesión; de una parte reduciéndola solamente a aquellos casos muy justificados en que coexisten los méritos científicos y la debilidad económica del peticionario y de otra, creando las becas honoríficas, para hacer compatible su escasez de medios con la adjudicación de un título, siempre deseado, a quien posee méritos suficientes y no carece de recursos.

Pero no obstante estos hábiles paliativos, la demanda es siempre mayor que las disponibilidades, y no es posible en algunos casos captar para el Instituto a jóvenes estudiosos que bajo su dirección podían rendir magníficos frutos.

No debo ocultar que esto es algo que nos preocupa esencialmente. Y nos preocupa porque no olvidamos que uno de los puntos doctrinales en que descansa nuestro Movimiento político, repetido en todas las declaraciones dogmáticas de los textos fundamentales, es que la cultura debe ser organizada en forma que no se malogre ningún talento por falta de medios económicos.

Por ello tratamos con tesón de vencer estas dificultades, y esperamos que pronto sean superadas, para que todo estudioso superdotado tenga en el Instituto el medio idóneo para realizar sus afares de estudios o investigación, sin que el ser económicamente débil sea un obstáculo para poder dedicarse al cultivo de la ciencia a que le llama su vocación.

No se limita, claro es, nuestro propósito a la ayuda meramente económica, sino a intensificar cada vez más el íntimo contacto que debe existir entre becarios y colaboradores, bajo la dirección de los Secretarios de Sección, y llegar, si es preciso, por considerarlo fundamental para nuestros fines, a descubrir al futuro investigador en la propia Universidad, para encauzarle, cuando se halle fuera de ella, en un ambiente de estudio, en el cual al propio tiempo que percibe una ayuda material, cuando le sea necesaria, tenga a su alcance al personal experimentado, que le dirija y le sirva de guía y orientador en sus primeros pasos investigadores.

Otro de los proyectos que se pondrá en práctica, o se incrementará, es la organización de reuniones, cursillos y seminarios en cada Sección, en la medida que su especialidad lo permita, tales como las reuniones o coloquios que en su día tuvieron lugar en la Sección de Historia del Derecho con tan halagüeños resultados.

Esto en lo que se refiere al orden interno del Instituto; pero aun son más ambiciosos nuestros proyectos en el orden externo o de relación.

Inaugurada esta sala de actos, comenzarán seguidamente las conferencias públicas quincenales, por juristas nacionales y extranjeros, pudiendo citar, entre otros que, probablemente no visitarán este año, los profesores Adolfo Schönke, de la Universidad de Friburgo; Biagio Petrocelli, de la de Nápoles; Giulio Battaglini, de la de Pavia; Carlos Fontán Balestra, de la de Buenos Aires, y José Beleza dos Santos, de la de Coimbra.

Estas conferencias hemos de organizarlas procurando en lo posible el siste-

ma de intercambio de conferenciantes, tanto dentro como fuera de España, procedimiento por el que hemos conseguido ya positivos resultados, como la invitación hecha por el Decano de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, durante mi reciente viaje por América del Sur, para tres profesores del Instituto, de distintas especialidades, que podrán ir en breve a aquella Universidad a dar sendos cursillos de sus respectivas materias.

Asimismo hemos de cuidar la asistencia a Congresos y Conferencias nacionales e internacionales, como las realizadas al Congreso Nacional de Derecho Civil, en Zaragoza; las del Sr. Castro a La Haya, en el pasado año, en una reunión preparatoria del Congreso Internacional de Derecho Comparado que ha de celebrarse próximamente en Londres; la del Sr. Núñez Lagos a Buenos Aires y Nápoles, para el Congreso Latino-Americano del Notariado, donde su relevante actuación fué, sin duda, una de las causas determinantes de que nuestro país haya merecido el honor de ser elegido como sede del próximo Congreso, que ha de tener lugar en Madrid en el otoño de este mismo año; y, finalmente, la asistencia y representación del Instituto en la Semana Internacional de Derecho, que tendrá lugar en París en la segunda quincena de octubre próximo, organizada por el Institut de Droit Comparé.

Otras de las actividades del Instituto en que esperamos aumentar su rendimiento es en el Servicio de Bibliotecas y Publicaciones.

Para ello contamos, en primer término, con organizar la debida coordinación entre la Biblioteca general y las particulares de las Secciones, para su mayor rendimiento; mejorar su instalación, que ya resulta insuficiente para su cometido; aumentar igualmente el fondo bibliográfico, y, finalmente, incrementar también el intercambio de libros y publicaciones, donde se han logrado resultados espléndidos.

En cuanto a estas últimas, es nuestra principal preocupación completar el número de los *Anuarios*, limitados hasta hoy a los de Historia del Derecho, Derecho civil y Derecho penal, con los de Derecho mercantil y procesal, cuyas Secciones respectivas carecen de tan necesario complemento. Y esto no solamente por lo que en sí mismo representan, sino además porque la experiencia nos enseña que sus Redacciones constituyen, de una parte, verdaderos seminarios, como la del *Anuario de Derecho civil*, y de otra, un medio utilísimo de aproximación e intercambio mediante la colaboración de profesores extranjeros, como sucede en el *Anuario de Derecho penal*, donde colaboran relevantes personalidades especializadas en la materia, como son, entre otras, los profesores Herrera Figueroa, de la Universidad de Tucumán, y González Bustamante, de la Universidad Nacional Autónoma de México, y juristas distinguidos de Hispanoamérica, como el doctor Camaño, Fiscal letrado de Uruguay, y Guillermo Guevara, Juez y miembro de la Comisión de Codificación de Filipinas.

Pero en el orden de las publicaciones a más de los *Anuarios* a que nos hemos referido, tenemos el propósito de cumplir el compromiso que hemos contraído respecto a otras diversas series de las mismas, entre ellas, la edición de dos grandes tratados de Historia del Derecho y Derecho civil, para los que se cuenta con valiosas cooperaciones.

Sobre los textos jurídicos vigentes, es proyecto acariciado el publicar una edición del Código civil con extractos de jurisprudencia de primera mano y de

actualidad, con notas bibliográficas y precedentes legales. Ya el Instituto publicó en este orden el Código penal del maestro Cuello Calón, edición totalmente agotada.

En otra de las series de nuestras publicaciones, que comprende las de carácter general, hemos de continuar la de las obras completas de Hinojosa, no solamente como justo homenaje a tan eximio maestro, gloria de la Ciencia jurídica patria, sino porque tal edición es ansiosamente reclamada por el público estudioso.

Y, por último, la de textos jurídicos antiguos ha de merecer también nuestra atención, y muestra de ello la tenemos en el *Fuero de Coria*, publicado bajo la dirección del personal técnico del Instituto.

Yo sé que para realizar todo este programa se necesitan medios económicos de que hoy no disponemos; pero espero que los resultados que vayamos obteniendo sean de tal naturaleza que ellos mismos sean nuestro mejor argumento para que la ayuda sea cada vez más generosa en el futuro.

Y, sin embargo, no seríamos sinceros ni leales con nosotros mismos si dijéramos que estamos satisfechos de la obra realizada. Resueltamente, no. El camino es difícil, y las metas a lograr, de no fácil consecución.

Es posible, por otra parte, que este año la experiencia haya puesto de relieve la necesidad de hacer algún reajuste en sus servicios que nos permita mejorar su rendimiento; pero en este punto hemos de ser muy cautos, y esperamos completar estos datos antes de proponer a la Superioridad aquellos cambios o modificaciones que se consideren precisos para que el Instituto, del que tanto se espera fundadamente, sepa responder a esas esperanzas en él depositadas y al sacrificio económico que el Estado se impone para lograrlas.

Permitidme, por último, que antes de terminar mi breve intervención exprese mi reconocimiento a las ilustres personalidades que nos honran con su asistencia, y personalmente mi gratitud, tanto a V. E. como al señor Ministro de Educación Nacional, Presidente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, por la inmerecida distinción con que fui investido, que, a más de ese honor, me ha proporcionado la íntima satisfacción de sentirme de nuevo entre queridos compañeros y amigos con los que compartí durante muchos años las tareas universitarias y de los que si un día el servicio del Estado me apartó, hoy, en función de este mismo servicio, y merced a este nombramiento, vuelvo a encontrar en mi camino y a compartir de nuevo con ellos inquietudes y afanes, como ya lo hicimos en otros tiempos azarosos y difíciles, en que dentro de los muros de la Universidad vivimos los críticos momentos históricos de estos últimos años y sentimos alumbrar en sus entrañas el movimiento juvenil que había de salvar los futuros destinos de nuestra patria.

Yo os quiero expresar también ese mismo reconocimiento en nombre de mis compañeros de Instituto, personal directivo, investigador, colaboradores, becarios y cuantos, en fin, comparten las tareas de este Centro por la permanente atención que prestáis a nuestras demandas; pero también quisiera llevar a vuestro ánimo la seguridad e íntimo convencimiento de que hemos de poner a contribución todo nuestro esfuerzo para corresponder a esos desvelos y a la fe que tienen puesta en nuestra futura labor. Que no se dude un solo instante que en estas aulas, seminarios y bibliotecas alienta por encima de todo un

profundo deseo de superación, libre de todo prejuicio de grupo, sin otra ambición que recoger todo ese ambiente de inquietud que hoy se aprecia en la juventud estudiosa universitaria, que con fe y optimismo se prepara para servir a una España mejor, con la que todos soñamos.

Por eso no quisiéramos de ningún modo que el Instituto sirva para formar sabios deshumanizados, como los que hemos padecido en otras épocas, sino hombres que a su saber unan la conciencia de su propia sabiduría y un sentido profundo y humano de la vida; que, como nuestros juristas clásicos, sean "sabidores e buscadores e juzgadores", porque, como decía Egidio Romano, el gran escolástico discípulo de Santo Tomás, "el maestro que es sólo sabidor, más parece rezador que maestro." (Grandes aplausos.)

Cerró el acto el Excmo. Sr. D. Raimundo Fernández Cuesta, Ministro de Justicia, en los siguientes términos:

"Excelentísimos señores, señores: El desempeño de los cargos públicos depara ocasiones de afanosas preocupaciones y otras de legítimo contento; en una de estas últimas me encuentro. Porque, para quien tiene el honor de regir el Ministerio de Justicia, pocas habrá de mayor alegría como esta oportunidad que se me presenta de inaugurar un Instituto, en el que un p'antel de juristas eminentes se dedica con provecho y con afán a la labor investigadora de la ciencia jurídica, a aplicar el resultado de esa investigación al asesoramiento del Estado y a la orientación de su labor legislativa. Y es aún más justificado ese contento porque el Ministerio de Justicia, en unión del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, ha podido contribuir a tan alta labor con todo entusiasmo y con toda la generosidad posible, que, por mucha que sea, siempre es poca en comparación con el objeto perseguido. Y está justificada también esa satisfacción, porque ha venido a llenar un hueco que existía en la sistemática de nuestra organización estatal.

En efecto, desde hace muchos años, desde mucho tiempo atrás—ya lo ha hecho resaltar en su Memoria el Secretario general—, el Ministerio de Justicia sentía la inquietud y la necesidad de dotar a su función de un organismo que pudiera colaborar con él en la tarea que le incumbe de la realización del Derecho por el Estado. A esta inquietud y a esa necesidad respondía el Decreto que, con la firma de D. Joaquín María López, se dictó el año 1843, creándose la Comisión general de Códigos; a esa inquietud y necesidad respondió el Decreto de 1884, que lleva la firma de D. Francisco Silvela, creando la Comisión de Legislación Extranjera y a esa misma inquietud y necesidad responde el Decreto del año 1943, que lleva la firma de D. Eduardo Aunós, creando el Consejo Asesor de Justicia. Pero todos esos organismos que acabo de enumerar, como sabéis, tenían una función perfectamente clara y definida. La Comisión de Códigos, elaborar los Códigos y las Leyes; la de Legislación Extranjera, informar sobre la legislación de otros países y sobre ciertos casos de Derecho Internacional Privado; el Consejo Asesor de Justicia, informar sobre la organización judicial y administrativa. Es decir, que seguía en pie esa necesidad a que antes aludí, pese a algunos intentos muy estimables, de crear el organismo que con toda amplitud se dedicase a una de las actividades absolu-

tamente necesarias para el progreso jurídico en España, cual era la investigación jurídica.

Y a esta finalidad responde el Decreto que, también con la firma de mi ilustre antecesor, D. Eduardo Aunós, y con fecha 29 de septiembre de 1944, crea el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Pero, con arreglo a ese Decreto, quedaban integradas como instituciones del Instituto la Comisión de Códigos y la Comisión de Legislación Extranjera, lo cual producía, en realidad, un entorpecimiento en la actividad de cada uno de estos organismos, con merma de su rendimiento. Se entendió, pues, que era necesario devolverles su anterior y tradicional autonomía y personalidad independiente, y a ello responde el Decreto que, con mi firma, se aprobó en 14 de diciembre de 1945. A partir de esta fecha, estos tres organismos—Instituto, Comisión de Legislación Extranjera y Comisión de Códigos—marchan cada uno por camino independiente, pero que, sin embargo, conduce a un mismo objeto; y desde esa fecha de diciembre de 1945, el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, bajo el patronato espiritual del Rey San Fernando que tanto hizo por el estudio y por el progreso del Derecho en España, el Instituto, repito, se ha dedicado a la labor investigadora del Derecho en todas aquellas ramas que no son objeto de estudio en otros Institutos, como son el Derecho civil, el Derecho penal, el Derecho mercantil, el Derecho procesal, la Historia del Derecho, el Derecho romano la Filosofía del Derecho, la Legislación inmobiliaria y notarial.

Esta labor que el Instituto viene llevando a cabo, digna del mayor elogio—elogio que yo ahora me complazco en hacer resaltar—y digna también de la mayor protección, que yo también me complazco ahora en ofrecer dentro de las posibilidades que me sean dadas, ha venido ya a producir óptimos frutos, que han sido aquí relatados, en su Memoria, por el Secretario general, entre los cuales merece destacarse la formación de un equipo de juristas investigadores, la publicación de Anuarios y de monografías, el intercambio, cada vez más creciente con juristas extranjeros, incluso los triunfos obtenidos en la provisión de Cátedras por juristas que han iniciado o completado su preparación en este Centro.

Pero claro está que todos estos hechos acaecidos, todas estas disposiciones dictadas, todos estos resultados obtenidos, no son sino efectos de unas causas: obedecen y responden a un determinado concepto, a un determinado criterio que se tiene de la ciencia del Derecho, de la cultura en general en el mundo y en particular en España.

No podemos nosotros admitir el que se niegue el carácter científico del Derecho, ni siquiera que se disminuya su valoración científica, como el positivismo jurídico pretende. El Derecho es algo más que una mera rutina, que una mera repetición de casos; no es un arte, ni sólo una técnica, siquiera una falta de técnica, por regla general, pueda envolver una injusticia. El Derecho es una ciencia; es una ciencia, porque tiene como objeto una verdad. El Derecho tiene una verdad objetiva, y esa verdad y ese objeto del Derecho científico, que es superior a todos los arbitrios del Poder, ya vengan del Estado o de cualquier otra fuerza social, no es más que la Justicia. Lo que pasa es que esa Justicia encierra en sí una tendencia insoslayable a que se realice y se lleve a la práctica, lográndose con ello que se pueda salvar ese abismo, que parecía in-

franqueable, entre el mundo abstracto de la norma y el mundo concreto de la decisión, porque precisamente este concepto fragmentario, parcial del Derecho, impedía que se tuviese noción de un sistema jurídico unitario, que es condición indispensable para su valoración científica.

El Derecho es, pues, una ciencia, y en toda ciencia—en este caso la ciencia del Derecho—cabe distinguir dos líneas fundamentales: una línea que pudiéramos llamar absoluta, una línea básica, una línea formada por una serie de principios fijos y estables; y otra línea que pudiéramos llamar relativa, una zona fluyente formada por el progreso científico, por los avances constantes proporcionados por la investigación y por el estudio. Para nosotros, españoles, aquella línea absoluta, básica, está enraizada con nuestra formación católica y occidental; y esta otra línea fluyente y variable está matizada en nuestros días por la necesidad de poner un freno al absolutismo de la voluntad individual, en servicio del bien colectivo, de la comunidad nacional.

Si el Derecho es una ciencia, los investigadores del Derecho deben, a mi juicio limitarse no sólo a aproximarse cuanto les sea posible a ese ideal de justicia, sino también a implantarlo en cuanto les sea posible en la realidad del ambiente nacional; y deben, además, realizar su investigación no de una manera que pudiéramos llamar arqueológica; es decir, no dedicarse tan sólo al descubrimiento de textos ocultos, de fuentes cegadas, de datos desconocidos—todo ello, indudablemente, muy importante, sin duda, pero no bastante—, sino dedicar su actividad a alumbrar la mayor cantidad posible de ideas que tiendan a poder hacer efectiva esa doble finalidad a que antes aludía. Y deben hacerlo no con un concepto de grupo, ni de capillas, sino con un concepto de la mayor solidaridad posible, haciendo prosperar todo lo que sea limpio, todo lo valioso que haya producido o pueda producir el pensamiento jurídico español.

Yo sé, de antemano, que estas ideas mías coinciden con las vuestras, y al sentirme orgulloso de esta coincidencia, espero, ilusionado, que traiga una cosecha de triunfos para el Instituto, de íntima satisfacción para todos vosotros y de perfección en la técnica jurídica. Yo espero también confiado con la misma ilusión que no olvidéis nunca que el Instituto que hoy se inaugura es una obra más, es una realización más de la España de Franco, de esta España que, en medio de tantas incomprendiones, injusticias y dificultades, continúa su marcha hacia adelante, sin apartar la mirada de esa luz purísima que ilumina los ideales de nuestro Movimiento, que, en definitiva, no es otra sino que en España impere la Justicia." (Grandes y prolongados aplausos.)

Régimen de la Propiedad en el Africa Occidental española

Aunque en la Sección de Estudios legislativos, de este mismo fascículo, se publica un documentado estudio sobre el Decreto de 10 de diciembre de 1949 (B. O. núm. 13 de 13 de enero de 1950), no queremos dejar de resaltar en esta Sección de Vida jurídica el trascendental interés que para el régimen inmobiliario español tiene la disposición citada. En tres grandes títulos se agrupan las disposiciones concernientes a la propiedad inmueble, estudiando dentro de ellas el régimen específico de la propiedad, así como lo relativo a las concesiones; el registro de la propiedad, regulando en este sentido de modo com-

pleto el régimen registral, y, por último, el crédito territorial, al cual el artículo 111 del Decreto citado concede la máxima protección estatal, autorizándole para expedir en favor de sus acreedores títulos garantizados con sus fondos patrimoniales; como único requisito para las entidades de crédito territorial, se establece que sus Estatutos deberán ser aprobados por la Presidencia del Gobierno y funcionarán bajo la intervención del Gobernador.

Inscripciones de nacimiento de españoles cuando los mismos tienen lugar en país donde al producirse no existe Representación Diplomática

Resolviendo una concreta consulta, el Ministerio de Justicia por Orden de 14 de marzo de 1950 (*B. O.* núm. 87 de 28 de marzo de 1950), ha abordado de modo general el problema que plantea la inscripción de nacimiento de los españoles en países en los cuales no se halla España representada, resolviéndolo en el sentido de que los actos concernientes al estado civil de los españoles que nazcan en países extranjeros donde a la sazón no exista representación diplomática o consular española, y que con arreglo a las Leyes deban inscribirse en el Registro Civil, podrán serlo provisionalmente en el de la Dirección General de los Registros y del Notariado, mediante presentación por los interesados de la certificación de su inscripción en el Registro Territorial, debidamente traducida.

El asiento tendrá el carácter de definitivo, en el caso de que la certificación fuese legalizada por la representación diplomática o consular que tenga a su cargo la defensa de los intereses españoles.

Cuando no se den ninguna de las dos circunstancias citadas, la Dirección General de los Registros y del Notariado apreciará discrecionalmente la autenticidad del documento presentado pudiendo recabar la presentación de otras pruebas que acrediten la certeza del hecho; pero en cualquier caso, si se lleva a efecto el asiento, tendrá carácter provisional.

Inscripciones provisionales de defunción

El Ministerio de Justicia, por Orden de 15 de diciembre de 1949, publicada en el *B. O.* núm. 12 de 12 de enero de 1950, aclara el Decreto de 8 de noviembre de 1936 sobre inscripciones provisionales de defunción, en el sentido de disponer que la transformación de las inscripciones de desaparición, a que se refiere el Decreto de 8 de noviembre de 1936, en asientos de defunción pueda acordarse por el Juez instructor del expediente, previa petición en forma auténtica de parte legitimada, en el transcurso de cinco años del expediente gubernativo, sin exacciones de derechos de no mediar circunstancias que a juicio del mismo puedan impedirlo.

El Profesor Cicu en la Universidad de Madrid

El profesor Cicu, en la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho

de la Universidad Central el día 22 de abril de 1950, trató tres problemas sobre sucesión hereditaria referentes a algunos aspectos de la figura del heredero, que sirven para demostrar cómo el Derecho puede vivir por obra de la elaboración doctrinal, aun cuando la apresurada e inexacta formulación legislativa represente a este respecto un elemento tal vez negativo.

El primero de estos problemas se refiere a la determinación jurídica de la figura del heredero. Si la sucesión hereditaria es concebida como transmisión de bienes de una persona (el *de cuius*) a otra, como comúnmente se afirma, es necesario buscar las razones por las cuales existen la figura del heredero, diferenciada de la del legatario y la de la herencia, que puede existir incluso «*sine ullo corpore*», es decir, como mera abstracción jurídica. Recurriendo al concepto de la soberanía propio de la figura del *paterfamilias* romano, Bonfante ha llegado a la conclusión de que la hereditas no consistía en una mera transmisión de bienes, sino en la sustitución del difunto por un nuevo *paterfamilias*. De esta manera se explican claramente algunos principios fundamentales del derecho hereditario romano, a saber: 1), imposibilidad de la concurrencia de la sucesión legítima con la testamentaria, en virtud de cuyo principio el heredero testamentario, en base de su título personal, absorbía todo el patrimonio; 2), se podía disponer de bienes singulares sólo en cuanto existiese una institución de heredero, porque de otra forma habría faltado la persona que sirviese de puente para el paso de los bienes singulares a los legatarios; 3), nulidad del prelegado (lo que hoy parece extraño) en cuanto, siendo el legado una carga para el heredero, éste no podía ser gravado frente a sí mismo; 4), intransmisibilidad de la delación, por lo cual si el llamado a la herencia moría antes de haberla aceptado, la herencia desaparecía, porque el título era personal. Frente a la tesis de Bonfante, Perozzi ha observado exactamente que mientras por un lado la soberanía no se divide en el Derecho romano (y, por el contrario, podía haber varios herederos), por otro también las mujeres eran admitidas a la herencia, a pesar de que no fuesen sujetos de Derecho público, lo cual contrasta con la idea romana de soberanía. En consecuencia, la tesis de Bonfante debe ser corregida en el sentido de eliminar de la misma toda interferencia de Derecho público y de reducir el fin de esta sustitución del difunto por otra persona a la consecución del hecho de que las cosas que constituían el patrimonio no permanezcan como «*res nullius*». Esta interpretación, mientras por una parte concuerda con el fin de establecer una continuidad familiar, incluso en el culto doméstico, por otra (en contra del parecer de Bonfante) explica cómo la primera figura histórica de heredero no es la del testamentario, sino la del *filiusfamilias*, y cómo éste es considerado «*heres suus*» (es decir, heredero sin necesidad de adir la herencia). Esta tesis explica también la figura de la *adoptio* testamentaria, que, al parecer, fué la primera figura de heredero testamentario aplicada a quien no tenía hijos. Sucesivamente se formó la idea de que los bienes pudiesen transmitirse, y de ahí se vino a dar importancia, incluso en la transmisión hereditaria, a la transferencia de los bienes. Y como bajo la influencia de la filosofía griega se formó el concepto de *universitas* y los juristas romanos hablaron de «*succedere in universum ius*», se ha llegado a la idea de la *universitas* como conjunto orgánico de bienes, es decir, a una concepción objetivista, realizándose el cambio conceptual desde una idea de una sucesión de

·sujetos a otra de transmisión de universitas objetiva: la universitas «iuris», como figura típica útil para justificar la transmisión de débitos, contrapuesta a la universitas «facti». Hay que observar, además, que universitas significa un todo unitario (véase, por ejemplo, el concepto de empresa, en la que la organización de bienes es máxima); pero, ¿qué es lo que une los bienes en la sucesión hereditaria? Considerando la figura de la herencia aceptada a beneficio de inventario, en la cual, no operándose la confusión entre el patrimonio del de cuius y el del heredero, la herencia se debería presentar como un todo unitario y, por tanto, justificarse la transmisión de las deudas; éstas, sin embargo, no se transmiten (no obstante, sobre este punto la doctrina no se muestra de acuerdo). Una prueba de esta tesis está en el hecho de que si el heredero con beneficio de inventario paga deudas hereditarias con dinero suyo, se subroga por el importe de los gastos realizados, es decir, es un tercero respecto de la herencia y puede ser comparado al tercer poseedor o adquirente de finca hipotecada que paga una deuda hipotecaria; pero, si es tercero, entonces no es deudor, y si no es deudor, significa que la deuda no se transmite. Ocurre, por tanto, en la figura de la herencia aceptada a beneficio de inventario que los acreedores que antes tenían una garantía para sus créditos en los bienes del difunto, conservan esta garantía sobre los bienes que constituyen la masa hereditaria, y en este fenómeno se puede encontrar cierta analogía con lo que ocurre en la quiebra, en la que, sin embargo, el quebrado conserva la posición de deudor. Y por otra parte, al estudiar en particular los problemas de la extinción por confusión de las relaciones jurídicas, se observa que, en el caso de la herencia adquirida por el que es al mismo tiempo acreedor del difunto, incluso el Fisco admite la distinción entre adquisición del patrimonio hereditario a título de crédito y a título sucesorio. Por consiguiente, la figura de la universitas no sirve para explicar la transmisión de las deudas. Especialmente la evolución histórica demuestra cómo «llamado a suceder» es una persona instituida en todos los bienes o en una cuota de ellos, exigencia lógica, porque a menudo el difunto no conoce todo su patrimonio. De tal manera, el título de la transmisión, como título de adquisición de bienes, sustituye al que en el Derecho romano originario era título de naturaleza personal, pero permanece idéntico el medio técnico con el que se opera la transferencia, y una vez que exista la designación de heredero todo sucede como en el Derecho romano: se transmiten las deudas. Y se transmite, sobre todo, la posesión, que en el Derecho romano, aunque tenía lugar con la aditio, la posesión del heredero, no obstante, entroncaba directamente con la del de cuius, sin solución de continuidad. ¿Cómo se explica esto, que es un fenómeno de hecho, si no se admite el vínculo subjetivo? La larga duración del dogma de la universitas ha ocasionado algunos inconvenientes. Por ejemplo, si Ticio, al morir, deja sus bienes inmuebles a Cayo y a Sempronio los muebles, la doctrina pregunta dónde está la cuota, y califica esta disposición de legado. Mas, en este caso, el heredero legítimo ¿adquiere sólo las deudas? Evidentemente no puede ser así, pues hay un vínculo subjetivo por cuota. Así también cuando el testador reparte todos sus bienes, dejando a Ticio la nuda propiedad y a Cayo el usufructo, se puede decir que divide la herencia cualitativa, pero no cuantitativamente, y en este caso hay institución de heredero, pese a que la doctrina contraria afirma que el usufructuario no tiene tal carácter de heredero. En fin, la delación implica

la idea de la transmisión en este sentido: en el Derecho romano aquélla significaba el llamamiento de una persona a la herencia; después, con la influencia del Derecho germánico, dicha delación ha subsistido, pero ha adquirido un contenido objetivo; sin duda en el Derecho moderno puede ser distinguida en ambos sentidos, y bajo el aspecto objetivo hay que encajar la transmisibilidad de la delación, inexistente en el Derecho romano.

Pasando al segundo problema, el orador habló de la figura del heredero legítimo, poniendo de relieve que en un artículo del Código italiano de 1942 la legítima es cuota de herencia, es decir, cuota de lo relictum, mientras que en otro artículo se dice que la legítima se determina detrayendo las deudas y añadiendo las donaciones. El orador se preguntó cómo es posible que la legítima sea una cuota de entidades diversas, explicando esta dificultad con ejemplos, y señalando que la doctrina discute si aquélla es «*quota pars hereditatis*» o «*quota pars bonorum*», lo cual tiene su origen histórico en el hecho de que la legítima era *pars bonorum* en el Derecho romano y cuota reservada en el Derecho germánico. El orador considera que ambas configuraciones han sido recogidas por el Código sin que el legislador tuviese clara conciencia de ello. Este hecho induce a creer que el Código ha admitido el concepto de cuota de reserva como cuota de lo relictum; pero que además ha recogido el concepto de cuota de legítima como *pars bonorum*, estando garantizadas la primera con la acción de petición, y la segunda con la acción de reducción. El conferenciante demostró con ejemplos la importancia práctica que tiene, especialmente en tiempos de devaluación monetaria, admitir este doble aspecto del derecho del legítimo. Si en una sucesión de 100 abierta en el año 1942, antes de la devaluación monetaria, el hijo legítimo debe ejercitar la acción de reducción contra el único heredero testamentario (extraño a la familia), obtendrá 50 en vez de la mitad de 5.000 (valor real de la herencia en el año 1948); si se le considera heredero, podrá ejercitar la acción de petición de herencia y el valor obtenido será el que realmente tenga su cuota en el momento en que la acción es ejercitada.

En cuanto al tercer problema, referente a la figura del coheredero descendiente obligado a la colación, teniendo en cuenta que el Código dice que también en el caso de inmueble objeto de donación y no enajenado la imputación debe hacerse en consideración del momento de apertura de la sucesión, el profesor Cicu puso de relieve la iniquidad que deriva de esta solución legal, cuando, llegando a la división después de una revalorización del inmueble, el donatario pretenda imputarlo por el valor que dicho inmueble tenía en el momento de la muerte del causante, iniquidad que toda la doctrina reconoce sin ver en la ley ningún remedio. Por ejemplo, un padre que tenía dos hijos y a uno de éstos le había dado 50, muere dejando 100. Debido a la colación, les corresponderá 75 a cada uno. Mas, los hijos, en vez de proceder a la partición en el año 1942, fecha del óbito del padre, realizan ésta en 1948, después de la devaluación monetaria. Entonces el valor de lo relictum en vez de 100 es de 5.000, y esta es la cantidad que dividen entre sí los coherederos. Se pregunta: los 50 de la donación, ¿permanecen invariados o la colación se efectúa por 2.500? La ley dice que si se trata de dinero o de muebles, se está al valor que tienen las cosas donadas en el momento de apertura de la sucesión, y que si se trata de inmuebles no hipotecados, al que tienen en el momento de la división. Por

esto el donatario tendría derecho a imputarlos en su cuota por el valor que tenían en el momento de la muerte del padre. Es necesario recurrir a una distinción para obviar la iniquidad de la solución legal. En la colación existen dos fases: la primera, por la cual la colación es un aumento de la masa patrimonial porque no es una reunión ficticia; la segunda fase está constituida por la división, porque la imputación de los inmuebles es operación divisoria. Resulta, pues, que se puede corregir el error del legislador afirmando que lo que él dice se refiere a la primera fase, mientras en la realidad, el bien inmueble, entrando sin hipotecar en la sucesión, sigue las oscilaciones del valor de la masa.

Sobre la base de los tres problemas expuestos, el orador concluyó afirmando que el Derecho no es cosa arbitraria, sino un sistema lógico que refleja una lógica del obrar humano; el legislador crea las normas en base de las exigencias más diversas, aun cuando a veces no tienen plena consciencia de éstas. Incumbe al intérprete suplir estas deficiencias; y, por consiguiente, no puede estar demasiado ligado a la norma, aun no teniendo una capacidad creadora como la del «praetor» romano: de esta afirmación se desprende una valoración de la función del intérprete, incluso en vistas de la reforma legislativa.

Piero VERRUCOLI

II. RESOLUCIONES RELATIVAS AL REGISTRO CIVIL

RESOLUCION DE 29 DE MARZO DE 1946

**Matrimonio de española con marroquí: Puede inscribirse en el
Registro español.**

(Nacionalidad: Los hijos de tal matrimonio son españoles

Vista la consulta elevada a este Centro por el Ministerio de Asuntos Exteriores por conducto de la Subsecretaría de este Departamento, transmitiendo la que a su vez le formula el señor Cónsul de la nación en Tánger, sobre transcripción en el Registro civil consular de los matrimonios canónicos contraídos en el extranjero por mujeres españolas con súbditos marroquíes e inscripción de nacimiento de los hijos habidos de tales matrimonios, los artículos 42, 75 y 76 del Código civil, las Reales Ordenes de 21 de junio de 1915 y 16 de marzo de 1921, las Resoluciones de este Centro de 11 de julio de 1914, 4 de junio de 1915 y 14 de diciembre de 1944, y demás preceptos de general aplicación, y

RESULTANDO: Que por la Subsecretaría de este Departamento se remitió la consulta que le formuló el señor Cónsul de la Nación en Tánger por conducto del Ministerio de Asuntos Exteriores acerca de la posibilidad de transcribir en los libros del Registro consular los matrimonios canónicos contraídos por mujeres españolas con súbditos marroquíes, ya que conservando éstas la nacionalidad española y siendo extranjero el cónyuge varón, parécete al consultante que en principio se opone a ello la R. O. de 16 de marzo de 1921, y que el problema se agrava cuando de dicho matrimonio nacen hijos, cuya inscripción en el Registro consular estima imposible a causa de las disposiciones vigentes en la materia.

CONSIDERANDO: Que estando reconocido el matrimonio canónico como forma hábil de celebración por el artículo 42 del Código civil y debiendo producir el mismo, una vez celebrado, todos los efectos civiles que en derecho procedan con relación a la persona y bienes de los cónyuges y descendientes, la certificación canónica que lo acredite es transcribible en los Registros consulares, y así lo han reconocido, entre otras disposiciones, las Resoluciones de 11 de julio de 1914, 4 de junio de 1915 y R. O. de 21 de junio de 1915.

CONSIDERANDO: Que no obsta a la anterior consideración el hecho de que la R. O. de 16 de marzo de 1921 haya declarado que tales matrimonios son transcribibles siempre que aparezca indudable la nacionalidad española del cónyuge varón, pues esta disposición se refiere al caso corriente de matrimonio de español con extranjera, pero no al de española con extranjero en los casos excepcionales en que ésta conserva o puede recuperar la nacionalidad española, en cuya hipótesis es transcribible el acta o partida sacramental donde el matrimonio conste.

En su virtud,

Esta Dirección General, de acuerdo con el dictamen emitido por la Comisión de Legislación Extranjera, ha acordado resolver la consulta formulada en el sentido de declarar transcribibles en los Registros consulares las certificaciones canónicas de matrimonios contraídos por mujeres españolas con súbditos extranjeros en los casos en que éstas conservan la nacionalidad española o puedan recuperarla conforme a las leyes, sin que obste a ello lo dispuesto por la R. O. de 16 de marzo de 1921, y que los hijos de tales matrimonios deben ser considerados como españoles en tanto no realicen la opción que les permite nuestro Código civil, y, por ende sus nacimientos son también inscribibles en los citados Registros civiles a cargo de los Agentes Diplomáticos y consulares de España en el extranjero.

COMENTARIO

El que la española que case con marroquí conserve su nacionalidad se deriva de que la Ley coránica no reconoce el matrimonio de un musulmán con un «rubi» ni, por consiguiente, concede la nacionalidad marroquí a la esposa; por ello, y en aplicación de la doctrina mantenida reiteradamente por la Dirección General de que la española que casa con extranjero no pierde la nacionalidad española si simultáneamente no adquiere la extranjera, en este caso se conserva la nacionalidad.

La inscripción del matrimonio en nuestro Registro es clara, ya que la Ley del Registro civil dispone (art. 4.º) que se inscribirán en el Registro a cargo de los Cónsules «los matrimonios que en él (extranjero) se contraigan por... un extranjero y un español que conserve su nacionalidad».

Más interesante es el problema de la nacionalidad de los hijos. El artículo 17 del Código civil consagra en su número 2.º el *ius sanguinis a matre* («hijos de padre o madre»), y tal precepto no sólo se aplica a los hijos naturales, sino también a los legítimos en aquellos casos en que la esposa conserve su nacionalidad. Normalmente, en estos casos se producirá una doble nacionalidad originaria, puesto que la ley del padre también concederá a los hijos la nacionalidad. Precisamente este es uno de los principales argumentos de los partidarios del *ius soli*, ya que pareciendo existir iguales motivos para que los hijos adquieran por descendencia la nacionalidad de la madre que la del padre, en caso de disconformidad se produce un conflicto. Pero hay que reconocer que las consecuencias de tal doble nacionalidad no son tan graves como otrora se pensaba, ya que el mismo puede ser fácilmente resuelto con la admisión de la oportuna opción, la cual tendrá en este caso la forma de una renuncia. Así vemos que en el Código francés de la nacionalidad de 1945 se impone a los hijos de madre francesa la nacionalidad francesa, excepto si ejercitan antes de los veintiún años la repudiación o declinación de la nacionalidad francesa. En la Resolución que comentamos se apunta al final la posibilidad de esta opción, lo cual está en consonancia con la doctrina mantenida por la Dirección de que en caso de doble nacionalidad originaria, la pérdida de nuestra nacionalidad puede tener lugar por su renuncia. Sin embargo, creemos que cuando se trate de marroquíes de la Zona del Protectorado español que ostenten al mismo tiempo la nacionalidad española, deberá prevalecer ésta, por la preferencia que debe

tener la ley del país protector en estos casos de conflictos de leyes¹. Claro es que esto no ocurrirá si se trata de marroquies de otras zonas, incluso, sin duda, la de Tánger.

RESOLUCION DE 12 DE JULIO DE 1949

Doble nacionalidad: Requisitos para su renuncia

Vista la consulta elevada a este Centro por la Dirección General de Seguridad acerca de si en vista de los documentos que remite procede o no considerar súbdito norteamericano a don G. R., los artículos 17, 18, 19 y 20 del Código civil, 97 y 99 de la Ley del Registro civil, 65 y siguientes del Reglamento de 13 de diciembre de 1870, la Resolución de este Centro de 11 de febrero de 1948 y demás disposiciones de general aplicación, y

RESULTANDO: Que por la Dirección General de Seguridad se remitió a esta Dirección General una copia simple del acta obrante en el legajo de actos de jurisdicción voluntaria existente en el Juzgado Comarcal de B., referente a la renuncia de nuestra nacionalidad llevada a cabo el día... por don G. R., de... años de edad, soltero, ebanista, natural de S. y vecino de B., donde dice residir desde hace unos veinte años, hijo de R. y de C., provisto de pasaporte expedido por el Consulado de E. en S., con el número..., quien en el cuerpo del acta reseñada declara ser su deseo trasladarse a D. y para ello precisa acreditar su renuncia expresa a cuantos derechos pueda tener en España, como extranjero avecindado por periodo mayor de quince años, por lo que hace la mencionada renuncia agregando que su vecindad en nuestra Nación no se halla inscrita en ningún Registro civil.

RESULTANDO: Que para mejor proveer se pidió por este Centro al Juzgado Comarcal correspondiente un testimonio de todas las actuaciones que en el mismo se hubieran practicado relativas a la renuncia objeto de la consulta, así como la certificación de los asientos que se hubieren extendido en el Libro de Ciudadanías con ocasión de ella, contestándose por el Juzgado requerido que en la indicada Sección 4.ª no aparece ningún asiento relativo a él y remitiendo copia certificada del acta ya reseñada en el Resultando anterior.

CONSIDERANDO: Que aunque nuestra legislación consagra de un modo principal el *ius sanguinis* como norma para la determinación de la nacionalidad, relegando a un papel secundario el *ius soli*, otras legislaciones—especialmente las americanas—atribuyen la preferencia al *ius soli*, por cuyo motivo surge el problema de la doble nacionalidad originaria, y si bien es cierto que dado el carácter jurídico-político de esta relación jurídica, tal circunstancia no debe afectar a la observancia de nuestras leyes, que deben ser aplicadas por las Autoridades españolas dentro del territorio nacional con entera independencia a lo que sobre el particular establezca la legislación extranjera incompatible.

CONSIDERANDO: Que aunque no existe en nuestro Derecho una norma claramente aplicable que solucione el conflicto planteado, hay que tener en cuenta que el artículo 20 del Código civil sienta la doctrina de que la calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país extranjero, y si bien tal pre-

(1) En el mismo sentido, LA PLAZA: *Concepto, caracteres y aplicaciones de la nacionalidad marroquí*, "Rev. D. Pr.", 1940, págs. 31 y 32.

cepto se ha venido interpretando en el sentido de que sólo se refería a las adquisiciones derivativas de nacionalidad, es lo cierto que ateniéndose a su tenor literal puede aplicarse, aunque la adquisición de la naturaleza sea considerada por la ley extranjera como originaria.

CONSIDERANDO: Que el artículo 17 del antes citado cuerpo legal concede la nacionalidad española a los hijos de extranjeros si optan por ella en tiempo oportuno, y que es glorioso principio que se deduce de nuestras leyes, a diferencia de otras extranjeras, inspiradas en criterios asimilistas, su universalismo, aceptando iguales normas para adquirir que para perder la nacionalidad, por lo que se impone la necesidad de no cerrar la posibilidad de que pierdan nuestra nacionalidad los nacidos en el extranjero, de padres españoles, si adquiriendo derecho a la nacionalidad del país ésta fuese su voluntad.

CONSIDERANDO: Que no obstante dicha pérdida de la nacionalidad sólo debe ser reconocida si la misma no implica un fraude de ley, el cual puede principalmente consistir en el propósito de eludir el servicio militar, y aunque no debe ser presumido, es, sin embargo, indispensable que se acredite: a), que el interesado haya adquirido originariamente y conserve derecho a una nacionalidad extranjera, con arreglo a las leyes del país de que se trate; b), que ha residido habitualmente en el extranjero, o por su arraigo patrimonial o familiar en el país de su nacimiento, debe considerarse ligado al mismo, y c), que no ha realizado actos posesorios de la nacionalidad española en utilidad propia.

CONSIDERANDO: Que la competencia para efectuar dichas inscripciones recae en los agentes diplomáticos y consulares españoles, encargados de los Registros civiles en el Extranjero, y previo, siempre, el correspondiente expediente, en el que se justifiquen los extremos anteriores, ya que dicha pérdida de la nacionalidad sólo puede surtir efectos desde la fecha del asiento, en cuyo momento debe el interesado hallarse fuera de España.

CONSIDERANDO: Que, únicamente cuando se trate de españoles que residan accidentalmente en España y reúnan los requisitos antes expresados, dicha renuncia y expedientes antes expresados pueden ser tramitados ante el encargado del Registro civil de este Centro, ya que los jueces municipales, comarcales y de paz carecen de competencia para la práctica de estas inscripciones, como se desprende, por analogía, de la doctrina de los artículos 2.º, números 11 y siguientes; 2.º, números 12 y siguientes, y 4.º, de la Ley de Registro civil.

CONSIDERANDO: Que ello sentado, y no habiéndose justificado los extremos consignados en los anteriores considerandos y si sólo que el peticionario ha nacido en los EE. UU. y que es mayor de edad.

Esta Dirección General, oído el parecer de la Comisión de Legislación Extranjera, ha acordado resolver la consulta formulada en sentido de que don G. R. no procede ser considerado como súbdito norteamericano.

COMENTARIO

Da solución esta importante resolución al problema de la doble nacionalidad originaria. Numerosos son los puntos de interés que en ella hay que resaltar.

La cuestión de la doble nacionalidad originaria es una laguna en nuestras leyes. Mas, ¿tiene la Autoridad administrativa facultades para extenderse a

una tan decidida reglamentación? ¿Cuál es la autoridad de la misma? No puede dudarse que cuando la función legislativa del Estado no da solución a una cuestión planteada no por ello debe dejar de ser resuelta. Y es que el artículo 6.º del Código civil es evidentemente aplicable a los Organos administrativos, los cuales no sólo pueden *interpretar*, sino también *construir*, mientras guarden tales construcciones la debida armonía con el resto del ordenamiento. Pero la autoridad de tales normas evidentemente se limitará a la propia esfera administrativa y los Tribunales no estarán constreñidos por ella, aunque probablemente, no sólo les concederán el valor que por su propio fundamento legal y lógico merezcan, sino que tendrán que atenerse a los actos registrales o administrativos que de las mismas se desprendan.

Por un doble camino puede buscarse, en nuestro Derecho, solución al problema de la doble nacionalidad originaria: por el del artículo 20 (pérdida de la nacionalidad) y por el del artículo 17, en su relación con el 18, todos del C. c. Ambos son apuntados. El primero en lo que tiene de *formal*, el segundo en lo que implica de *equitativo* una interpretación recíproca.

La omisión del Código civil es tanto más chocante cuanto que el proyecto de 1851 resolvía el problema: «Los hijos de un extranjero nacidos en los dominios españoles, y los hijos de padre o madre españoles, nacidos fuera de España, deberán manifestar dentro del año siguiente a su mayor edad o emancipación si quieren gozar de la calidad de españoles» (Art. 22). Cuál debía ser la nacionalidad de tales hijos hasta que la declaración se efectuara, el propio proyecto nos lo dice después: «Los hijos de un extranjero nacidos en España seguirán la condición de su padre, y no se considerarán españoles hasta que hagan la manifestación prevenida en el artículo precedente», y «los hijos de padre y madre españoles, nacidos fuera de España, conservarán la calidad de españoles mientras no renuncien expresamente a ellas».

El vigenta C. c. abandonó esta regulación en cuanto a su segunda parte (pérdida por renuncia a nuestra nacionalidad). Probablemente lo motivó una razón técnica, ni muy exacta ni mantenida en todos los casos. Los autores del Código debieron pensar que era misión del mismo regular la *adquisición* de nuestra nacionalidad y bastaba respecto a la pérdida con sentar que la adquisición de una nacionalidad extranjera operaba la pérdida, siendo misión de las legislaciones extranjeras a su vez regular la adquisición de la nacionalidad extranjera. No se atuvieron, sin embargo, a tan escueto programa, porque al ocuparse de la mujer casada (Art. 22) establecieron, al parecer, que la española casada con extranjero había de adquirir la nacionalidad de éste, cosa que no corresponde decir al legislador español, y lo mismo resulta respecto a los hijos (Art. 18).

Con tales antecedentes la Dirección General de los Registros había declarado la renunciabilidad de nuestra nacionalidad en caso de doble nacionalidad originaria. Y así, podemos citar la última Resolución en la materia, de 11 de febrero de 1948. Esta doctrina había sido desfavorablemente enjuiciada por algunos, y, en efecto, prácticamente se prestaba a abusos: por ello la presente Resolución innova en dos puntos: establece ciertos requisitos preventivos del *frans legis* y sienta la competencia para practicar válidamente estas inscripciones.

Conviene recordar que doctrina similar domina en el actual Derecho com-

parado de nacionalidad. Así la Ley de Nacionalidad *británica* de 1948, reglamenta la «renuncia a la ciudadanía por causa de doble ciudadanía o nacionalidad», la cual «si lo es en debida forma, el secretario de Estado procederá al registro de la declaración. A partir de este registro tal persona cesará de ser ciudadana del Reino Unido». En el mismo sentido, y en forma aun más sencilla, el Código de la Nacionalidad de E. U. de 1940 considera causa de pérdida de la nacionalidad cualquier renuncia formal a la misma. Francia (artículo 91 del Código de la Nacionalidad de 1945) sienta que «pierde la nacionalidad francesa el francés, incluso menor, que teniendo una nacionalidad extranjera está autorizado, previa su demanda por el Gobierno francés, a perder la cualidad de francés. Esta autorización debe ser acordada por decreto». Aquí vemos otro sistema, por cierto a nuestro juicio poco recomendable, que es el que inspira en todo a este Código: la generalización del *octroi* gubernativo en su forma más solemne.

Ultimamente ha alcanzado cierta boga la doctrina de que la nacionalidad *es de Derecho público*, la cual, superando las doctrinas contractualistas, impediría dar demasiada beligerancia a las «opciones» no formalmente consagradas en la ley, que se cree son un resabio de las tales doctrinas. Mucho nos tememos que tal doctrina publicística, encaminada a sustraer de su sede tradicional la nacionalidad, esté pronto tan olvidada como las que análogamente se formularon sobre el Derecho de familia; esto es, creemos que la nacionalidad es un elemento del estado de las personas con repercusiones en el Derecho público y no al contrario; lo cual no impide reconocer que tratándose de *jus cogens* no existe aquí más libertad de pacto ni más autonomía que la que la ley racionalmente interpretada permita, que es lo que en este caso se hace.

Volviendo a la doctrina sentada por la Resolución que comentamos, conviene examinar respecto a la renuncia las siguientes cuestiones:

Capacidad: Si se acepta que esta renuncia es una mera aplicación recíproca de la opción establecida en los artículos 18 y 19 del Código civil, es evidente que tal renuncia podrá ser efectuada únicamente hasta un año después de la mayor edad y durante la minoría, en representación del menor, por sus padres. Sin embargo, en la Resolución, después de la alusión que en el Considerando tercero se hace a tal doctrina, sin duda, para fundamentarla en cuanto a su equidad y cuyo Considerando, por cierto, se refiere a un principio universalista que, por cierto, brilla por su ausencia en el artículo 17..., aunque es cierto sirva de base a la actuación, siempre ponderada de nuestros órganos administrativos en la materia, no se vuelve a referir a la misma. Por ello, se deduce que no existe limitación en cuanto a la edad para el ejercicio de la renuncia y que, por lo que se refiere a los menores, parece justo no privarles *a priori* de un derecho que puede serles útil y del cual están en las mejores condiciones de enjuiciarlo sus propios padres, aunque sean españoles. Por lo que se refiere a las mujeres, parecen estar menos comprendidas en las exigencias de esta Resolución, ya que se alude al fraude, en cuanto al servicio militar, sin embargo, existen otras posibilidades de fraude, por lo cual deben, en principio, cumplir iguales condiciones que los varones, si bien no parece haber inconveniente en cierta indulgencia en las pruebas.

Los requisitos, en cuanto al fondo, son tres, pero pueden reducirse a los dos siguientes:

Derecho a la nacionalidad extranjera. Tal derecho debe ser justificado en el expediente previo al asiento de renuncia. Parece verosímil que se justifique el mismo con otro documento que el pasaporte; es más propio el certificado de nacionalidad expedido por las autoridades competentes del Estado extranjero; tal documento deberá ser reciente en su fecha, para evitar las caducidades de nacionalidad hoy tan prodigadas por algunas legislaciones.

Residencia habitual en el extranjero. A esta residencia equivale el arraigo familiar o patrimonial en el país de nacimiento. Claro es que todo ello habrá de ser juzgado con cierta discrecionalidad. El otro requisito que se exige, «no haber realizado actos posesorios de la nacionalidad española en utilidad propia», creemos que no es más que la consideración negativa del mismo hecho. Y tales hechos posesorios no pueden consistir en el cumplimiento de deberes, como el servicio militar.

La competencia para la práctica del asiento se reconoce en los Cónsules encargados del Registro civil. Ello no constituye novedad, pues en materia de pérdida de nacionalidad, a ellos les ha sido reconocida siempre la competencia, del mismo modo que en materia de adquisición de nacionalidad les está vedada toda actuación (con la lamentable excepción que estableció el Código en el artículo 19 y alguna otra de carácter extraordinario). En cambio, es nueva la declaración de que puede practicar tales asientos el Registro especial de la Dirección. Tal norma guarda analogía con el resto del sistema y se impone por atendibles razones prácticas.

Manuel LOZANO SERRALTA
Letrado de la D. G. R. N.

III. NOTAS CRITICAS

Sobre el negocio fiduciario

(A propósito de un libro de MESSINA) (1)

JUAN B. JORDANO BAREA

SUMARIO:

- I. EL "SCOPUS FIDUCIAE".
 1. Confusionismo en torno al problema del fin fiduciario.
 2. Casos prácticos de fiducia: a), *fiducia cum amico*; b), *fiducia cum creditore*.
 3. Otros casos especiales: a), cesión fiduciaria; b), cesión fiduciaria de las acciones de una Sociedad; c), endoso fiduciario
- II. LOS PRINCIPIOS DE LA EXTRALEGALIDAD DEL «SCOPUS» Y DE LA EXCEDENCIA DEL MEDIO SOBRE EL FIN.
 4. Los axiomas fundamentales de la teoría fiduciaria.
 5. Los dos principios en la fiducia germánica.
 6. La extralegalidad del fin en la fiducia de tipo romano.
 7. La pretendida excedencia del medio sobre el fin en la fiducia de tipo romano.
 8. Los preconceptos corrientes sobre la fiducia a la luz de la evolución histórica.

La teoría del negocio fiduciario cuenta con una abundante bibliografía. Uno de los libros fundamentales en la materia es el de MESSINA *Negosi fiduciari (Introduzione e parte prima)*, Milán, 1910. La obra, en su primera edición, quedó pronto totalmente agotada, siendo de muy difícil acceso aun en la misma Italia, hasta el punto de que el propio CARIOTA-FERRARA se ve obligado a decir que no le fué posible encontrarla de ningún modo². Recientemente ha sido reeditada por Giuffrè, con ocasión de la muerte del ilustre maestro de la Universidad de Palermo, como homenaje póstumo de su escuela. El hecho brinda una oportunidad para hacer unas breves reflexiones en torno al pensamiento de MESSINA sobre el tema, siempre apasionante por su dificultad doctrinal.

Con relación a nuestra vida jurídica, puede decirse que los negocios fiduciarios gozan de gran actualidad, tanto práctica como dogmática, desde que el Tribunal Supremo, sobre la base de unos negocios bastante frecuentes en

(1) *Negosi fiduciari*, vol. I de sus *Scritti Giuridici*, reeditados por Giuffrè. Milán, 1948.

(2) *I negosi fiduciari*. Padua, 1933, pág. 12, nota 1.

la situación económica actual, dictó varias sentencias³, que a su vez originaron un amplio comentario de la doctrina⁴.

Aquí nos limitaremos a hacer referencia a algunos puntos fundamentales que juzgamos interesantísimos para todo el que intente conocer a fondo la problemática de las relaciones fiduciarias.

i

EL «SCOPUS FIDUCIAE».

I. Bajo el epígrafe «Figuras concretas de fiducia», MESSINA⁵ estudia el supuesto de hecho de muy diversos negocios fiduciarios. Su investigación va dirigida principalmente a determinar las finalidades para las que según la enseñanza común se recurre al negocio fiduciario. Con este motivo hace unas observaciones acerca del *scopus fiduciae* que merecen la pena poner de relieve, porque demuestran la superficialidad con que ordinariamente es tratado problema tan capital como el del fin u objetivo perseguido con la fiducia.

A juicio de MESSINA, aquí no dominan ideas demasiado claras. Para algunos, el propósito⁶ de los negocios fiduciarios es económica y socialmente el típico de figuras reguladas por el Derecho positivo. Así dicese a menudo, por ejemplo, que con la cesión plena para garantía de una deuda se consigue el fin de la prenda de créditos, o que con la cesión para cobranza se persigue la misma finalidad de un mandato con representación indirecta⁷. Y otros, al describir el fin de los negocios fiduciarios, comienzan por afirmar que es limitado, en el sentido de que por sí mismo no exigiría la transmisión de la propiedad o

(3) Vid. sentencias de 22 noviembre 1935, 7 entro 1944, 10 marzo 1944 (sin aludir expresamente al negocio fiduciario) y las de 25 mayo 1944 y 28 enero 1946, que representan ya un paso decisivo del T. S. hacia el reconocimiento jurídico del negocio fiduciario. Vid., además, la sentencia de 23 mayo 1935, que recoge la misma doctrina sentada por la resolución de 14 junio 1922 sobre la adjudicación para pago de deudas.

La sentencia de 30 octubre 1944 se refiere a un caso de fiducia *mortis causa*.

(4) Vid. HERNÁNDEZ GIL: comentario a la sentencia del T. S. de 10 marzo 1944, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, junio 1945, págs. 690 y ss.; comentario a la sentencia de 25 mayo 1944, ibidem, págs. 697 y ss.; BONET: comentario a la sentencia de 25 mayo 1944, en *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 856 y ss.; comentario a la sentencia de 28 enero 1946, en *Revista de Derecho Privado*, 1946, págs. 191 y ss. Vid., además, CASTÁN: *Derecho Civil*, apéndice a la 3.ª ed. (Registros), vol. I. Madrid, 1945, págs. 155 y ss.

(5) *Op. cit.*, págs. 7 y ss.

(6) Empleamos la palabra *propósito* en un sentido equivalente a *intento*, de los autores italianos, y *Absicht*, de los alemanes. La palabra tiene—como observa MESSINA (*Dottrina generale del contratto*, 2.ª ed., Milán, 1946, pág. 71)—varias significaciones que conviene precisar. Anté todo, el *intento* no se confunde con la causa (en sentido objetivo) porque lleva en sí la nota de subjetividad. La afinidad del *intento* con el motivo individual es evidente. Pero el *intento* no es uno de tantos de los motivos posibles: es el motivo más importante, el único motivo que anima a cada contratante. Es la causa eficiente (causa en sentido subjetivo). Se habla también de *intento* de las partes, equivalente a voluntad de las partes o voluntad contractual, no como consentimiento, sino como finalidad subjetiva que las partes se prometen recíprocamente. Así se torna al mismo orden de ideas de la causa eficiente, con la variante de qué no se refiere a cada contratante, sino que es común a ambos. En este sentido empleamos la expresión "propósito de las partes". En otro sentido, muy amplio, el *intento* equivale a voluntad, contrapuesta a declaración.

(7) KOHLER, en sus conocidos estudios sobre la reserva mental y la simulación (*Thering's Jahrbücher*, XVI, 1878, págs. 152 y 348).

titularidad, aunque, como medio, siempre se adopte en el procedimiento fiduciario, de donde deriva la falta de homogeneidad o proporción entre uno y otro, que se señala corrientemente como característica de estos negocios, acabando por identificar el fin de la *fiducia cum amico* con el mandato o depósito, y el de la *fiducia cum creditore* con la prenda ⁸. En algunos la vacilación es manifiesta, pues van desde este concepto a aquel según el cual los negocios fiduciarios realizan un propósito algo diverso del que es propio de los negocios típicos, moviéndose en un terreno incierto. En CARIOTA-FERRARA esta vacilación aparece desde el momento que para la *f. cum amico* señala el fin del mandato, mientras que para la *f. cum creditore* habla genéricamente de un «fin de garantía», sin duda por no estar muy convencido de que sea el característico de la prenda ⁹. FERRARA unas veces dice que el negocio fiduciario sirve para hacer posible la realización de fines que el orden jurídico deja insatisfechos; otras declara que en las enajenaciones fiduciarias a fin de seguridad o para hacer llegar la cosa a otros se persigue la finalidad restringida de la garantía o del mandato. Y advierte que en los negocios reales indirectos (a los cuales pertenecen según él los fiduciarios) se mira a producir un efecto *equivalente* o análogo a aquel que es propio de otros tipos de contratos ¹⁰. En fin, GOLTZ insiste con vigor en la especialidad de los fines perseguidos con los negocios fiduciarios y afirma que éstos tienen siempre un propósito característico ¹¹.

2. De acuerdo con MESSINA, para quien, más que de las fórmulas teóricas que expresan genéricamente el fin de la fiducia, es mejor ocuparse de la configuración práctica de los propósitos de cada uno de los negocios fiduciarios más importantes, vamos a seguir en sus líneas generales la enumeración que de los mismos hace, tal como acostumbra a presentarlos la doctrina común, procurando al mismo tiempo poner de relieve la fisonomía del *scopus fiduciae*, ya que el autor deja conscientemente de pronunciarse a este respecto por relegar la solución definitiva del problema a la parte de su obra no publicada.

a) Un supuesto claramente fiduciario es la transmisión de la propiedad para fines de administración. A quiere conceder a B un cierto poder de administración respecto a algunos de sus bienes. Pero no le parece suficiente a tal fin un mandato, por lo que transmite a B la propiedad de los bienes. Después de conseguirse a través de B la finalidad propuesta por A con relación a dichos bienes, o bien después de removida la causa que impedía a A conseguirla directamente (por ejemplo: un viaje que le hacía imposible la actuación directa sobre la cosa), B debe restituir la propiedad de los bienes, dar la debida cuenta y responder de su gestión.

Otras veces aparece el mismo fin de gestión mezclado con ulteriores propósitos. Por ejemplo, varios propietarios para reorganizar su patrimonio lo

(8) En nuestra doctrina esta identificación aparece clara, por ejemplo, en ROCA SASTRE: *Instituciones de Derecho hipotecario*, 2.^a ed., Barcelona, 1946, t. II, págs. 106 y ss.

(9) *Op. cit.*, págs. 104 y ss.

(10) FERRARA: *Della simulação nei negozi giuridici*, 2.^a ed., Milán, 1905, págs. 46, 72 y 171.

(11) GOLTZ: *Das fiduciärische Rechtsgeschäft*, Marburg-Elevort, 1901, pág. 15.

enajenan fiduciariamente, debiendo el adquirente (fiduciario) restituirlo después de reembolsarse de los gastos realizados al darle el destino deseado.

Análogo supuesto de hecho aduce GRASSETTI. A, pródigo no declarado judicialmente, tiene un patrimonio cargado de deudas y, sin embargo, aún suficiente para satisfacer a sus acreedores, siempre que se someta a una buena administración, de la cual él es incapaz. Su hermano B está dispuesto a arreglar la situación financiera de A; pero siendo insuficiente a tal fin un mandato, porque B ha de tener amplia libertad y, sobre todo, porque conservando A la titularidad de los bienes encontraría aún crédito entre sus acreedores y contraería nuevas deudas acaso más desastrosas; A consiente en transferir sus propios bienes a B para que éste le restituya el sobrante después de haber ordenado su situación patrimonial¹². En este caso concreto las partes no persiguen un fin de mandato, sino un fin diverso, precisamente un *scopus* que no corresponde a ninguno de los tipos previstos específicamente por el legislador y es tal que presupone para su realización un traspaso de la propiedad. Decir que en este caso se persigue el fin típico del mandato equivale a asignar al supuesto de hecho una calificación que no es la suya y a desnaturalizar el negocio con el resultado de ligarle unas consecuencias exactamente opuestas a las que pretendían las partes¹³.

Un caso de *fiducia cum amico contracta*, bajo ciertos aspectos muy parecido al que consigna BOECIO en sus comentarios a los Tópicos de Cicerón¹⁴, nos ofrece también GRASSETTI. Lo vamos a referir aquí por haberse dado alguna vez en nuestra práctica jurídica respecto a bienes de súbditos alemanes radicados en España:

A, temiendo ver incautadas sus fincas situadas en país extranjero, transmite la propiedad de las mismas a un amigo, ciudadano del país donde radican los inmuebles, con el acuerdo de que, una vez cesado el peligro de una confiscación por causa de guerra, el adquirente (fiduciario) le restituirá la propiedad de dichos bienes¹⁵. Es indudable que no existe otro medio idóneo para alcanzar la finalidad propuesta que el de la transmisión de los bienes en peligro. El depósito, que sólo opera el traslado de la posesión de la cosa depositada, no podría originar el cambio efectivo de la titularidad, absolutamente necesario para escapar al temido despojo.

(12) GRASSETTI: *Del negocio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1936, I, págs. 349 y ss. En su estudio *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dell'intento empirico*, Milán, 1936, pág. 14, GRASSETTI presenta así el caso: "Ticio quiere actuar un traspaso de la propiedad de algunos de sus bienes a su amigo Cayo o a la sociedad fiduciaria X, y quiere la transmisión como correctivo al principio que se encuentra en los artículos 1.948 y 1.949 del C. C. I. del 65, a fin de protegerse contra su prodigalidad o contra la de su hijo, a quien no quiere inhabilitar. El negocio no es fraudulento, puesto que no existen en ese momento acreedores de Ticio. Cayo o la sociedad X administrarán los bienes, de que han llegado a ser titulares, en el interés y siguiendo las indicaciones de Ticio."

(13) GRASSETTI, op. últ. cit., pág. 15.

(14) Lib. IV, § 10, 41 (BRUNS: *Fontes*, II, pág. 74): "Fiduciam accepit, cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet: velut si quis tempus dubium timens amico potentiori fundum mancipet, ut ei, cum tempus quod suspectum est praeterierit reddat".

(15) GRASSETTI: *Del negocio fiduciario...*, cit., pág. 349.

Por último, observa MESSINA que son bastante conocidos los fines y los motivos de las donaciones fiduciarias hechas a personas que deben servir de ejecutores respecto a los beneficiarios, cuando se trata de disposiciones en favor de un ente religioso con el acuerdo secreto de destinar los bienes en provecho de la religión o para el mantenimiento de una comunidad eclesiástica no reconocida, o a un intermediario para consignarlos después a una persona legalmente incapaz, ocultamente favorecida.

En estos casos hay que reconocer que el intermediario es un contrayente efectivo, al que se transmite verdaderamente la propiedad con la obligación de darle el destino establecido, porque de otro modo (con un mandato) no se podría conseguir la finalidad propuesta, habiendo que descartar la hipótesis de una simulación subjetiva o de una interposición ficticia de persona, quedando como única cuestión a ventilar, aparte de la discutidísima realidad del negocio de donación¹⁶, la de si existe o no un fraude a la ley por tratarse de una *causa fiduciae* ilícita disimulada.

La enumeración de casos prácticos de *fiducia cum amico*, al margen de los que cita MESSINA en su libro, sería inacabable. La realidad jurídica nos los ofrece de una manera continua en formas variadísimas. Uno de los supuestos más frecuentes en el tráfico es la transmisión fiduciaria de la propiedad hecha a un amigo con el objeto de colocar los propios bienes fuera del alcance de una ejecución forzosa por parte de los acreedores¹⁷. Claro es que este negocio sería impugnable por concluirse en fraude de los acreedores.

Pero en otras muchas ocasiones se está frente a negocios perfectamente lícitos y aun hay casos en los que se persigue un fin moralmente bueno. Por ejemplo: si A consigue de su disoluto hijo B que le transmita todos sus bienes con el fin de coadyuvar con ello al alejamiento de su codiciosa concubina, comprometiéndose a retransmitirlos una vez logrado dicho propósito¹⁸. También aquí la transmisión de la propiedad se presenta como el único expediente apto para alcanzar la finalidad propuesta¹⁹, lo cual hace destacar su índole especial.

b) El ejemplo más común de *fiducia cum creditore*, que según MESSINA se

(16) Vid. CARIOTA-FERRARA, op. cit., págs. 133 y 167-168.

(17) V. TUHR: *Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, vol. II, München-Leipzig, 1918, § 77, pág. 187.

(18) El esquema de este negocio responde, en sus líneas generales, a un caso de la realidad sobre el cual tuvimos ocasión de emitir dictamen. El asunto aparecía bastante complicado, porque se acudió para la transmisión a una venta (que sin duda alguna fué simulada, aunque el traspaso fuera tal vez querido por otra causa), practicada sin entrega real del precio, cuando A, viuda de su primer marido, había ya contraído segundas nupcias en régimen de sociedad de gananciales. Los bienes objeto de la transmisión eran, precisamente, los que B había recibido en concepto de legítima por muerte de su padre. El conflicto se planteó cuando A, fallecido su segundo marido, pretendió retransmitir los bienes de su hijo, en contra de las expectativas de los herederos del cónyuge premuerto, a la porción de los mismos bienes, a que tenían derecho sobre la base de una adquisición ganancial por compra, que en realidad no tenía tal carácter.

(19) No se excluye la hipótesis de una simulación absoluta, aunque el hecho de comprobarse la existencia de una obligación de restituir la atribución patrimonial recibida pueda dificultar su prueba. Los efectos de la retransmisión se conseguirían con la declaración de nulidad o inexistencia del negocio, al paso que, frente a terceros, la apariencia de titularidad supliría la transmisión efectiva de la propiedad.

acostumbra a presentar como correspondiente a una práctica difundidísima, es el de la transmisión fiduciaria de la propiedad de cosas muebles a fin de garantía. Es el caso del comerciante que tiene necesidad de crédito y que no puede constituir oportunamente una prenda sobre las mercancías de su empresa porque no se puede desprender de las mismas, debiendo desenvolverse con ellas su tráfico. Entonces se ve obligado a transmitir fiduciariamente su propiedad al acreedor que le suministra el dinero, y mediante un *constitutum possessorium* continúa poseyendo en todo o en parte el conjunto de la hacienda, reteniéndolo en su poder a título de comodato o de arrendamiento. El acreedor, una vez obtenido el pago de las sumas prestadas, deberá restituir la propiedad de la *res* fiduciaria. Con el negocio fiduciario *cum creditore* se persigue, sin duda alguna, la garantía de un crédito. Pero el propósito que las partes se proponen no es el de la prenda o hipoteca, sino que exige la transmisión de la propiedad. Si se piensa en esos casos, como el anteriormente aludido, en los que los objetos con los cuales se pretende garantizar una deuda consisten en cosas muebles, poco apropiadas por su misma naturaleza para ser puestas en posesión del acreedor (mercancías, máquinas, instrumentos de labranza, etcétera), se alcanzará fácilmente que en aquellos ordenamientos jurídicos en los que no esté regulada la llamada hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento²⁰, o tratándose de supuestos no encuadrables en la ley o de casos en los que por alguna razón no se pueda acudir a ella, el único procedimiento posible para constituir sobre dichos bienes una garantía real sin privación de su goce es la transmisión fiduciaria de la propiedad, porque la prenda exige la entrega de la cosa y la hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles.

Mas, aparte de estos casos en los que el mismo *scopus* fuerza a la transmisión de los objetos, pueden darse otros supuestos en los que dicha transmisión sea espontáneamente elegida por las partes para conseguir por su medio la garantía de un crédito²¹. Deudor y acreedor pueden ponerse de acuerdo al efecto de conferir uno y adquirir otro una forma de garantía más intensa que la prenda y la hipoteca, al amparo de la libertad de contratación.

3. a) Según MESSINA, la cesión fiduciaria de un crédito se presta a muy diversas adaptaciones. Y, en efecto, se cuenta entre éstas la *cessio* para un fin de gestión.

Razones de especial consideración pueden aconsejar al acreedor abstenerse en lugar de actuar para la exacción del crédito. Entonces la cesión de éste a un tercero, que lo exigirá por cuenta del cedente, se presenta como el mejor medio para superar los motivos que impulsan a inhibirse.

Por otra parte, el fin de garantía puede encontrarse en la hipótesis de un mandato para la cobranza de un crédito, cuando se quiera asegurar al mandatario (cesionario) la percepción de una cuota parte de aquél en concepto de retribución, si ésta fué convenida.

(20) En nuestro Derecho, la Ley de 5 diciembre 1945 reguló la prenda sin desplazamiento (arts. 1.863 bis-1.873 bis del Código civil). No habiéndose dictado la disposición especial que preveía el artículo adicional de dicha Ley, sus disposiciones carecen de efectiva aplicación práctica.

(21) Conviene advertir que precisamente la transmisión cumple un fin de garantía por quedar limitada obligacionalmente. Si no fuera por la obligación de retransmitir una vez alcanzado el fin, la transmisión no sería de seguridad o garantía.

Es frecuente la *cessio in solutum* o *pro soluto*, aceptada por el cesionario con la intención de que el crédito de éste hacia el cedente se pagará no con el valor nominal del crédito cedido, sino con aquel que efectivamente se percibirá con la exacción. En este caso, de un lado, el cedente (fiduciante) es tutelado frente al cesionario (fiduciario) para el caso de que éste intentase el cobro de la deuda aun antes de la exacción del crédito cedido, y de otro, el cesionario tiene inmediatamente a su disposición un medio de satisfacerse con la titularidad plena del crédito transferido y al mismo tiempo está cautelado contra el peligro de que el crédito cedido no sea un *nomen bonum*.

La cesión de un crédito podría también ser efectuada con la intención de despojar al deudor cedido de las excepciones que le competen personalmente contra el cedente. En esta hipótesis la finalidad práctica perseguida por las partes tampoco coincide con el mandato y exige por sí misma la transmisión de la plena titularidad del crédito. La cesión realizada con esa finalidad sería no obstante válida y únicamente podría invocar el deudor cedido la *exceptio doli*, que hace comunicables al cesionario las excepciones personales del cedente cuando aquél tiene conocimiento de ellas en el momento de la adquisición²². La cesión sería fiduciaria cuando la investidura del derecho de crédito fuese otorgada al cesionario teniendo en cuenta la *fides*; cuando se le convirtiera en cesionario real con la obligación de restituir cuanto reciba.

En otra dirección se admite el recurso a la cesión fiduciaria cuando no pudiendo el cedente cuidar por sí mismo de la exacción del crédito, quiera huir de eventuales vicios del acto de mandato.

Entre las aplicaciones fiduciarias de la cesión está, por último, la realizada a fin de seguridad. Se recurre a ella para conceder al acreedor una garantía más intensa que la procurada por la prenda de créditos, puesto que con la transmisión del crédito, de un lado, se asegura al cesionario (fiduciario) una posición más libre e independiente frente al deudor cedido y, de otro, se le pone a salvaguardía de ulteriores disposiciones que, sin embargo, el deudor pignoraticio podría hacer del crédito.

b) Una particular mención merece la cesión de acciones de una Sociedad, la cual puede ser también fiduciaria. GRASSETTI propone el siguiente caso práctico: A, accionista de una Sociedad Anónima, por razones de conveniencia social o meramente personales, no quiere dar por sí mismo un voto de desconfianza a los administradores, encargando de esto a su abogado B. Un mandato sería insuficiente para el logro del fin, porque B precisa la titularidad de un cierto número de acciones, que deben ser previamente depositadas a su nombre para que pueda participar en la Junta de accionistas. A cede las acciones a B, conviniendo que éste se las devolverá después de la votación²³.

(22) El fiduciario, dice CARIOTA-FERRARA (op. cit., págs. 171 y sig.), en cuanto cesionario, adquiere la titularidad plena y absoluta del crédito, resultando acreedor frente a todos, comprendido el mismo cedente (fiduciante). El deudor del crédito cedido puede intentar contra él únicamente aquellas excepciones que le competen contra cualquier cesionario, no teniendo facultad de penetrar en la relación obligatoria interna entre fiduciante y fiduciario.

(23) Op. cit., pág. 350. No podemos entrar aquí en el fondo de la cuestión: si basta a tal fin la mera titularidad formal, o si, por el contrario, es precisa la plena titularidad de la acción, lo cual se relaciona con el problema, que consiste en saber si

Observa MESSINA que los motivos que explican el recurso a este expediente pueden encontrarse o en la imposibilidad material en que esté el cedente para hacer valer los derechos reconocidos al poseedor de las acciones o en la posición en que se encuentre su titular; por ejemplo: si median razones de especial consideración frente a los administradores de una Sociedad. Un voto de desconfianza que no se daría personalmente, se da por el trámite del accionista fiduciario y a menudo con notable beneficio para la gestión social²⁴.

c) En materia cambiaria, a juicio de MESSINA, se encuentra también un amplio campo para la fiducia. La figura más frecuente es la del giro o endoso pleno para fin de cobranza. A tal efecto se conoce una forma especial que es el uso de la cláusula «por poder», añadida al giro normal de la letra. Pero en el tráfico tal cláusula no se emplea frecuentemente porque implica cierta desconfianza hacia el giratario, especialmente cuando se trata de un Banco. De ahí el uso del endoso pleno con la intención de que el giratario deba proceder únicamente al cobro, restituyendo lo recaudado al girante.

Piénsese, por otro lado, en el cuarto caso práctico propuesto por GRASSETTI: A gira en pleno confiando en la lealtad de B con el fin de que no puedan ser opuestas al segundo las excepciones personales del primero²⁵. La finalidad perseguida por las partes no puede conseguirse con el mandato, ni con el giro traslativo de la sola propiedad formal²⁶, porque la propiedad jurídico material seguiría perteneciendo al girante o endosante, mientras que el giro fiduciario, transmitiendo *erga omnes* la propiedad del título y del crédito, produciría siempre el pretendido efecto.

Junto a estas aplicaciones está el giro o endoso pleno para seguridad de un crédito, es decir, realizado sin emplear ninguna cláusula que denote la constitución de una prenda sobre la letra de cambio (cláusula «en garantía»). De este modo se dan al acreedor (giratario) mayores derechos que a un acreedor pignoraticio y se consigue una negociabilidad más fácil del título por razón de su independencia de la relación jurídica fundamental.

En el caso de un endoso pleno a fin de garantía, siendo finalidad de las partes la creación de un derecho de garantía más fuerte que la prenda, parece que no caben dudas sobre la especialidad del *scopus* o intento, que exige la transmisión plena del título y del crédito.

pueden votar en las anónimas sólo los socios en sentido material, o también los que lo son en un sentido formal, en virtud del juego de la simple legitimación externa. Vid. GARRIGUES: *Tratado de Derecho mercantil*, I, vol. II, "Empresa, comerciante, Sociedades", Madrid, 1947, págs. 965 y 966; ALBI AJKRO: *La potestad de mando en las Sociedades anónimas*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", III, Madrid, 1946, páginas 651 y sigs.; FERRARA: *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. esp., Madrid, 1926, pág. 89; VIVANTE: *Gli azionisti fiduciari (prestanomi) nelle assemblee delle società per azioni*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1903, I, págs. 167 y sigs.

(24) Op. cit., pág. 12.

(25) Op. cit., págs. 350 y sigs.

(26) Sobre esto último, vid. CARIOTA-FERRARA, op. cit., págs. 186 y sigs.; VIVANTE: *Tratado de Derecho mercantil*, ed. esp., III, Madrid, 1936, págs. 297 y 304 y siguientes. Nuestra doctrina se inclina también a configurar el endoso pleno a fines de garantía o de cobranza, distinguiendo el lado externo (legitimación) y el lado interno. Vid. GARRIGUES: *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1936, págs. 625 y sigs. y 628; VICENTE Y GELLA: *Los títulos de crédito en la doctrina y en el derecho positivo*, Zaragoza, 1933, páginas 260 y sigs. y 277, especialmente pág. 276.

LOS PRINCIPIOS DE LA EXTRALEGALIDAD DEL «SCOPUS» Y DE LA EXCEDENCIA DEL MEDIO SOBRE EL FIN.

4. A juicio de MESSINA ha faltado una exacta visión de las dificultades técnicas que presenta el tema de la fiducia. De una u otra forma, el análisis que de la misma han hecho los diferentes autores gira en torno a cuestiones perjudiciales sin cuya solución no puede darse base segura a los negocios fiduciarios. Se corre el riesgo de admitir sin discusión unos tópicos, que desde REGELSBÄCKER se vienen repitiendo, elaborando toda la dogmática fiduciaria a partir de uno o varios preconceptos.

Por ello MESSINA examina detenidamente lo que él llama «tesis principales de la teoría fiduciaria», para ver a la luz de la crítica cuál es su fundamento. Nos será útil seguir el camino recorrido por el autor y sus agudas observaciones nos darán pie para extendernos en algún punto donde la discrepancia con su pensamiento nos obligue a justificar la posición adoptada.

Son dos proposiciones fundamentales, que se encuentran en las diversas doctrinas o construcciones fiduciarias, las que al modo de ver de MESSINA deben constituir el punto de partida para revisar la materia. Una consiste en la afirmación de que los negocios fiduciarios persiguen un *scopus* fuera o al margen de la ley; la otra se enuncia al aseverar que el fin económico de la fiducia no es congruente con el medio jurídico empleado para alcanzarlo, o dicho de otro modo, no es tal que exija por sí mismo la atribución patrimonial que en aquélla siempre se efectúa ²⁷.

5. Según MESSINA podría parecer a primera vista que estas dos ideas cardinales de toda la teoría de los negocios fiduciarios sean propias exclusivamente de la construcción romanista; pero no es así.

a) Por lo que afecta a la primera proposición, observa que se debe tener en cuenta que todas las construcciones estudian igualmente los mismos elementos de hecho, los mismos fenómenos de la vida económica, y todas afirman que para éstos faltan figuras típicas de derecho positivo que los acojan en sí perfectamente ²⁸.

Es cierto que las diversas teorías del negocio fiduciario operan sobre los mismos supuestos de hecho; pero no lo es menos que alguna (la teoría germánica) los configura de forma muy diferente. Más que de dos tipos de fiducia (f. romana y f. germánica) debe hablarse de dos formas distintas de con-

(27) Op. cit., págs. 32-33. "No raramente—escribía REGELSBÄCKER—es querida por las partes en la manifestación de la voluntad de un negocio la creación tan sólo del resultado jurídico, aunque con el presupuesto de que aquel a quien ha sido otorgada una cierta facultad jurídica emplee únicamente su posición para un determinado fin, no para todos los fines posibles... Podré proponer para este fenómeno la denominación de *negocio fiduciario*, siguiendo el ejemplo de las fuentes. Su característica es la desproporción entre fin y medio. Para conseguir un fin determinado se escogió una fórmula jurídica que da más de lo que es necesario para alcanzarlo" (*Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, en "Archiv für die civilistische Praxis", LXIII, 1880, págs. 172-173. Cfs., *Pandekten*, Leipzig, 1893, pág. 518).

(28) Op. cit., pág. 33.

cebir el negocio fiduciario, correspondientes a dos mentalidades jurídicas enteramente opuestas.

Algún autor ha calificado de *extralegal* a la fiducia²⁹. Y esta característica es precisamente la que le falta a la fiducia germánica, en la que existe una plena tutela legal de los derechos del fiduciante. El *Salmann* (fiduciario) adquiere una titularidad condicionada resolutoriamente con eficacia real *erga omnes*, de tal modo que es ineficaz todo uso contrario al fin perseguido, el cual provoca *ipso iure* un retorno de la cosa al fiduciante o sus herederos, incluso en perjuicio de tercer adquirente³⁰. Así, pues, la posición del fiduciario (*Treuhänder*) queda *ex lege* estrictamente ligada y dirigida al fin. Y con GRASSETTI podemos decir que cuando no existe la posibilidad de un abuso de aquella posición y se llega a la correspondencia exacta de los poderes del fiduciario con el fin del negocio por medio de la coacción jurídica y no por el espontáneo comportamiento *bonae fides* del fiduciario, se está frente a un caso de «fiducia legal» que no tiene título hábil para la calificación fiduciaria, al menos desde el punto de vista de la concepción latina³¹. La regulación legal de la fiducia, desde ese ángulo visual, sería una *contradictio in adjecto*.

No basta que la fiducia no se corresponda con ninguno de los negocios típicos que tienen un *nomen iuris*; hace falta, además, que viva al margen de la ley. Si aquella tiene una regulación legal explícita, llega en cierto sentido a ser típica y, por tanto, deja de ser extralegal.

b) Con relación a la segunda tesis o principio enunciado, MESSINA afirma que es cierto que la teoría romanista de la fiducia acentúa mayormente la proposición según la cual existe en aquella una desproporcionabilidad entre medio y fin, pero que por el simple hecho de que las otras construcciones lleguen al resultado de hacer coincidir los efectos jurídicos con los empíricos con mayor homogeneidad que la primera, no se puede decir que también para ellas no exista alguna desproporción entre el medio jurídico y los intentos económicos. Esto—agrega—puede parecer paradójico, pero la verdad es que la teoría germánica confiere absolutamente al fiduciario la plena titularidad del derecho transmitido, y, desde este punto de vista, se ve constreñida a consentir siempre una atribución patrimonial que no sería requerida por los intentos prácticos y a reconducirla después dentro de límites más restringidos. La condición resolutoria con que opera la teoría germánica no es sino un expediente constructivo³².

A nuestro juicio, las observaciones de GRASSETTI, antes referidas, valen también para negar la exactitud de la segunda tesis en la fiducia germánica. El *Treuhänder* germánico tiene un poder «reducido en la medida necesaria al fin»³³.

Sin embargo, CARIOTA-FERRARA opone que este concepto no es exacto, al menos en su formulación. En contra de la opinión de SCHULTZE, afirma que

(29) JACQUELIN: *De la fiducia*, París, 1891, pág. 447.

(30) Cfs. CARIOTA-FERRARA, op. cit., pág. 10.

(31) *Del negocio fiduciario*, cit., pág. 355; *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, en "Rivista del Diritto commerciale", 1936, I, págs. 552 y 553 *in fine*.

(32) Op. cit., pág. 33.

(33) SCHULTZE: *Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht*, en "Iherings Jahrbücher", XLIII, 1901, pág. 10.

también en la fiducia germánica existe una excedencia del medio sobre el fin; tanto es así, que se convierte en propietario a quien debería ser, por ejemplo, un simple mandatario. La única diferencia, por cierto prácticamente muy relevante, consistiría en que en la fiducia germánica el fin no se limita a reflejarse en un vínculo obligatorio, sino que penetra en la posición jurídico-real, condicionándola y haciendo de tal modo imposible un abuso de la misma, la cual bajo este aspecto no es verdaderamente fiduciaria ³⁴.

Ambas afirmaciones son contradictorias: si el fin penetra, condiciona y reduce en la medida necesaria la posición jurídico-real otorgada con el negocio, no se puede decir que aquél sea, por ejemplo, el de un mandato y no exija la transmisión plena del derecho, porque la condición resolutoria, que es el expediente elegido al efecto, no la anula, sino que la subordina por vía real a ciertos eventos que determinan la devolución de la *res* fiduciaria.

6. Las dudas acerca de la validez de los principios de la extralegalidad y de la excedencia no surgen únicamente respecto a la fiducia germánica, sino también con relación a supuestos fiduciarios configurados según el tipo romano o latino.

Así, por ejemplo, a propósito del primero, MESSINA afirma que puede admitirse sin dificultad la extralegalidad del propósito perseguido en las enajenaciones de muebles con fin de seguridad o en el giro pleno de una letra de cambio para garantía de un crédito. En estos casos el fin de la prenda aparece intensificado con una potencia que ningún instituto concreto del derecho positivo ofrece. Pero se pregunta si la primera proposición puede en verdad estimarse fundada respecto al giro o endoso pleno o a la cesión para cobranza. En estos casos, en los que se persigue el simple fin de recaudar un crédito, ¿cómo se puede negar que el propósito empírico de las partes sea el mismo del mandato? Únicamente se podría hablar de extralegalidad del fin en el sentido de que las partes quieren adaptar figuras típicas de derecho a finalidades que son ajenas a la ley. Pero entonces el fin «fuera de la ley» no sería ya referible a una laguna de la ley, como se enseña en general para todos los negocios fiduciarios, cuando se encuentra su génesis en faltas o defectos del derecho positivo. De este modo, el *scopus praeter legem* no sería un *prius* frente al negocio fiduciario, sino un *posterius*; la laguna de la ley no haría surgir el negocio, sino que con éste se quiere ir simplemente en contra de la norma. Concluye MESSINA afirmando que la primera proposición no es, por tanto, de una verdad manifiesta, siendo inseguro que se pueda referir unívocamente a todos los negocios fiduciarios ³⁵.

Como apuntábamos más arriba ³⁶, el fin de cobranza perseguido en estos negocios aparece mezclado con otros propósitos, que le desvían notoriamente del simple fin de mandato. Este resultaría insuficiente para conseguir la finalidad propuesta. Basta pensar en algunas de las hipótesis anteriormente reseñadas. Identificar en esos casos el *scopus* del negocio con el mandato equivaldría a negar relevancia jurídica al querer de las partes y a afirmar una tipicidad rígida de los intentos contractuales, que está muy lejos de ser propia

(34) Op. cit., pág. 12, nota 3.

(35) Op. cit., pág. 34.

(36) I, § 2, a) y § 3.

de los ordenamientos modernos, en los que se reconoce ampliamente la autonomía de la voluntad. Los motivos psicológicos que impulsan a las partes al endoso, transmisión o cesión, en lugar de contentarse con un simple mandato (con representación o sin ella), no son meros caprichos individuales indignos de tutela jurídica, sino que adquieren un rango superior, siempre que a ello no obsten las disposiciones concretas de un sistema de derecho. Es cierto que la construcción jurídica puede descubrir a veces, partiendo de la interpretación de todo el material del negocio, un simple mandato, pero entonces se sale del área propia del negocio fiduciario para penetrar en el campo de los negocios típicos. Con todo, debe tenerse en cuenta que el mandato *nomine proprio* (sin poder) es una solución subsidiaria, eficazmente utilizable para la conservación del negocio sólo cuando no se pueda considerar existente la transmisión fiduciaria.

GRASSETTI ha insistido en la atipicidad del *scopus fiduciae*. La *causa fiduciae* es atípica, en el sentido de que a través del elemento de hecho de cada negocio fiduciario los contratantes persiguen un propósito que no está previsto por el legislador en vía específica ³⁷. Y el principio de la especialidad o extralegalidad de los propósitos fiduciarios se va abriendo camino, cada vez con paso más seguro, en la doctrina más reciente.

RUBINO, a pesar de rechazar la tesis de una *causa fiduciae* específica, capaz de informar y determinar un negocio translativo, por seguir la opinión de aquellos que estiman que hay un *numerus clausus* de negocios reales *quoad effectum*, reconoce que únicamente en sentido amplísimo puede hablarse de un fin de mandato o de garantía, porque en realidad se presenta con una intensidad tal que no corresponde a ningún negocio nominado. La transmisión de propiedad—añade—es querida en sí misma; precisamente esto torna atípico el fin (de mandato o de garantía) perseguido ³⁸. Y BERTINI habla de negocio atípico creado por la autonomía privada, si bien configura la *causa fiduciae* como «causa de la atribución» que despliega su eficacia (conservadora del traslado) en el ámbito del negocio translativo abstracto, por partir del presupuesto de la ineptitud de la *causa fiduciae* para transmitir por sí sola el dominio ³⁹.

A nuestro modo de ver, el camino por donde se debería conducir la investigación es éste: si es cierto que en los ordenamientos jurídicos modernos existe la libertad de contratación como principio general que domina el derecho de obligaciones, es preciso agotar primero las posibilidades que esa libertad ofrece para crear un tipo específico de negocio fiduciario, teniendo en cuenta la voluntad normal de las partes. Es decir, se trata de ver si es posible concebir una *causa fiduciae* atípica, en el sentido de no estar prevista en la ley, apta por sí misma para justificar la transmisión de la propiedad. La construcción tendría dos etapas: una dirigida a poner de relieve la índole propia de la *causa fiduciae* y su virtualidad *in genere* para provocar el traspaso, y otra encaminada a determinar si en un ordenamiento jurídico dado es viable.

(37) *Del negozio fiduciario*, cit., pág. 378. Cfs., además, GRASSETTI: *Rilevanza dell'intento giuridico*, cit., págs. 14 y sigs.

(38) RUBINO: *Il negozio giuridico indiretto*, Milán, 1937, págs. 25 y 26.

(39) BERTINI: *Il negozi fiduciari di preparazione dell'adempimento*, Milán, 1940, páginas 19-20.

7. Por otro lado, el aludido principio de la incongruencia puede decirse que está en crisis.

Según MESSINA, la desproporción entre propósito económico y medio jurídico empleado para alcanzarlo no es un dato absolutamente cierto, y lejos de imponerse como derivante del elemento de hecho de los relativos negocios fiduciarios, es una afirmación de la construcción, una valoración que de aquellos negocios hace la doctrina fiduciaria. De donde deriva que no se excluye una apreciación diversa, la cual llegue eventualmente a eliminar la plena transmisión del derecho al fiduciario y como consecuencia la desproporción entre medio y fin ⁴⁰.

GRASSETTI ⁴¹, partiendo de la idea de que se trata más bien de una simple valoración o descripción de los negocios fiduciarios que de una nota conceptual que refleje la esencia misma de la categoría, ha negado la referida excedencia del medio sobre el fin, si bien en un sentido diverso que MESSINA, el cual propiamente disuelve el concepto del negocio fiduciario en ciertos eventos. Porque eliminando la adquisición plena del fiduciario, ciertamente desaparece aquella incongruencia, pero al mismo tiempo se sale del ámbito de la fiducia, porque ésta tiene por base la transmisión absoluta de una cosa o derecho, que nunca puede faltar sin menoscabo de la calificación fiduciaria. Afirmar lo contrario equivaldría a dilatar demasiado el campo de acción de la fiducia, comprendiendo dentro de la misma supuestos que sólo muy latamente pueden considerarse fiduciarios («negocios de confianza») ⁴².

Anteriormente no habían faltado tentativas dirigidas a poner de relieve la inexactitud de la afirmación corriente en la doctrina de que la falta de armonía o disonancia que se da en el negocio fiduciario consiste en que el medio opera el traspaso de la propiedad, mientras que el fin solamente exigiría un traslado de la posesión, de tal manera que en aquella especie de negocio siempre se persigue lo *menos* a través de lo *más*.

Ya ASCARELLI sostenía que los efectos reales del negocio (transmisión) son seriamente queridos por los contratantes, que sin ellos no podrían alcanzar el fin configurado, añadiendo que responden a su propósito económico, por lo que calificaba de equívoca la fórmula común que describe los efectos jurídico-reales del negocio como más amplios que el fin económico perseguido por las partes ⁴³.

Examinando GRASSETTI los cuatro supuestos de *fiducia cum amico* por él aducidos (referidos ya en la primera parte de esta nota), afirma que en ninguno de ellos puede hablarse de una excedencia de la atribución patrimonial sobre el fin económico-social, de tal manera que los efectos jurídico-reales sean, como quiere la doctrina dominante, más amplios de lo que se necesitaría para el logro del fin propuesto. Es decir, que no existe desproporción entre medio y fin en el sentido comúnmente afirmado por los autores, porque la transmisión de la propiedad es indispensable para alcanzar el fin práctico per-

(40) Op. cit., pág. 35.

(41) *Del negocio fiduciario*, cit., págs. 348 y sigs.

(42) Sobre estos negocios, vid. RUMPF: *Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäfte*, en "Archiv für die civilistische Praxis", CXIX, 1920, págs. 1 y sigs.

(43) ASCARELLI: *Il negozio indiretto e le società commerciali*, en "Studi di Diritto commerciale in onore di Cesare Vivante", I, Roma, 1931, págs. 31 y sigs.

seguido por las partes. Al fiduciario no se le confiere una posición jurídica más fuerte de lo que sería suficiente, sino que, por el contrario, la titularidad plena del mismo es necesaria para realizar el intento económico-jurídico propio del negocio fiduciario, de forma que cuando faltase la adquisición de la propiedad por parte del fiduciario no sería posible conseguir de otro modo la finalidad proyectada. Por otro lado, ésta no responde a ningún tipo de negocio especialmente previsto por el ordenamiento ⁴⁴.

Añade GRASSETTI ⁴⁵ que la contraposición entre medio jurídico empleado y fin práctico perseguido, considerada por la teoría tradicional como característica del negocio fiduciario, es en muchos aspectos inexacta, pero contiene una parte de verdad, consistente en que *en todos los negocios fiduciarios se confiere al fiduciario una atribución patrimonial (y en general una titularidad de derechos) que por su naturaleza es definitiva, mientras que sería más congruente con el propósito económico perseguido que la atribución patrimonial fuese plena, pero solamente provisional o transitoria*, de modo que, una vez alcanzado o venido a menos el fin, el fiduciante (o el beneficiario) fuera reinvestido (o investido) de la misma titularidad atribuida *pro tempore* al fiduciario. Según GRASSETTI, una investidura de este género no sería inconcebible. Lo que hace falta es que en un sistema jurídico determinado sea admisible la llamada «propiedad temporal» ⁴⁶.

Ya hemos combatido en otro lugar esta opinión de GRASSETTI, poniendo de relieve cómo la propiedad *ad tempus*—abstracción hecha de las fuertes dudas que suscita su admisibilidad en cada ordenamiento ⁴⁷—no puede ser adaptada fiduciariamente, ni siquiera para construir los supuestos de *fiducia cum creditore* («fiducia egoista», en la terminología de SCHULTZE), por ser la fiducia incompatible con el establecimiento de un plazo *predeterminado* para la restitución ⁴⁸.

Olvida además GRASSETTI que las partes no pueden querer en la titularidad del fiduciario una limitación de tiempo eficaz frente a todos, porque de lo contrario, al hacerse reconocible por los terceros el propósito perseguido, se frustraría en la mayoría de las ocasiones—sobre todo en los casos de *fiducia cum amico*—el logro de la finalidad propuesta. Esta exige una transmisión

(44) *Del negozio fiduciario*, cit., págs. 350 y sigs., 355 y 364.

(45) Op. ult. cit., págs. 353 y 354.

(46) Sobre ésta, vid. ALLARA: *La proprietà temporanea*, en "Il Circolo Giuridico", 1930, fasc. 2, págs. 17 y sigs. del estr., el cual la define como "propiedad acompañada de una limitación de tiempo adjunta, *predeterminada* e inherente al derecho". La titularidad temporal implica siempre el poder jurídico del titular *ad tempus* de servirse en el propio interés, y en la amplitud de su derecho, de la utilidad económica de este último. Por esta razón, GRASSETTI reconoce que esta figura no sirve para resolver el problema relativo a la construcción fiduciaria de los negocios *cum amico*, que, como se sabe, implican una atribución patrimonial en interés ajeno (op. ult. cit., pág. 354).

(47) GRASSETTI niega la admisibilidad de la propiedad temporal en el Derecho italiano, basándose en la vigencia del principio *ne inventantur uno eodemque tempore duo domini in solidum, unus vere et alter fide*, y en las dificultades que en contra de la seguridad del tráfico y la protección de los terceros crearía la existencia de un término extintivo con eficacia real *erga omnes* (op. cit., pág. 354).

(48) Vid. lo que dejamos escrito en nuestro estudio, *Origen y vicisitud de la fiducia romana*, publicado en "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", fasc. II del vol. XXIV, 1948, págs. 357-358.

plena y definitiva *erga omnes*, aunque *inter partes* se limite en cuanto al tiempo por vía obligacional la titularidad del fiduciario, sujetándola a una condición suspensiva. El negocio fiduciario, concebido al modo latino, se caracteriza precisamente por operar una transmisión absoluta de la titularidad, realmente querida por las partes, que para conseguir su propósito *tal como fué previsto* no pueden limitar sus efectos *erga omnes*, ni en el tiempo, ni en la suma de los poderes atribuidos al fiduciario.

La característica de la categoría no es, por tanto, la pretendida desproporción entre medio y fin, ni tampoco la incongruencia que señala GRASSETTI, sino más bien la inadecuación o falta de homogeneidad perfecta entre los efectos reales y los efectos obligatorios del negocio, que da lugar *inter partes* a un amplio juego de la *fides* en todo el espacio que media del *ius in re* (propiedad plena y definitiva *erga omnes*) al *ius obligationis* (obligación de retransmitir y de comportarse de acuerdo con el fin propuesto).

El principio fiduciario de la incongruencia se desplazaría así de la relación final medio-*scopus* a la estructura jurídica del negocio, recibiendo una nueva formulación. Con esto queda precisado un punto de discrepancia con el pensamiento de MESSINA, el cual en definitiva acoge la tesis tradicional ⁴⁹.

8. En la dogmática moderna, hemos dicho en otro lugar ⁵⁰, la tradicional y tantas veces repetida identificación del *scopus fiduciae* con el mandato, de un lado (*fiducia cum amico*), y con la prenda de otro (*fiducia cum creditore*), deriva de no haber reparado suficientemente en la distinción de las dos etapas de la fiducia.

La fiducia en el Derecho romano antiguo suplió las deficiencias de un ordenamiento rígido e incompleto, atendiendo toscamente a través de una transmisión de propiedad (*mancipatio, in iure cessio*) las mismas necesidades económico-sociales que después satisficieron la prenda, la hipoteca, el mandato, el depósito y el comodato (negocio *fiduciae causa* originario, «fiducia necesaria» en la terminología de OERTMANN). Con el nacimiento de las nuevas categorías contractuales la fiducia se alejó de su primitiva función supletoria para vivir a impulsos de un característico fenómeno de inercia jurídica: los romanos continuaron entonces utilizando el negocio *fiduciae causa* para alcanzar otras finalidades específicas que exigían el traspaso del dominio y que no podían obtenerse con los esquemas negociales típicos (negocio *fiduciae causa* residual, «fiducia voluntaria»).

La doctrina, por regla general, ha atendido preferentemente al período originario, dejándose llevar por el peso de las interpolaciones comprobadas (*fiducia cum creditore* < *pignus* >; *fiducia cum amico* < *mandatum* >). De este modo se explica también que erróneamente se haya fijado como característica del negocio fiduciario la desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin económico perseguido, diciendo que en aquél se acude a la transmisión de propiedad para alcanzar un fin de garantía o mandato que no la requiere.

(49) "Puesto que no hemos excluido—escribe—que las dos proposiciones (la de la extralegalidad y la de la excedencia) tengan *prima facie* cierta consistencia, al menos para algunos de los negocios fiduciarios, podemos también asumirlas nosotros como datos de la doctrina" (op. cit., pág. 35).

(50) Origen y vicisitud de la fiducia romana, cit., págs. 355 y sigs. Vid. también, página 354.

El proceso histórico de distinción entre la llamada fiducia necesaria y la fiducia voluntaria puede arrojar mucha luz sobre el problema fiduciario en el Derecho moderno. Y, en efecto, no es la primera sino la segunda modalidad de la fiducia la que ofrece verdadero interés para la problemática actual de la *causa fiduciae*, puesto que hoy, como en el Derecho romano avanzado, la fiducia se practica al margen y coexistiendo con los negocios típicos de garantía y gestión, lo cual destaca la especial fisonomía del *scopus fiduciae*, que es atípico, en el sentido de que no corresponde a ningún tipo de negocio contemplado por el ordenamiento jurídico: la *causa fiduciae* tiene un carácter propio y exige por sí misma la transmisión de la propiedad, tanto en la *fiducia cum amico* como en la *fiducia cum creditore contracta*⁵¹.

Esta perspectiva histórica permite construir el negocio fiduciario moderno como negocio *fiduciae causa* específico, relativamente abstracto⁵² o casual,

(51) Cfs. GRASSETTI: *Del negozio fiduciario*, cit., pág. 355, el cual, sin embargo, circunscribe preferentemente su investigación a la *fiducia cum amico*, por considerar la *fiducia cum creditore* como figura anómala. Y, en efecto, afirma que como el negocio fiduciario implica *confianza* del transmitente en el adquirente, es anómala la forma de *f. cum creditore*, mientras que es característica la de *f. cum amico* (op. cit., página 364). Los llamados "negocios fiduciarios impuros o mixtos" (*f. cum creditore*) serían, siguiendo esa directriz, figuras jurídicas extrañas.

Esta escisión de la categoría se debe a no haber prestado atención suficiente a cuál sea el apoyo esencial de los negocios fiduciarios. A nuestro juicio, el negocio fiduciario se basa fundamentalmente en la *fides*, entendida como confianza en la palabra por el mero hecho de ser dada ("Fides est securitas verbis promissis effecta", FRAENKEL: *Thesaurus linguae latinae*, vox "fides", cit. por HERMSDORF: *La fides dans le droit privé du Code de Justinien*, en "Acta Congressus Iuridici Internationalis", vol. I, Roma, 1935, página 169). Siendo la *fides* la base necesaria y suficiente de los negocios fiduciarios, puede decirse que tanto la *fiducia cum amico* como la *fiducia cum creditore* son especies de una misma categoría unitaria. Ni siquiera cabe hablar de una clase de negocios fiduciarios más puros y genuinos que otros. Lo que sucede es que en los casos de *fiducia cum amico* normalmente el fiduciante cuenta también con aquellas condiciones personales de lealtad, amistad, probidad, rectitud de conciencia, etc. (HERMSDORF, op. y loc. cit.: "Fides est ea qualitas hominum—ver rerum—qua fit ut iis confidere liceat"), que fortalecen la *fides* y dan al negocio una base más sólida y duradera. Por el contrario, en el supuesto de un negocio fiduciario de garantía, en el que por regla general suele ser tan marcada la oposición de intereses entre deudor y acreedor, la relación fiduciaria se apoya tan sólo en la confianza específica en la palabra empeñada, que puede darse incluso entre dos sujetos que no estén unidos por vínculo alguno de amistad.

La antítesis *fiducia cum amico-fiducia cum creditore*, "fiducia pura"-"fiducia impura", puede, por tanto, ser superada por medio de la *fides*, haciendo de la relación de confianza o amistad (*fiducia*) un elemento accesorio, que puede faltar sin menoscabo de la calificación fiduciaria. La teoría del negocio fiduciario debe comprender ambas especies de fiducia, sobre la base común de la *fides* y de una *causa fiduciae* atípica.

(52) El negocio abstracto no se desliga totalmente de la causa, hasta el punto de ser ésta jurídicamente irrelevante. Ella juega un papel importantísimo en materia de enriquecimiento sin causa, de tal modo que, llevada a sus últimas consecuencias, la opinión de SGRZ ("Sul trasferimento di proprietà di merci a scopo di garanzia e sui suoi effetti nel caso di fallimento, in relazione alla riserva di dominio", en "Annuario di Diritto comparato e di studi legislativi", vol. II-III, Roma, 1929, págs. 835 y siguientes)—según el cual la transmisión fiduciaria se funda únicamente en la voluntad recíproca de las partes de transmitir y adquirir el dominio o el señorío de la cosa—conduciría a la inestabilidad de las atribuciones fiduciarias, ya que el fiduciante tendría siempre a su favor una *condictio* de carácter personal, que le permitiría reclamar en cualquier momento la cosa o derecho dados en fiducia. (Cfs. NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, 1934, págs. 60 y 61.)

siempre que, desde que se admita el principio general de libertad de contratación (opuesto al régimen de tipicidad propio del Derecho romano clásico), exista en el Derecho actual un *numerus apertus* de negocios reales *quoad effectum*.

También en este punto la vicisitud posterior de la fiducia en el Derecho postclásico y justiniano constituye un apoyo de la tesis mantenida, porque si bien la fiducia desapareció con los medios formales (*mancipatio* e *in iure cessio*) a los cuales estaba históricamente ligada, no precisamente por el hecho de ser abstractos (su abstracción no fué el origen, sino el resultado de su empleo indirecto *dicis vel fiduciae causa*), y luego no pudo actuarse con la *traditio*, que era causal, al menos en la primera época, esto fué debido a que la *causa fiduciae*, apta en sí misma para provocar el traspaso, no figuró como tal entre las *iustae causae traditionis* (tipicidad, *numerus clausus* de negocios traslativos) 53.

(53) En contra, para el Derecho moderno, CARIOTA-FERRARA (op. cit., págs. 103 y siguientes), quien siguiendo a la doctrina alemana liga conceptualmente el negocio fiduciario al negocio abstracto, influido tal vez por el precedente de la fiducia romana que durante mucho tiempo vivió a la sombra de los negocios formales abstractos (*mancipatio* e *in iure cessio*) por el hecho de subsistir, en virtud de la inercia jurídica, una disciplina peculiar que la jurisprudencia romana había elaborado sobre la base de aquellos negocios, cuando la fiducia respondía a una *dura necessitas*.

Configurando la *causa fiduciae* como un simple fin de mandato o de garantía, por sí mismos inidóneos para informar y determinar un negocio traslativo causal (que, a su modo de ver, únicamente podría tener por base una de las causas, legislativamente fijadas, idóneas para transmitir el dominio), relega aquella al papel de una "causa de la atribución", capaz tan sólo de justificar la conservación del efecto traslativo operado mediante negocio abstracto. Así cree salvar la estabilidad de las atribuciones fiduciarias.

Pero, como ha observado GRASSETTI, se puede sostener perfectamente que una causa o determinado fin económico-social (concretamente el *scopus fiduciae*) es inidóneo para transferir el dominio; mas una vez admitido esto, también es forzoso admitir coherentemente que aquella misma causa no puede justificar la eficacia de una transmisión actuada mediante negocio (relativamente) abstracto. En efecto, una *causa fiduciae* que siendo título inidóneo para transmitir el dominio es, sin embargo, causa idónea para la permanencia de los efectos de la transmisión de propiedad operada por medio de negocio abstracto, es únicamente concebible en aquellos sistemas jurídicos en los cuales la transmisión se realiza exclusivamente en modo abstracto, de dondó por definición una causa, cualquiera que sea, no es nunca por sí misma idónea para conseguir el efecto traslativo real. Ahora bien, en los ordenamientos que no dan lugar a tal formalismo (como ocurre en el nuestro), no pueden existir más que causas idóneas al mismo tiempo para la transmisión del dominio y para la permanencia de este traspaso, y causas inidóneas tanto para aquello como para esto. Es que en aquellos sistemas la causa cumple otra función diferente; pero el concepto de causa, entendido como en esta materia se debe entender (como razón justificante de la atribución patrimonial), es siempre el mismo (*Del negocio fiduciario*, cit., págs. 373-374).

BIBLIOGRAFIA

Libros

ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, César: "Tributación del beneficio de la Empresa y de sus partícipes". Prólogo de D. José Larraz. Ed. Revista de Derecho Mercantil, 1949.

Obra de acentuado carácter práctico la denomina su autor, y, añadiremos, de verdadera utilidad para cuantos por exigencias profesionales han de aconsejar y dirigir a sus clientes en sus relaciones con el Fisco, por razón del complejo tributario que bajo la denominación de Contribución de Utilidades grava a las Empresas por los diversos conceptos que comprenden las tres tarifas de esta imposición.

Perfectamente sistematizada la totalidad de la materia abarcada en el título y aun, premeditadamente, rebasada en algunos puntos para no excluir el estudio de la imposición mínima sobre el capital y de ciertos conceptos de Tarifa I a los que se hace simple referencia y que sólo en un sentido lato—hoy por hoy—cabe estimar gravámenes impuestos sobre "beneficios" de verdaderos "partícipes" de las Empresas, representa un estimable esfuerzo constructivo en pro de una mejora de la técnica fiscal, asaz defectuosa, de esta contribución y especialmente de su Tarifa III, a la que, con hipérbole disculpable, dada la profesión del autor, se denomina por éste la imposición más perfecta y acabada de nuestro sistema fiscal.

A este respecto, son interesantes las consideraciones del autor acerca de la naturaleza de los variados impuestos que comprende la Contribución de Utilidades: personal, para la tributación sobre el beneficio de las sociedades; reales, sobre el producto, los restantes, incluidas la imposición mínima sobre el capital (que sólo aparentemente, en los casos generales, incide sobre el capital) de las sociedades, y la exacción sobre los beneficios de las comunidades de bienes y Empresas individuales.

Y es que la integración en un solo texto legal de impuestos de tan diferente naturaleza, recientemente agravada con la inclusión de los comerciantes e industriales individuales (prevista ya en la disposición final segunda de la Ley de 1922) y con disposiciones como la Orden ministerial de 23 de noviembre de 1948, que el autor comenta muy incisivamente, hacen en verdad muy dificultosa cualquier tarea sistematizadora.

Por eso el propio autor dice que sólo pretende construir algo que aspira ser unitario sobre los tributos que integran la Contribución de Utilidades, sin intentar la universalización de unas nociones que, por ser sólo aplicables a esta contribución especial, mal podrían extenderse a un sistema fiscal tan variado como el general de nuestra Patria.

Aunque no estarían de más algunas generalizaciones, sobre todo tratándose de imposiciones de naturaleza semejante. Podemos citar, a modo de ejemplo particularmente interesante, el precepto del artículo 7.º de la Ley reguladora de la Contribución sobre la Renta, cuyo acertado espíritu sugiere tan favorables comentarios al ilustre autor del prólogo de la obra de Albiñana.

Lamenta Larraz que la desacertada interpretación que viene dándose a la regla 1.ª (apartado b) de la disposición 5.ª de la Tarifa III, estimando como beneficios, en concepto de incrementos de valor, lo que en lugar de ser verdaderas plusvalías no son sino "plus apreciados" dimanados de la depreciación monetaria, esté forzando el sostenimiento de una malísima política de amortización de los activos nacionales con mengua del bien y de la conveniencia del país (1), cuando la teoría económica y la naturaleza misma de la imposición sobre el beneficio, repugna una exégesis que viene a transformar ésta en un desmesurado impuesto sobre el patrimonio de las Empresas.

El autor, en este punto, sostiene que la Tarifa III requiere una norma similar a la que el mencionado artículo 7.º de la Ley de 20 de diciembre de 1932 establece cuando ordena que, al señalar como renta, o ingresos imponibles, las ganancias obtenidas con la enajenación de bienes recientemente adquiridos, se tenga en cuenta el valor del dinero en las fechas de compra y de venta. Pero con un criterio al que usualmente se denomina "fiscal", considera que, actualmente, toda revalorización, aun las que en realidad son simples ajustes exigidos por las depreciaciones del patrón monetario, están, desde luego, sometidas a imposición por Tarifa III. Y en distinto lugar enumera como origen de reservas tácitas (integrantes del capital fiscal) las depreciaciones monetarias (2).

Este mismo criterio fiscal aparece en otros muchos lugares de la obra; por ejemplo, al extender el concepto de sujeto pasivo de la Contribución de Utilidades a las uniones o agrupaciones de Empresas, pese a la diferenciación de personalidades jurídicas y a las duplicidades tributarias, fundándose en la existencia de una fuerza económica separada y hasta en motivaciones extrafiscales (págs. 63 y 399); la desintegración del clásico concepto de cuota, que es uno de los pocos de validez general, sin otra utilidad aparente que servir de base a la discutible interpretación que se hace del artículo 3.º de la Ley de 31 de diciembre de 1942 (págs. 513-515); la atrevida concepción de estimar ciertas comunidades societarias (cita como tipos de éstas la sociedad legal de gananciales y la copropiedad naval) como posibles sujetos pasivos de la contribución por Tarifa III; la pre-

(1) Sobre este interesante tema debe consultarse además el artículo de GARRIGUES: *La revalorización de los activos en los balances mercantiles* ("Rev. Dcho. Merc.", núm. 23, septiembre-octubre 1949). Se declara absolutamente conforme con los puntos de vista expresados por LARRAZ, y, entre otros muchísimos aspectos, señala el recto sentido de las amortizaciones, frente al estrecho concepto fiscal usualmente adoptado.

(2) V., sobre estas "reservas latentes", el artículo citado de GARRIGUES. LARRAZ dice que la Administración española viene absteniéndose de computar como capital fiscal los plus a precios no contabilizados que laten en los activos afectados por la depreciación monetaria.

tendida posibilidad legal de exigir a las Empresas la formalización de balances ajustando al valor real la apreciación de los distintos elementos integrantes de su patrimonio (aunque sobre este extremo se exponen a lo largo de la obra criterios un tanto fluctuantes), etc.

No puede extrañar todo esto si se tiene en cuenta la finalidad perseguida y claramente expuesta por el autor al escribir su obra. Alude en ésta a su voluntario servicio al más exigente recato administrativo y también a la obligada lealtad de funcionario, manifestaciones ambas que le honran en cuanto denotan una dedicación íntegra, exenta de difíciles desdoblamientos, a su labor profesional administrativa.

Pero no se juzgue por estas anotaciones que todo, en este interesante volumen, sea un simple dibujo de los más afilados perfiles de la actividad fiscal frente al contribuyente... Al lado de aquellas apreciaciones a que nos referíamos, destacan otras que es preciso citar para que nadie pueda formarse una idea equivocada de este libro: la repulsa de lo que viene a llamar "oportunismo administrativo", como el que cabría adoptar—el autor lo explica claramente—en la estimación del capital fiscal según se trate de hacer tributar a las Empresas por beneficios o por cuota mínima (págs. 145 y ss.); la aceptación del recto criterio de considerar obligaciones para con tercero, al efecto de determinar el capital de los comerciantes e industriales individuales, los saldos de las cuentas personales del cónyuge e hijos de un empresario, aunque la administración de los bienes cedidos a la Empresa corresponda al titular de ésta, cuando los bienes pertenezcan en dominio exclusivo a la mujer e hijos del comerciante (página 160), la delimitación que hace del concepto "lucir en cuentas", rechazando la amplitud inadecuada que se le quiere otorgar recurriendo a simples documentos contables para considerar beneficios pretendidas revalorizaciones, con olvido de que éstas, para ser fiscalmente apreciables, han de reflejarse precisamente en la contabilidad de las Empresas (pág. 212); la crítica de toda actividad administrativa que a título de gestionar un impuesto venga a realizar una verdadera intervención en el libre desenvolvimiento de las Empresas (pág. 240), y la clara distinción concluiremos por no alargarnos, entre las funciones de los órganos gestores del tributo y las que cumplen las declaraciones de las entidades contribuyentes o los informes de los inspectores (págs. 651 a 654).

También son muy interesantes las diversas sugerencias que en la obra se contienen acerca del sentido de las leyes fiscales. En una ocasión dice el autor que el canon latino ("in dubio contra fiscum") frecuentemente recogido por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, debe entenderse superado, puesto que en la concepción actual las leyes fiscales ni son odiosas ni restrictivas de la propiedad (pág. 242).

No nos sería muy difícil convencer al autor de las razones que algunas veces asisten a nuestro más Alto Tribunal para sostener el citado criterio, teniendo en cuenta lo que en la página 309 dice acerca de la ley fiscal y más concretamente de la española, o bien acerca de determinadas resoluciones administrativas en las que se acude a conceptos frágiles y to-

talmente extraños a la Tarifa III (pág. 240). Esta frase, sin que sepamos por qué, nos trae a la memoria la Tarifa IV...

Por todo esto, creemos que la variación del criterio favorable al contribuyente que nuestros Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa suelen aceptar—algunas veces—en pleitos relativos a materia tributaria, ha de venir impuesta, no sólo porque las leyes fiscales alcancen aquellas elevadas características, sino, además, como consecuencia de una actuación administrativa totalmente acorde con las mismas orientaciones.

En resumen: que nuestra literatura fiscal cuenta con una nueva obra, muy bien sistematizada, sobre la Contribución de Utilidades en su parte más importante: la que grava los beneficios de las Empresas y sus partícipes de todas clases.

En ella encontrarán los abogados que hayan de asesorar a esas Empresas un verdadero arsenal de datos y noticias referentes a esta contribución y a su proceso recaudatorio, tanto más útiles cuanto que, por su natural alejamiento de la Administración fiscal activa, más difícil suele resultarles conocer a fondo. No sólo recoge la obra de Albiñana el criterio de liquidación más comúnmente seguido por los órganos gestores de esta rama tributaria, sino también una copiosa y bien estudiada jurisprudencia gubernativa y contenciosa.

Completan la indiscutible valía de esta obra un buen índice alfabético y el texto legal, puesto al día, de la Contribución de Utilidades, al que, por un sencillo sistema de referencias, se adaptan con toda claridad los comentarios contenidos en el libro.

Y para que no deje de ser también útil esta reseña a los lectores de la Revista, les llamamos la atención acerca de algo que la obra no ha podido recoger: nos referimos a la no pequeña elevación de tipos tributarios introducida por la Ley de Presupuestos de 22 de diciembre de 1949, cuya refundición en las diferentes escalas y tipos de la Ley se ha realizado por la Orden ministerial de 3 de abril de 1950.

Jaime MONTERO Y GARCIA DE VALDIVIA
Abogado del Estado.

BETTI, Emilio: "Interpretazione della legge e degli atti giuridici" (Teoría generale e dogmatica). Milano (Giufrè), 1949.

1. El profesor Betti, tras haber enjuiciado la teoría de la interpretación en precedentes estudios monográficos, presenta ahora en esta nueva producción un análisis concreto y pormenorizado de los problemas interpretativos. Por la elevación filosófica de las concepciones generales, por la riqueza temática y el planteamiento casuístico, por la crítica certera y por el espíritu de exhaustividad que llenan la obra, no es difícil predecir que llegará a ejercer un influjo sensible.

2. Dos grandes secciones sirven al autor para la delimitación y el reparto de materias. Una primera, destinada a la Teoría general de la interpretación, y otra, de contenido más concreto, que se dedica a la dog-

mática de la interpretación de las leyes y negocios jurídicos. Aunque la obra por su carácter se resista vivamente al resumen, intentaremos exponer de un modo sucinto las premisas fundamentales en que se sostiene.

3. La interpretación jurídica se caracteriza como una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que haya de atribuirse, dentro de un orden jurídico, a formas representativas que son fuentes de valoraciones jurídicas o que constituyen el objeto de tales valoraciones. Uno de los factores distintivos de la interpretación jurídica es el no poseer meramente una "función reproductiva", limitada a la exteriorización de un pensamiento implícito, sino el exigir, a causa de la generalidad y abstracción de los preceptos formulados, una reelaboración posterior para adaptarlos a la vida o para someter el hecho a una diagnosis jurídica (3-8). La interpretación es un presupuesto de la aplicación (-11) y requiere que se establezca de antemano un paralelo entre el hecho acaecido y su tipificación normativa (-13). Pero también, por exigencias de síntesis y de inteligibilidad, surgen los procedimientos abstractivos y de construcción conceptual que son parte integrante de la mecánica normativa y que, por ende, el intérprete de la ley ha de tener en cuenta (-16).

4. La norma de Derecho privado implica generalmente la solución de un conflicto de intereses, de ahí que el juez, al aplicarla, deba investigar qué intereses en juego hayan sido considerados y cuáles han determinado la composición del conflicto del modo prevenido. Por eso son de recusar aquellos criterios según los cuales, en caso de discrepancia entre la letra y el objeto de la ley, o en caso de contradicción normativa, haya que asumir orientaciones de política legislativa para decidir el equívoco (-22). El análisis de las valoraciones originarias—*ratio juris*—de la norma viene impuesto por la necesidad de precisar en qué medida los cambios sociales deban influir sobre la interpretación. Pero al mismo tiempo se exige con esto al intérprete una ponderación de los factores sociológicos y de la nueva legislación emergente, que pueden indicar transformaciones decisivas muy de tener en cuenta (*cessante ratione legis, cessat ipsa lex*) (-31). Así una interpretación evolutiva, dinámica, ha de ser propugnada (-36) necesariamente.

5. Defendida la autointegración interpretativa, surgen algunas antinomias que deben aclararse. Puede ocurrir que ante un conflicto de intereses no exista norma que lo regule, y entonces la jurisdicción contenciosa, cuya función es declarar relaciones preexistentes, aparece en contradicción con la necesidad práctica de pronunciarse sobre el caso planteado. Este contrasentido insuperable para una concepción intelectualista, que vea en la sentencia una serie de operaciones silogísticas, se desvanece con un sentido dinámico de la interpretación que vea en el Derecho positivo, junto a las normas, los criterios de valoración que las justifican y que conciba la sentencia como conjunto de *apreciaciones* y juicios estimativos. Y no vale alegar la plenitud lógica del ordenamiento, porque tal plenitud es realmente un resultado que se alcanza, con posterioridad al proceso interpretativo, mediante una integración coherente de las diversas valoraciones normativas. Por lo demás, aunque se afirme que la interpretación

aplica y no crea derecho, puesto que está sujeta a las valoraciones inmanentes del sistema positivo, tampoco es admisible la posición de los que, en defensa de la seguridad jurídica, demandan una interpretación automática del Derecho (-51). No basta, a veces, el proceso de autointegración. Exigencias de justicia imponen a menudo franquear los límites del ordenamiento jurídico para hallar otras normas de valoración. Tales son los principios generales del Derecho, en cuanto pueda reconocérseles una fuerza de expansión axiológica, y la equidad (-53).

6. Tras haber concebido la interpretación como aclaración de disposiciones precisase integración de deficiencias legislativas, surge el problema de distinguir la interpretación de la discrecionalidad. La primera se caracteriza por ser unívoca, es decir, por conducirnos a una sola solución exacta, que es, en consecuencia, *previsible* y *controlable*; en cambio, la segunda se atiene a criterios de oportunidad que la hacen imprevisible y contingente (-68).

7. Desde el punto de vista de la teoría de la interpretación que aquí se sostiene, como es que el orden jurídico constituye una totalidad coherente en sí misma y que la función de la jurisprudencia es reconstruir el sistema con los medios sugeridos por la experiencia y con los instrumentos conceptuales de la dogmática; entonces la analogía se presenta como un método para proveer a la integración del orden jurídico con sus propios medios, supuesta nada más la coherencia intrínseca del sistema. Y entonces no es necesario que la analogía sea expresamente autorizada, sino que será admisible siempre que no choque con una prohibición explícita o con una norma cuyo carácter excepcional la excluya. El fundamento de la analogía, una vez sentado que no puede ser tal el dogma de la voluntad legislativa, ha de encontrarse en la propia esencia del Derecho, que, tanto como manifestación volitiva, es pensamiento en evolución que ha de vivificar otro pensamiento (-84). La prohibición de la interpretación analógica en normas penales, que algunas legislaciones imponen, se explica en virtud de la preferencia concedida al interés social de garantizar la libertad del individuo sobre el interés social de penar ciertos actos que parecen antisociales: el legislador se reserva exclusivamente la tipificación del acto punible. La prohibición de la analogía, tratándose de normas excepcionales suscita la dificultad de determinar cuáles tienen este carácter. Pero es dable resolverla definiendo las normas excepcionales como normas que contrastan con los principios generales del sistema jurídico (-91).

8. Sobreseídos estos puntos, el autor dedica un amplio capítulo a los problemas de la interpretación auténtica de los diversos actos jurídicos (-130), tras de lo cual pasan al primer plano las resoluciones jurisdiccionales interpretativas. Existe cierto parecido entre la interpretación judicial y la interpretación auténtica, pues la interpretación judicial puede considerarse como interpretación auténtica en el caso concreto. Pero además las resoluciones judiciales reiteradas son susceptibles de crear "máximas consolidadas" con valor general vinculante (-136). Las normas que regulan la interpretación son de carácter preceptivo (-140), entendiéndose bajo esta expresión que imponen a los interesados la *carga* y a los jue-

ces la obligación de regirse por ellas. Pero no debe creerse que las normas interpretativas, por el solo hecho de servir para fijar el contenido de leyes y negocios jurídicos, hayan de considerarse como formando parte de los mismos en concepto de proposiciones complementarias; más bien debe hablarse de normas de segundo grado (-140), cuya eficacia imperativa consiste en preceptuar qué procedimientos han de seguirse para obtener la inteligencia del *quid iuris* (-150).

9. Tras unas breves consideraciones sobre el rango jerárquico de varios criterios hermenéuticos (-154) se cierra la primera parte de la obra. En la segunda parte, después de referirse sumariamente a la clasificación de la interpretación por su objeto, el autor hace desfilar ante nosotros, con atrayente gradación, las siguientes cuestiones: A) Interpretación de la ley. Sentido de la ley: crítica del dogma de la voluntad legislativa. Unilateralidad de varias orientaciones interpretativas. Momento lógico y momento teleológico en la interpretación de la ley. Fundamento de la valoración comparativa de intereses. Deficiencia de la disciplina legislativa: criterios de integración. Principios generales del Derecho. Interpretación de normas consuetudinarias. B) Interpretación del acto administrativo. C) Interpretación de la sentencia. D) Interpretación del negocio jurídico privado. E) Interpretación del tratado internacional.

10. El lector deducirá fácilmente del sumario la imposibilidad de resumir, en las breves líneas de una recensión, un libro tan rico de problemática jurídica. Frente a esta imposibilidad, nuestra misión se reduce necesariamente a señalar el alto valor del trabajo. Las discrepancias de opinión que puedan ocurrir—inevitables en una labor de esta índole—no impiden el reconocimiento de la exactitud de las premisas fundamentales. En particular, compartimos con el profesor Betti la idea de que la interpretación debe tomar como un postulado la existencia de una totalidad lógica—y por ende expansiva—dentro del ordenamiento jurídico.

Y por eso también le damos la razón en numerosas cuestiones de detalle, aunque, por lo demás, nos separe en cuanto al fondo una desidentidad metodológica muy profunda. Formalmente, está presidida la obra por idéntica corrección y la información bibliográfica es abundantísima. Por eso mismo sentimos más la ausencia de algunos trabajos hispánicos merecedores de un atento juicio. Para citar un solo caso: Sobre el problema de las lagunas de la ley notamos la falta del libro de Cossío *La plenitud del ordenamiento jurídico*, que, a nuestro juicio, dice sobre el tema algunas palabras definitivas.

José LOIS ESTEVEZ

DAVID, René: "Introduction a l'étude du droit privé de l'Angleterre". Paris, Sirey, 1948; 479 págs.

En contra de lo que a primera vista pudiera creerse, este libro no pretende dar a conocer de forma sumaria los principios que informan el sistema jurídico inglés. Ni tampoco se ha querido exponer en el mismo las soluciones concretas que el ordenamiento británico ofrece para

determinadas cuestiones de Derecho. Es, apenas, una introducción al estudio del Derecho privado de Inglaterra y no un tratado elemental del Derecho anglosajón.

La obra, integrada en la colección "Los sistemas de Derecho contemporáneos" que patrocina el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, tiene una clara finalidad: colocar al estudioso y al jurista en situación de poder adentrarse en el estudio de cualquier problema del Derecho británico, evitando las sorpresas que la peculiar concepción anglosajona del Derecho (1) depara a los juristas continentales. Su alcance es, por tanto, limitado, aunque de una manifiesta utilidad para todo el que pretenda iniciarse en los secretos de una originalísima manera de entender y aplicar el Derecho. Es un punto de partida indispensable. La colección, que empieza con este cuidado volumen del profesor René David, en el que ha tenido como colaboradores a dos prestigiosos jurisconsultos ingleses, H. C. Gutteridge y B. A. Wortley, se propone completar con otras obras más amplias y especializadas el fecundo trabajo emprendido. Ella hará posible la formación de un equipo cada vez más extenso de juristas interesados por el Derecho comparado y servirá de guía segura a quienes el derecho anglosajón atrae, pero desorienta.

La finalidad que se propusieron los autores de la obra que comentamos ha sido plenamente alcanzada. El libro suministra una amplia visión de conjunto del ordenamiento jurídico vigente en Inglaterra a todo el que por razones de orden científico o práctico desea estudiar una determinada cuestión del Derecho inglés. Los posibles obstáculos y dificultades, derivados de acusadas características de estructura del sistema, método y raciocinio de los jurisconsultos ingleses, quedan totalmente allanados.

El hecho de que se inserte una amplia y completísima referencia de las obras de carácter general, así como de las monografías más significativas que se pueden consultar, facilita considerablemente el estudio de cualquier institución interesante con la máxima seguridad y rapidez. En efecto, la cuarta parte del libro (págs. 351-478) está dedicada a la exposición de la bibliografía del Derecho inglés, abarcando todas sus múltiples manifestaciones en los diferentes capítulos en que se halla dividida; además de una indicación de las bibliografías generales, colecciones de leyes y sentencias, diccionarios, enciclopedias, obras de carácter general y revistas, comprende la historia del Derecho inglés, teoría general y principios de Derecho, organización judicial, procedimiento y vías de ejecución, pruebas y prescripción, personalidad y capacidad de las personas, relaciones familiares y regímenes matrimoniales, bienes, sucesiones, delitos y cuasidelitos, teoría general de los contratos, contratos en especial, representación, mandatos y *trusts*, sociedades y asociaciones, quiebras, operaciones de banco y bolsa, efectos de comercio y cheques, Derecho marítimo y aéreo, propiedad industrial, artística y literaria, Derecho del trabajo y Derecho internacional privado.

(1) Vid. Cosío: *La concepción anglosajona del Derecho*, en la "Revista de Derecho Privado", núm. 361, 1947, págs. 233-254.

Es difícil encontrar una exposición más completa y tan bien seleccionada, lo que hace del libro un elemento imprescindible para el estudio y conocimiento del Derecho británico.

En la primera parte se hace un bosquejo de la historia del Derecho anglosajón, lleno de interés. En la segunda se estudian las directrices y estructura del actual sistema británico, mereciendo ser especialmente destacado el capítulo IV, dedicado al análisis del espíritu y complejidad del Derecho inglés. Y en la tercera se incluyen una serie de interesantes anexos sobre los más variados aspectos del vivir jurídico en Inglaterra, de gran utilidad práctica.

Felicitemos al Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París y al profesor David por haber puesto a disposición, tanto del gran público como de los especialistas, un utilísimo trabajo de acercamiento al Derecho extranjero, de cuya orientación cabe esperar abundantes frutos, a juzgar por el volumen inicial que hoy llega a nuestras manos.

J. B. JORDANO

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Derecho civil, común y foral.

Derecho mercantil. Derecho notarial y registral. Derecho canónico. Tomo I, A-F. Editorial Labor, S. A. Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Río de Janeiro, Méjico, Montevideo, 1950; 2012 págs.

Este Diccionario de Derecho privado tiene una presentación ejemplar; es un libro editado con toda dignidad, con seriedad y buen gusto; encuadernación, letra y papel han sido elegidos con sumo acierto. De forma impecable también, y en la misma medida, merece elogio el propósito de la obra: ofrecer al lector, profesional o no del Derecho, una guía, una orientación y un resumen de la legislación, jurisprudencia y doctrina actual, en términos tan escuetos, que quede condensado, sin perjuicio de la claridad, sólo en dos tomos.

Para valorar con justicia el contenido de esta obra no debe olvidarse cuál es su expreso propósito. Sus directores, D. Ignacio de Casso y D. Francisco Cervera, lo señalan en el preámbulo: "este *Diccionario* es un "libro de libros", que evita las consultas de otros muchos y condensa en síntesis esforzada e inteligente el trabajo de los más acreditados tratadistas y maestros, autores de las obras citadas". También dada la pluralidad de los redactores (1) y la actitud de la dirección de "respetar escrupulosamente la posición adoptada por los autores frente a las instituciones y la problemática" no es de extrañar que varíe, y a veces notablemente, el tono y la altura de cada artículo.

Hasta la publicación del anunciado tomo II no es posible calibrar con toda exactitud la utilidad de esta, en todo caso, notable obra. Se anuncia que al final del tomo segundo irán el índice bibliográfico y el índice sistemático; el primero permitirá comprobar lo extenso y completo de la biblio-

(1) Unos cincuenta y dos.

grafía, y así la función orientadora del *Diccionario* (2); el segundo aclarará las dudas que alguna que otra vez asaltan al lector sobre lo completo de las voces definidas, ya que las que se echan de menos al hojear el *Diccionario* (3) es muy posible que se encuentren tratadas bajo el epígrafe de otros vocablos, salvando la aparente laguna una remisión en la tabla de materias.

F. DE C.

FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA y GUILHERME BRAGA DA CRUZ: "Direitos de família", 3.^a ed., Coimbra, 1949, vol. I (Constituição do estado de casado); 331 págs.

Se trata de un curso de lecciones de Derecho de familia proferidas por el Prof. Pires de Lima en la Universidad de Coimbra y recogidas por el ya catedrático de Historia del Derecho y Derecho romano del mismo Centro docente G. Braga da Cruz.

Esta tercera edición del libro ha sido preparada por el Prof. Braga da Cruz, que se limitó casi a reproducir la anterior, corrigiendo algunas inexactitudes y actualizando algunas partes en las que se abordaban problemas respecto a los cuales el Prof. Pires de Lima modificó posteriormente su opinión en artículos publicados en la *Revista de Legislação e Jurisprudência*.

Después de hacer en la introducción un estudio del concepto de familia, caracteres jurídicos de los derechos de familia y fuentes de las relaciones jurídicas familiares (parentesco, afinidad y casamiento), se pasa a exponer sistemáticamente la constitución del estado de cónyuge (1).

El volumen está dedicado íntegramente al matrimonio (casamento). En breves páginas se traza claramente el concepto y caracteres jurídicos del mismo.

El Prof. Pires de Lima sigue la tesis tradicional de la contractualidad del matrimonio—válida también dentro del Derecho canónico, si bien elevándolo a la categoría de sacramento—, criticando en face de la ley portuguesa la teoría del acto-unión de la escuela realista francesa, la teoría del matrimonio-institución y la teoría del casamiento como acto administrativo.

Junto a la *contractualidad* señala las notas de *perpetuidad* (presunti-

(2) En casi todas las voces, en la sección de bibliografía se da una referencia norteamericana, que remite al lector al índice bibliográfico anunciado.

(3) Así, por ejemplo, se advierte la falta de los siguientes conceptos: acción subrogatoria, abolorio, adiamiento, ampara, aseguración de dote, casa (sólo se trata de casa por pisos), casa aragonesa, caución muciana, cesión de créditos y de deudas (no incluidos en palabra cesión), conquistas, desafiliación, dominio solariego, edad (sólo se hace referencia al impedimento canónico), error (sólo se trata de Derecho canónico), español, fadiga en el Derecho aragonés (sólo se trata del catalán), firma, firma de dote.

(1) Vid. a este propósito el anteproyecto de uno de los libros del futuro Código civil portugués del Profesor PIRES DE LIMA: *Constituição de estado de casado*, Coimbra, 1948, separata del "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", volumen XXI, 1945, págs. 221-296.

vamente para el matrimonio civil, puesto que el reconocimiento del divorcio tiene naturaleza excepcional, y de modo absoluto para el canónico, reconocido civilmente por el Concordato de 1940), *inconfesionalidad*—distinguiendo a este respecto cuatro fases: antes del C. c. (matrimonio exclusivamente canónico), Código civil (sistema doble), Decreto núm. 1 de 25 de diciembre de 1910 (matrimonio exclusivamente civil) y Concordato (que volvió a implantar el criterio de la dualidad de formas)—y *solemnidad*.

En sucesivos párrafos se estudian los esponsales y su eficacia, los requisitos legales y positivos del casamiento, los vicios del consentimiento, el error como vicio del consentimiento y sus requisitos específicos, la coacción, los impedimentos matrimoniales dirimientes (absolutos y relativos) y simplemente impedientes, el procedimiento de declaración de los impedimentos, las formalidades del casamiento civil, el matrimonio *in articulo mortis*, la celebración del matrimonio católico, así como sus condiciones de eficacia; la prueba del matrimonio, las nulidades absolutas y relativas del casamiento, las sanciones en los casos de impedimentos impedientes, la nulidad del matrimonio católico y de su transcripción y la noción, naturaleza jurídica, condiciones de existencia y efectos con relación a los cónyuges, hijos y terceros del casamiento putativo.

En la imposibilidad de dar en esta breve reseña una información completa del contenido de esta obra, nos limitaremos a destacar algunos puntos que más nos han llamado la atención.

* * *

Dignas de ser notadas son las páginas en las que el Prof. Pires de Lima expone su punto de vista frente al interesante problema de la simulación en el matrimonio.

Tras de exponer la doctrina jurisprudencial francesa e italiana sobre ciertos supuestos (por ej., matrimonios simulados de facultativos con sus pacientes, con el propósito de eludir la prohibición de eventuales disposiciones hechas a su favor), según la cual el casamiento es válido, a pesar de faltar una verdadera manifestación de voluntad; examina las diversas teorías propugnadas para justificar la solución.

Dos razones le llevan a no admitir la explicación intentada por Ferrara (2): en primer lugar, por ser inadmisibles la doctrina del matrimonio como acto administrativo, y en segundo lugar, porque la desviación del problema al campo de la reserva mental conduce a un resultado totalmente opuesto al perseguido por dicho autor. En efecto, la reserva mental es tan sólo ineficaz respecto a terceros de buena fe, y no con relación a los mismos cónyuges y terceros de mala fe. Por ello sigue la opinión del Prof. Belezados Santos, según el cual la necesaria estabilidad del matrimonio y la indispensable certeza de sus efectos obligan a considerar siempre irrelevante la simulación o reserva mental que hayan existido en su realización (3). Pires de Lima añade que admitir la nulidad de los matrimonios simulados equivaldría prácticamente a admitir la celebración de casamientos a plazo.

(2) *Della simulazione dei negozi giuridici*, 4.^a ed., 1913, págs. 96-97.

(3) *A simulação*, I, Coimbra, 1921, págs. 175 y sig.

Pero, a su juicio, si la simulación no constituye fundamento bastante para la anulación, no deja de funcionar como un impedimento impeditivo. El encargado del Registro Civil no debe consentir la celebración desde que sepa que hay una divergencia entre la voluntad real y la que los contratantes pretenden declarar, con la intención de perjudicar a terceros.

Interesantísimos son también los párrafos dedicados al matrimonio putativo, especialmente el § 25, en el que se discute el problema de la naturaleza jurídica de esta institución. Según el Prof. Pires de Lima, son inadmisibles las soluciones presentadas por la teoría de la ficción y por la que considera el casamiento putativo como una excepción a los principios generales de la nulidad. Su naturaleza jurídica es inexplicable, como no sea considerándolo como un *instituto autónomo*. "Los efectos putativos tienen su fuente exclusiva, no en un acto jurídico, sino en una *situación de hecho*, resultante de la errónea convicción de la legalidad del vínculo. La ley, por tanto, al decir que el casamiento nulo o anulable produce sus efectos jurídicos, no expresa sino la idea de que los efectos a producir por el casamiento putativo son aquellos que habría producido el casamiento si fuera válido; es decir, la ley determina los efectos del instituto por un procedimiento indirecto, remitiendo a los efectos de otra institución. Pero si la ley atribuye, por el casamiento putativo, eficacia a una materialidad, tornándola productora de consecuencias jurídicas, es forzoso dar a ese instituto fueros de entera autonomía" (4).

La tesis del Prof. Pires de Lima es jurídicamente irreprochable: *el matrimonio putativo es el hecho material que se revela por la apariencia de un casamiento, y al que la ley atribuye efectos análogos a los de ese acto*.

* * *

En suma, el libro que reseñamos constituye un magnífico instrumento de estudio, en el que se exponen sencillamente, de una forma asequible, sin gran aparato doctrinal, las ideas matrices y los problemas más candentes del Derecho del matrimonio.

Creemos altamente provechoso y digno de ser imitado este procedimiento, frecuentemente puesto en práctica por los profesores universitarios portugueses, de publicar convenientemente revisados cursos de lecciones de las diferentes materias del Derecho para facilitar la labor del alumno e ir desterrando el viejo sistema de los "apuntes de clase", que a veces circulan de mano en mano llenos de errores y lagunas.

Afortunadamente, ya se ha iniciado entre nosotros una corriente favorable a concebir libros elementales con propósito exclusivamente pedagógico (5).

J. B. JORDANO

(4) En este punto, el Profesor PIRES DE LIMA recogió la doctrina mantenida con anterioridad en su documentada monografía *O casamento putativo no Direito civil português* (Dissertação de Doutoramento, em Direito na Universidade de Coimbra), Coimbra, 1929, págs. 25-27.

(5) Vid., últimamente, el *Derecho de familia*, del Profesor ROYO, que constituye un acabado modelo de lo que deben ser estos manuales de iniciación universitaria.

FORMIGGINI, Aldo: "Gli usi commerciali e il Codice civile". Zanichelli. Bologna, 1949; 35 págs.

Aldo Formiggini, profesor encargado en la Universidad de Módena, nos ofrece con esta publicación un breve pero condensado estudio sobre los usos mercantiles, especialmente según el nuevo Código civil italiano y ciertas prácticas recogidas en la Colección de la Cámara de Comercio de Módena.

Esta monografía supone un paso más hacia la afirmación de las normas del Derecho consuetudinario frente al legalismo y la acción previsoras del legislador que dominan los sistemas jurídicos actuales. Como él mismo dice, "la eficacia de una de las más importantes y características fuentes del Derecho mercantil, los usos mercantiles, ha sido profundamente reducida, sin razones persuasivas, con las nuevas disposiciones generales sobre la ley".

Su trabajo no está dedicado a recordar la gran importancia que tuvieron los usos, reconocidos y apreciados como una de las fuentes más vitales del Derecho mercantil, sino a señalar la preponderancia que los usos han conservado, no obstante, la siempre mayor extensión de la ley. Hoy se observa—dice (pág. 6)—que la eficacia de los usos no desaparece, riñiendo ellos en todos los casos, bastante numerosos, en que la ley los invoque. El uso mercantil ha sufrido una deposición cualitativa, unida a una importante pérdida territorial, transformándose de fuente primaria y concurrente con la ley en fuente subordinada.

Una vez señaladas la importancia y vitalidad de este instituto jurídico, establece el autor las diferencias entre el artículo 48 de las disposiciones transitorias del Código civil de 1865 y el artículo 8.º de las disposiciones generales del novísimo Código civil. Como consecuencia, plantea el problema de la naturaleza y carácter de estos usos (1): si son interpretativos o normativos. Observa que los usos por sí solos son reconocidos como fuente del Derecho en el apartado 4.º del artículo 1.º de las disposiciones generales; a continuación, el artículo 8.º de las mismas no hace más que limitar la eficacia de los usos subordinándolos al llamamiento de la ley y de los reglamentos. El artículo 8.º de las disposiciones generales dice: "En la materia regulada por las leyes y por los reglamentos los usos tienen eficacia sólo cuando son por ella invocados. La norma corporativa prevalece sobre los usos, aunque se invoque por la ley y los reglamentos, salvo que en ella sea dispuesto de modo diferente".

Para Formiggini (pág. 13), ninguna innovación relevante respecto del uso se ha aportado en el nuevo Código. Ante todo, los usos contemplados entre las fuentes del Derecho son los usos exclusivamente normativos, no ya los usos contractuales o interpretativos o individuales o diligencias de hecho o cláusulas de uso, a las cuales hacen referencia otras normas lega-

(1) Sobre el carácter normativo y no interpretativo de los usos del art. 2.º, en relación con el 50 del Código de Comercio español, véase GARRIGUES: *Tratado de Derecho Mercantil*, t. I, vol. I (Madrid, 1947), 150, y VICENTE Y GELLA: *Curso de Derecho mercantil comparado*, I (Madrid, 1944), 95.

les a las que la Jurisprudencia y la más notable parte de los autores reconocen hoy día una fisonomía y sistemática distinta, si bien no siempre concordemente aceptada.

Otra de las materias fundamentales que estudia es la de las normas generales sobre contratos en las que los usos son mencionados. Tales como: el artículo 1.340, donde se dice que "la cláusula de uso se entiende inserta en el contrato, si no resulta que no ha sido querida por las partes"; el artículo 1.368 sobre "prácticas generales interpretativas"; el artículo 1.374, según el cual "el contrato obliga a las partes no sólo a cuanto está expreso en el mismo, sino también a todas las consecuencias que se derivan según la ley, o, en su defecto, según los usos o la equidad". A cada una de estas normas corresponde—dice (pág. 24)—un particular tipo de uso. Así: a) el artículo 1.368 prevé los solos usos interpretativos; b) el artículo 1.340, los usos contractuales; c) el artículo 1.374 se refiere como máxima a los usos normativos, aunque pudiendo comprender también los usos contractuales.

También examina cómo la doctrina se ha fatigado en la distinción de los usos *secundum legem*, *praeter legem* y *contra legem* (pág. 16). Según él, el uso *secundum legem*, toda su especie, no tiene un particular significado. Se entiende por tal el coincidente con una norma legal, pero en todo caso posponiéndose a la ley escrita. En cuanto al uso *contra legem*, con la nueva codificación su concepto ha sufrido una cierta extensión frente al tradicional. Por uso *contra legem* debe hoy entenderse: a) el uso que contraría el orden público o las buenas costumbres; b) el uso que contraría los principios generales del ordenamiento del Estado; c) el uso que contraría una disposición de la ley de carácter imperativo. En todos estos casos—dice—el uso deja de tener eficacia jurídica, no sólo cuando la materia viene regulada por la ley, sino cuando falte. Pero existe otra categoría importante de usos que, no siendo directamente *contra legem*, no son eficaces: los existentes en materias reguladas por la ley, pero no expresados en ella. Su eliminación es consecuencia ineludible en el nuevo sistema; pero es posible que en la práctica se continúen tradicionalmente observando, al menos en algunos casos, aquellos usos privados hoy del carácter normativo.

Respecto de la derogación (pág. 19), Formiggini observa cómo, mientras la ley no puede ser derogada más que por los motivos previstos en el artículo 15 de las disposiciones generales, el uso puede ser derogado: a) por emancipación de una ley que disciplina materias en prioridad, sin incluir un llamamiento a los usos; b) por derogación expresa de parte de ley, que declara inválido e ineficaz un determinado uso; c) por ir *contra legem*; d) por desuso; e) por surgir para la aplicación de un uso contrario o de cualquier modo incompatible con aquel que le sigue antecedentemente. En lo que se refiere a las normas corporativas, el uso es derogado por la emanación de una norma corporativa sobre el mismo objeto.

La nueva legislación nada dice acerca de la discutida admisibilidad de los usos imperativos. Si es necesario, en cambio, hacer algunas obser-

vaciones para explicar la distinción entre usos generales, especiales y locales. El autor se plantea la siguiente cuestión: ¿la expresa indicación jerárquica debe venir igualmente observada? o ¿debe admitirse y preferirse otra jerarquía? Es innecesario decir—añade—que debe aplicarse aquel uso que la ley invoca si la norma legal lo contiene y ella misma reenvía a un uso especial (como en el art. 1.735 del Código civil), o a un uso local como en los artículos 1.496, 1.732, 1.733, 1.736 y 1.740 del Código civil. Sólo en el caso en que la ley invoque los usos, sin distinción entre ellos, o en el cual falte un reglamento legislativo y subsistan usos de varias especies, permanece abierta la cuestión. Para él, la propuesta de alterar el sistema atribuyendo prevalencia a los usos generales del comercio, sea por su mayor difusión, sea por evitar que encuentren obstáculo en otros usos de más restringida aplicación, tenía necesidad o de una declaración legislativa o de una aplicación consuetudinaria (la cual podía tener por contenido la prioridad de un uso sobre otro) que no apareciese existente de un modo general. En caso de concurso de un uso general con un uso local de la plaza, es a este último al que debe darse preferencia, al ser el *forum contractus* del cual depende la norma reguladora de la relación.

Por último, completa su estudio con la colección de usos afirmados por la Cámara de Comercio de Módena (pág. 29). Colección que antes de obedecer a un precepto legislativo—dice—continúa una tradición de la Cámara de Comercio de alguno de los más importantes centros agrícolas y comerciales, tanto más apreciados por los usos concernientes a las mercancías que constituyen mercados típicos. Su propósito es que el examen sobre algunos usos que tienen particular interés sea a la luz de la unificación del Derecho privado. Entre los usos comerciales y agrarios que examina están: el contrato de abastecimiento o suministro respecto de la aplicación a varios casos en la determinación del precio; los usos acerca de la aplicación del contrato (pág. 30), de la forma de algún uso modenés (por ejemplo, de compraventa de uva, vino, fruta, etc.); usos que determinan el lugar de consigna (pág. 31); usos del comercio del cáñamo (pág. 32); de la especial cláusula arbitral en el comercio del tomate (pág. 33).

Formiggini, en este sentido sobre el uso, pone el primer plano una cuestión ya olvidada en el ambiente legalista en que nos movemos. Con una argumentación sobria logra destacar y sancionarlo como fuente jurídica necesaria en la vida del Derecho y al mismo tiempo matizar un criterio discriminatorio en su aplicación práctica.

José BONET CORREA

ISELE, Hellmut Georg: "Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch", en *Archiv für die civilistische Praxis*, 150 (1948), 1-27.

Las dos grandes convulsiones históricas de la primera mitad del siglo XX (las guerras de 1914 y de 1939) nos han hecho desembocar en una situación para la cual resultan insuficientes las normas y cauces

de un régimen jurídico, social y económico que podemos decir ya fenecido. Si en el orden del pensamiento el cambio ha sido radical, prácticamente, en las necesidades cotidianas a cubrir viene realizándose con un carácter excepcional y de emergencia. Pero la insuficiencia del anterior régimen va cada día en aumento y una nueva ordenación de las bases vitales se impone como corolario necesario. En el orden jurídico, los antiguos dogmas pierden vigor y son inoperantes. Los Códigos civiles contruídos sobre una base exacerbadamente individualista tienen que dejar paso a la nueva concepción social aunadora de esfuerzos e intereses.

Así lo han observado y analizado perfectamente, por lo que al Derecho civil se refiere, para la orientación latina, Georges Ripert (1) y, para la orientación germánica, Hellmut G. Isele. Dos corrientes, aunque diferenciadas, interdependientes y, en gran parte, asentadas históricamente sobre una base común: el Derecho romano, ahora renovada esperanza vivificadora y conciliadora para lograr un espíritu común y que, según una posición doctrinal muy dominante, es el único fundamento posible para una ciencia jurídica universal.

Ante tal situación, Isele, conmemorando el medio siglo de vida del Código civil alemán (BGB), cree conveniente hacer un ensayo de retrospectión y de futuro. En nueve capítulos nos describe la línea histórico-política y dogmática del BGB en los últimos cincuenta años.

La materia fundamental de su estudio es la referente a las "cuestiones del destino del Código civil" (cap. III, p. 4) y la que él titula en el capítulo IV "balance intermedio" (p. 6). El ambiente en que se formó el BGB entre 1873 a 1896 fué decisivo en la estructuración económica y social de Alemania. De la economía rural—dice (p. 4)—se desplazó el peso al comercio y a la industria. La población de las ciudades comenzó a aumentar rápidamente.

La evolución social, política y económica de la época del imperio de Bismarck está en contradicción con el Código civil realizado por la burguesía, donde se olvida de la clase obrera. Sus problemas específicos (contrato de trabajo, organización profesional, condiciones de colonización) quedaban sin resolver esencialmente. Por eso él cree (p. 3) que para una mirada retrospectiva, el Código civil resulta más bien el acorde final del siglo XIX que una obertura para el siglo XX.

El BGB es fruto de una posición doctrinal, de la fusión de la escuela histórica con la sistemática y la dogmática del posterior Derecho de Pandectas que, en su elevación científica, le dió la dirección de la ciencia jurídica europea. Pero los métodos de la escuela histórica señalaron más hacia el porvenir. Por el contrario, no un Jhering, dispuesto a todo lo nuevo, sino el conservador Windscheid determinó las bases y la forma del primer proyecto.

Lo importante del BGB es su tono preferentemente científico; es un trabajo afiligranado y de una gran precisión. El sujeto, el objeto y la declaración de voluntad son sus elementos constructivos más importantes.

(1) GEORGES RIPERT: *Le régime démocratique et le Droit civil moderne* 2. Paris, 1948.

En todas partes se ve la simplificación dogmática; no permite formaciones intermedias, ni tampoco series oscilantes, sólo conoce posiciones extremas. Predomina la simplificación, claridad y precisión en los casos aislados. Para este autor (p. 7), tanto la dogmática romanista como germanista de la segunda mitad del siglo XIX han encontrado su exteriorización en este Código.

De mayor importancia es la sistemática del BGB. El Código perfecciona la sistemática que Heise había propuesto en el sentido científico, pedagógico y práctico. A la "Parte general" sigue el Derecho de obligaciones y su derecho especial. Después, los derechos reales, el de familia y el de sucesión. La parte general representa, ante todo, los elementos básicos y fundamentales desintegrados del sistema total (la persona jurídica, el objeto jurídico y la declaración de voluntad). Tanto el derecho de obligaciones como el derecho real contienen los tipos del poder jurídico en su más pura expresión. Además de sus ventajas científicas, el sistema del BGB es también un sistema práctico. Su construcción facilita la orientación en la ley y omite las repeticiones. Por inclusión de grandes cláusulas generales ha reservado al desenvolvimiento jurídico las necesarias posibilidades de desarrollo. Han influido—dice (p. 9)—en el Código civil tanto la pesada exactitud de la ley prusiana como la elegante displicencia de la ley francesa. Es un fruto en el árbol del desarrollo jurídico de toda Europa. Esto contribuye a explicar que, por otro lado, su dogmática y, ante todo, su sistemática hayan influido en legislaciones posteriores. El Derecho suizo y, a través de éste, el turco, los nuevos decretos del Derecho austríaco, el Derecho civil chino y japonés se hallan bajo su influjo. El Código griego le sigue ampliamente. Las legislaciones con otra estructura dogmática se han aproximado al sistema del BGB. Así, el Código civil general austríaco, en su tiempo, el Proyecto húngaro, checoslovaco y yugoslavo; del círculo jurídico latino, el novísimo Código civil italiano (2).

Isele trata uno de los problemas más importantes en el terreno de la teoría, el que él titula en el capítulo V "el positivismo y los nuevos caminos para encontrar el Derecho" (p. 9). Las primeras dos décadas de vigencia del BGB fueron épocas de un creciente bienestar y de un nivel de vida próspero. La crítica, que en un principio había sido tan amplia, enmudeció completamente; la ciencia y la práctica se sometieron a ella; venció el positivismo. Florecía el *argumentum a contrario*. La analogía y los medios de colmar lagunas fueron casi desplazados por declaraciones de voluntad tácitas y por artes de interpretación parecidas. Visto así—dice (página 10)—, el Código civil no es hijo del positivismo, sino el positivismo hijo del Código civil. Pero se debilitó el dominio de los métodos en la lógica de los conceptos. La jurisdicción le quedó fiel en lo fundamental, pero se separó con ideas de equidad más o menos encubiertas. En la ciencia se intentó desarrollar nuevos fundamentos para encontrar el Derecho "más bien—dice—por sobresaturación dogmática que por verdadera necesidad de de-

(2) El BGB ha ejercido una fuerte influencia en el campo doctrinal español por la interpretación de nuestro Código civil a través de los "Comentarios" de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER a la obra de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF.

cisiones justas". La jurisprudencia de intereses se afanó, teniendo en cuenta las necesidades del legislador, en delimitar la amplitud de estas normas. De un modo más radical, la Escuela del Derecho libre se enfrentó con el Código, pero los defensores de estos métodos no pudieron imponerse ni en la práctica ni en la teoría.

El fenómeno de la invasión del Derecho público en el Derecho privado actual es analizado por Isele en el capítulo sexto bajo el título de "La intromisión del Derecho económico, del Derecho del trabajo y de la formación jurídica del juez" (p. 12). La ingerencia del Estado en el ámbito total de la vida de una nación, a consecuencia de la guerra, trajo consigo la adopción de medidas hasta entonces insospechadas (incautaciones, expropiaciones, racionamientos, control de trabajo, etc.). Todas estas intromisiones, que al principio parecían debidas simplemente a la guerra, en realidad, resultaba que fueron más tarde las raíces de un Derecho económico y del trabajo moderno con su intromisión en los dominios hasta ahora reservados al Derecho civil (afirmación de la cláusula *rebus sic stantibus*, formación del contrato judicial, limitaciones a la regla *pacta sunt servanda*).

Alemania había perdido por la guerra y el concierto de la paz importantes regiones, valores materiales y colocaciones de dinero. La inflación destruyó el capital de ahorro de la clase media. La escasez de bienes aumentó su valor; la protección de los económicamente débiles no podía ser un teorema excepcional, sino que tuvo que ser para el legislador—según Isele (p. 13)—la guía para regular estos casos. También la ciencia jurídica buscaba nuevos caminos. En parte, se trataba de una profundización filosóficojurídica; en parte, de un perfeccionamiento dogmático; en parte, de una problemática general metodológica. Muchas veces se desechó el método lógico de conceptos en favor de la sociología jurídica y de la investigación de hechos jurídicos. Sucedió un creciente desplazamiento de las instituciones jurídicoliberales de la economía libre por elementos libres de la economía planificada.

Los dos penúltimos capítulos están dedicados al Código civil bajo el nacionalsocialismo, la última guerra y el derrumbamiento (págs. 15 y 20). El partido nacionalsocialista estaba compuesto de todas las clases sociales de la nación (obreros, empresarios, campesinos, burgueses). Su programa confuso prometía y permitía a cada uno lo que esperaba. También para el jurista podían tener eco las atractivas promesas y exigencias del partido obrero nacionalsocialista: liberación del derecho de límites formales de la ley, realización de un verdadero reinado de los jueces, la victoria sobre la discordia entre el pueblo y el Derecho y, con ello, la eliminación de la crisis de confianza producida siempre en la justicia; en suma, la reforma jurídica fundamental de todo el Derecho civil. Atraía la nueva reforma porque, en parte, respondía a verdaderas necesidades del desarrollo social y económico. La sustitución del Derecho romano por un derecho común alemán parecía prometer a muchos la satisfacción de su anhelo romántico. Suponía, según Isele, una victoria tardía sobre la pandectística, de Otto von Gierke.

La Escuela de Kiel, representante del ala radical de la entonces ciencia

jurídica alemana, se quedó corta frente a los nuevos postulados. El espíritu y la terminología de Hegel desplazaron al neokantismo. El institucionalismo medieval reapareció, en forma transformada, en un pensamiento ordenado y concreto y fué enfrentado al normativismo y decisionismo. Pero el golpe principal de todos los ataques se dirigió contra el sistema y la dogmática del Código civil. Todo lo general estaba mal visto, sobre todo la llamada "Parte general" del Código. Se comenzó por una exploración y descripción de órdenes concretos. Se atacó incansablemente al Código civil. El derecho de familia, inmobiliario, campesino, laboral, de sociedades y económico trataron de independizarse. El mismo nombre de "Derecho civil" había de ceder a la nueva denominación de "Derecho popular". Para la nueva formación del Derecho civil—dice (p. 18)—se empleó el camino de la legislación aislada, sobre base independiente fuera del Código. Así, la nueva ley matrimonial, la elaboración de la ausencia en el BGB, las leyes del Derecho marítimo en lo que se refiere al derecho de prenda mobiliaria e inmobiliaria, los proyectos sobre el derecho de herencia legal, el derecho de legítima y sobre la posición del hijo ilegítimo. No obstante, las nuevas leyes parciales tampoco se apartaron del círculo de influencia del BGB y se tuvo en cuenta la coexistencia de ambos por motivos de técnica legal.

En el campo de la difamación racista y de la diferenciación genética, el legislador se amoldó a las exigencias del partido. La regulación de las cuestiones de descendencia se separó del campo de la determinación de los interesados y fué subordinada a la jurisdicción a causa del interés público. El partido quiso sobrepasar en intensidad y velocidad el afán de reforma de las instancias oficiales. Desde el 13 de mayo de 1939 se dispusieron a la nueva recopilación que lo abarcaba todo: el Código popular alemán. Pero sólo llegaron a realizarse proyectos parciales. En el verano de 1943 el trabajo de reforma quedó paralizado definitivamente.

La guerra mundial de 1939-1945 no significó nada nuevo respecto de la primera. Tan sólo continuó en aumento acelerado el curso de los tiempos anteriores con los planes de la economía de armamentos y sus tendencias de autarquía. La legislación de guerra limitó la propiedad por la intervención oficial de los productos agrícolas. Se amplió el campo de control y valoración estatal a casos que hasta entonces habían sido campo neutral para el Estado. Fué característica, también, una gran ampliación de la competencia de la decisión de juez. En relación opuesta a esta ampliación de la competencia judicial se hallaba el desarrollo de la independencia judicial frente a la dirección del Estado y del partido. Los juristas se vieron expuestos a una creciente presión política para orientar sus sentencias según una ideología nacionalsocialista. Por los preámbulos de las leyes se invitaba a los jueces a juzgar según "el sano sentimiento popular" o según "los intereses de la comunidad del pueblo", encubriendo así—dice Isele (p. 23)—los deseos autoritarios y las órdenes del partido. A última hora, en lo civil, mediante las "cartas al juez", dirigidas secretamente por el Ministro de Justicia, tenía éste que atenerse a las órdenes dadas.

Las medidas legislativas de los últimos años tampoco merecieron la aprobación de la magistratura alemana. Cuanto más avanzaba la guerra

más confusa llegó a ser la legislación en el campo del Derecho civil. Las leyes y órdenes nacieron de casos aislados imposibles de resolver con las leyes vigentes. Así, por ej., por una orden secreta del Führer se pudieron verificar matrimonios *post mortem*; las personas fallecidas pudieron aún ser divorciadas por intervención de un magistrado (por lo menos para conseguir un resultado práctico), y también podían testar en virtud de arreglos de herencias. Era, pues, una legislación totalmente ocasional (p. 24).

Por último, Isele se interroga: ¿Qué resta del Código civil? En este capítulo final se propone ordenar y separar de aquellos materiales nuevos que vinieron a integrar o modificar el Código civil lo que corresponde al pensamiento político ocasional del nacionalsocialismo (la diferenciación racista y eugenética, los enlaces de la ideología nacionalsocialista por órdenes y cláusulas generales) de aquellas otras que fueron debidas al general desarrollo económico y social (leyes de testamentos, de los ausentes y desaparecidos, de los derechos de navegación, la ley matrimonial de 1938), las cuales pueden seguir teniendo validez en el futuro y por ello están justificadas jurídicamente.

Cree este autor que, para la actualidad alemana, la conservación del BGB representa en su conjunto esencial un indudable provecho. Se ve cómo el Código se ha salvado en su mayoría del desastre del orden civil. Se han conservado, ante todo, las pilastras y las bóvedas del edificio, la masa que construía sus muros y el estilo constructivo uniforme de su dogmática. Fracasados el pensamiento popular y el autarquismo espiritual, el BGB y su ciencia, como miembros del desarrollo jurídico total europeo, han de ser también un punto de partida para el Derecho comparado. Porque mucho más que en particularidades nacionales—dice Isele (p. 27)—el Derecho civil actual y el Derecho económico moderno se basan en un desarrollo común de la cultura de Occidente. “Ahora bien—termina diciendo—, si la ciencia del Derecho civil quiere conservarse fructífera y conforme con la realidad, no debe perder de vista las bases del Derecho social y económico y debe seguir conscientemente sus manifestaciones ulteriores hasta dentro de las más pequeñas ramificaciones de la sistemática y de la dogmática. Porque allí se hallan, de un modo más claro que en todo el medio siglo pasado de su existencia, las preguntas decisivas del destino para el futuro del Código civil y su ciencia.”

Concluimos, pues, y observamos cómo en la Europa actual son coincidentes ciertos fenómenos culturales que, en línea general, podemos resumir: preocupación y preponderancia de lo social y económico (desembocando en sociologismo práctico y vitalista); el mantenimiento, al mismo tiempo, de una tradición espiritual y moral; por último, el logro de una base común europea. Tres directrices optimistas y vigorosas que apuntan la futura armonía y prosperidad de los pueblos. Pero no ha de olvidarse la ciencia jurídica que la base será movediza e inconsecuente sin el calor cristiano como aglutinante. Comunidad universal sin hermandad ni Ley eterna será orden vacío de contenido y enclenque en su realización concreta.

KEETON W., George: "Introduction to Equity". Londres, Pitman, 2.^a edición (reimpresión), 1948; 242 págs.

Conocida es la dualidad *Common Law-Equity* que en el ordenamiento anglosajón resulta de la coexistencia de dos ramas jurídicas separadas. Dentro de ese doble sistema de derecho la *Equity* desempeña una importante función correctiva y supletoria del rígido y estricto *Common Law*, de tal modo que hoy puede decirse que la mayor parte de los complejos problemas jurídicos de la vida moderna son resueltos en Inglaterra según los principios forjados por la jurisdicción de equidad, más flexibles y adaptables a las cambiantes circunstancias de cada supuesto o *case*.

Con el fin de dar a conocer todos los más variados e importantes aspectos de la *equity jurisdiction*, las "Pitman's Equity Series of Legal Text-books" vienen publicando una colección de interesantes estudios, iniciada con esta Introducción escrita por una grande y conocida autoridad en la materia (1).

El autor ha conseguido explicar el objeto o fin de cada uno de los principios generales básicos que dominan un buen número de manifestaciones de la jurisdicción de equidad. La utilidad de esta visión de conjunto es incuestionable porque corrientemente sólo se encuentran breves alusiones a esas máximas o tópicos fundamentales en obras de carácter monográfico que las dan por sabidas.

Después de trazar el desenvolvimiento histórico de las doctrinas de equidad y de describir el nacimiento de las especiales *Courts of Equity*, sus amplias relaciones con las *Courts of Common Law* y su abolición final por la Judicature Act de 1873, G. W. Keeton expone en el capítulo IV las funciones de los principios equitativos generales que rigen los diversos ramos de la jurisdicción de equidad.

El libro habilita al estudioso, no sólo para comprender mejor la diferente manera de aplicar el *Common Law* y la *Equity* a los problemas jurídicos, sino también para percibir con claridad la distinción que existe entre los dos sistemas de normas.

Por otra parte, la ardua tarea de quien se propone estudiar a fondo el casuístico y vasto campo que abarca la equidad puede verse considerablemente facilitada leyendo primero la Introducción de Keeton, que contiene, además de frecuentes citas de sentencias y casos decididos, unas utilísimas tablas de legislación y jurisprudencia compiladas por J. Gold muy cuidadas y completas, especialmente la última.

Se trata, en suma, de un libro fácilmente asimilable, repleto de la información bibliográfica y jurisprudencial más usual, cuya lectura recomendamos sin reservas a todo el que se interese por los problemas de la *Equity*.

J. B. JORDANO

(1) G. W. KEETON, Abogado y Profesor de Derecho inglés en la Universidad de Londres y Dean de la facultad de Derecho del *University College*. Sus obras más destacadas son: *The Law of Trusts*, 2.^a ed., Londres, 1930, y *The Elementary Principles of Jurisprudence*.

MARTINO, Ricardo: "Principi fondamentali sui danni di guerra di ai beni privati". Padova, Cedam, 1949; 38 págs.

A medida que el fragor bélico va apagándose, surge en la conciencia del pueblo italiano, al igual que en otras naciones que han sufrido los crueles efectos de la última guerra, la perentoria necesidad de acudir en defensa de los damnificados que, como secuela natural, deja toda contienda ventilada por la fuerza de las armas. Esta situación coloca al jurista ante un problema de gran trascendencia, problema que si fué ya examinado antiguamente, adquiere hoy, ante los efectos de la guerra pasada, un primordial relieve: la fundamentación jurídica del deber del Estado al resarcimiento de los daños ocasionados en los bienes de los particulares a consecuencia del hecho bélico.

Reconocida en términos generales la responsabilidad del Estado en sus relaciones con los particulares, era necesario estudiar la que pudiese dimanarse por los daños sufridos en los bienes de los ciudadanos por dicho motivo. Entre las distintas teorías que acuden a resolver el problema, se encuentran, fundamentalmente, la de Strikio, la de Vattel y la de Grocio.

Strikio (1) divide los daños ocasionados a consecuencia de la guerra en dos grandes grupos: los que se producen en virtud de las órdenes regulares y los ocasionados por la soldadesca indisciplinada y el abuso de poder de los generales. Para él, solamente son resarcibles los primeros.

Vattel (2) reconoce que lo verdaderamente justo y equitativo es que el Estado alivie en lo posible a los damnificados por la guerra, pero hace notar que ello suscitaría grandes dificultades en la práctica, ya que se agotarían los fondos de la Hacienda, o sería necesario que cada uno contribuyese, por su parte, en justa proporción, lo que considera imposible. Por ello distingue dos clases de daños: los causados por el propio Estado y los que causa el enemigo. Los últimos nunca son resarcibles, considerándose como daños fatales. Los primeros aún admiten otra división: los causados libremente y por mera precaución antes de la iniciación del combate, que siempre deben ser resarcidos, y los que se producen fatalmente en el desarrollo de la lucha, que, al igual que los causados por el enemigo, no son resarcibles.

Grocio (3) se muestra en este punto partidario de un criterio de equidad, y afirma que los daños ocasionados por las guerras deben ser sufridos por todos los ciudadanos, ya que siendo compañeros, es justo que padezcan colectivamente todos los daños ocasionados.

En Italia, después de algunas vicisitudes—brevemente reseñadas en una nota histórica que precede al trabajo del profesor Martino—, en el mes de julio de 1948 se celebra el Congreso Nacional de Roma, al objeto de estudiar, ya en un plano nacional, los problemas a que dan lugar los daños

(1) Citado por Giorgi: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, vol. V, página 521. Madrid, 1929.

(2) *El derecho de gentes*, vol. III, pág. 296 y sig. Madrid, 1920.

(3) *Del derecho de la guerra y de la paz*, vol. IV, pág. 249. Madrid, 1925.

sufridos por la guerra, así como la posibilidad de su resarcimiento. El profesor Martino, de Padua, fué encargado de tratar la parte general de la reforma legislativa que, con base en el artículo 71 de la nueva Constitución, se proponen plantear los damnificados. Los principios por él elaborados y definidos—y que, en conjunto, forman el trabajo que reseñamos—fueron elevados a este Congreso Nacional, siendo, posteriormente, publicados con el voto unánime del Congreso.

El pensamiento de Martino se encuentra fundamentalmente movido por la idea de justicia social que debe prevalecer en todo Estado moderno, así como la repudiación del largo paréntesis del Estado autoritario, el Estado fascista. Al referirse, brevemente, al principio de la resarcibilidad, afirma que éste se desarrolla paralelamente al de la forma de Estado. El fascista no era partidario—nos dice—de la plena justificación de este principio; por el contrario, el Estado democrático tiene nuevos argumentos en favor de la tesis de la responsabilidad de éste y del deber de resarcimiento.

Al enfrentar la legislación de las dos últimas guerras sobre resarcimiento, critica al legislador de 1940, ya que éste, al contrario del de 1918, no concede al damnificado un derecho que puede ejercitar, sino, simplemente, un interés protegido.

Hace resaltar Martino un factor de gran importancia: la ampliación del concepto de hecho bélico como consecuencia de un complejo de circunstancias, principalmente del nuevo concepto de la guerra moderna y la especial situación de aquellos Estados que son primero aliados y después enemigos, o de los que siendo originalmente enemigos se convierten más tarde en cobeligerantes. Consecuencia de ello es la necesidad de la extensión del resarcimiento a los daños producidos por el saqueo de casas abandonadas forzosamente, peligro agravado, en esta última guerra, por los bombardeos aéreos, así como la consideración de daño producido por hecho bélico al realizado por las fuerzas cobeligerantes.

Después de establecer el orden que debe seguirse para el resarcimiento (la casa, los bienes domésticos, los profesionales y la pequeña hacienda), examina las fuentes financieras con que se debe proceder a tal resarcimiento, destacando por su originalidad—ya que las otras dos consisten en alcuotas partes de la cooperación económica americana y del impuesto extraordinario para hacer frente a la contingencia bélica—la específica contribución de todos los patrimonios, con las oportunas excepciones, conducentes al resarcimiento del daño de guerra considerado como avería nacional, justificando esta contribución con el principio de la mutualidad, por el cual el daño de guerra del particular se convierte, en parte, en daño de todos, tanto de los que lo sufrieron como de los que resultaron indemnes. Para ello propugna una gran operación estadística nacional, al objeto de buscar los patrimonios privados y los patrimonios damnificados en una cierta fecha, haciendo notar, también, que la contribución del patrimonio indemne es general, pero no universal, excluyendo, en virtud del principio de resarcimiento integral al patrimonio modesto, determinados bienes (bienes de habitación, profesionales, artesanos, utensilios del agricultor, etc.).

Termina Martino criticando la escasa defensa que el legislador de 1940

concedía al damnificado por la guerra, ya que las decisiones de las Comisiones encargadas de buscar y liquidar los daños eran definitivas, inapelables. En nombre de la justicia, Martino pide la creación de Comisiones jurisdiccionales representativas de las Comisiones Compartimentales y de la Central, a las que se pueda apelar en las controversias que se susciten entre los particulares y la Administración pública.

La posición que adopta Martino al formular estos principios es clara y tajante. Desecha, por inaplicables en la actualidad, las teorías de Strikie y de Vattel. Ello, creemos, que no sólo por la imposibilidad de mantener aquellas sutiles diferencias y la dificultad de determinar si los daños fueron ocasionados por los nacionales o por los enemigos, sino también por tratarse de un verdadero sacrificio del derecho privado de los particulares en beneficio de la colectividad, sacrificio operado por el Estado directamente a través de su actividad en la defensa de la Nación.

Por ello Martino, siguiendo las enseñanzas de Grocio, Puffendorff, etcétera, y de los tratadistas que en ellos se han inspirado (Pesestero, Mogliazza, Gabba, etc.), llega a la conclusión de que los daños sufridos individualmente por el interés social deben ser compensados proporcionalmente por todos los ciudadanos, estableciendo el principio de la mutualidad para el resarcimiento de los daños, como el principio más claro y concreto para la aplicación social de la justicia distributiva.

Sin embargo, hemos de reconocer que este principio, si bien es el más equitativo, es también el que más dificultades presenta en la práctica, como ya hacía notar Vattel y la experiencia ha demostrado ya desde las leyes francesas de 1871, en la que, si bien se establecen sumas en favor de los damnificados, no se les reconoce un derecho ejercitable ante los Tribunales (posición que se debe al Presidente de la República, Thiers) y en los de 1792 y 1816. Solamente encontramos una excepción, motivada por conveniencias políticas: la ley alemana de 1871, que, pródiga con los millones arrancados a los vencidos, resarció enteramente a los perjudicados de Alsacia-Lorena; experiencia que también encontramos en la misma Italia, ya que después de las guerras de la independencia nacional, a falta de legislación apropiada, la Jurisprudencia aplica la teoría de Vattel, si bien restringiéndolo poco a poco, a medida que el tiempo transcurría, hasta el punto de llegar a considerar como daños no resarcibles aquellos que el mismo Vattel consideraba indemnizables, tendencia ésta que se inicia en la sentencia de 3 de enero de 1876, de la Casación de Turín. En esta dificultad práctica tiene importancia la distinta situación económica y social en que se encuentre la nación en que dichas medidas se propugnan, siendo ello, en parte, una explicación a la discrepancia que Martino señala entre las leyes de 1918 y 1919 y la de 1940, ya que cuando el legislador de la primera postguerra acude en defensa de los damnificados, cuenta, para el resarcimiento, con las sumas de dinero, obtenidas como indemnización del enemigo vencido, situación distinta, ciertamente, a la de la Italia de 1940.

Esperemos, no obstante, que este principio sea realizable, no solamente por la idea de justicia social y equidad en el contenido, sino también

por ser, como observa Martino, un posible obstáculo a una nueva guerra, ya que una conflagración que además de ser excesivamente gravosa para el Estado, lo fuese igualmente para todos los ciudadanos sin excepción, sería una rémora para las guerras del futuro.

J. A. COBAS GONZALEZ

PINTO COELHO, José Gabriel: "Operações de banco", I. Coimbra, 1949.

En una serie de artículos que viene publicando la *Revista de Legislação e Jurisprudência* (1), el ilustre catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Lisboa, Prof. Doutor José Gabriel Pinto Coelho, se ha propuesto estudiar la naturaleza jurídica y el régimen propio de cada una de las operaciones que normalmente realizan los Bancos en el comercio moderno, con frecuencia e importancia cada vez más notorias.

El hecho de que su complejo y variado aspecto técnico absorba preferentemente la atención de los economistas y hombres de negocios ha dado lugar a un lamentable descuido de los criterios jurídicos, absolutamente imprescindibles para resolver mejor las graves cuestiones que se originan en el seno de las mismas. El trabajo dogmático-constructivo de un jurista que, al mismo tiempo, atienda a los resultados concretos, puede arrojar mucha luz sobre ese cúmulo de negocios de la práctica bancaria, tan necesitados de una clara ordenación técnicojurídica. En este sentido, el estudio del Prof. Pinto Coelho significa un paso decisivo en la ardua tarea de encajar dentro de los moldes legales consagrados a toda una larga serie de negocios, cuya mecánica es a menudo fruto de una vieja rutina urdida por los "practicones" del derecho, incapaces de solucionar justamente los posibles y serios conflictos de intereses que se presentan en el tráfico de los intermediarios del crédito.

El autor aborda en este primer fascículo de su estudio la debatida *questão* de la calificación jurídica del llamado "depósito bancario", problema que tiene amplias proyecciones de tipo práctico, sobre todo a efectos de determinar la procedencia e improcedencia de la compensación de las deudas del depositante con el saldo acreedor de su cuenta.

Varias teorías se han formulado al configurar la naturaleza jurídica de esta operación; principalmente, dos contrapuestas calificaciones son atribuidas a la figura del depósito bancario por la doctrina. Para unos (como Greco Supino y Vicente y Gella), debe acudirse al concepto de *depósito irregular*; otros (Lordi, Hamel, Veiga Beirão), en cambio, se inclinan a definir la naturaleza jurídica del depósito bancario por medio del concepto de préstamo o *mutuo*. Y no falta quien, como Escarra, muestre vacilaciones al atribuirle una u otra calificación, llegando a afirmar que el depósito bancario es en realidad una institución *sui generis*, en la que puede verse un ejemplo típico de la tendencia del Derecho mercantil para quebrar los estrechos cuadros, muchas veces en desuso, del Derecho civil.

(1) Año 81, núm. 2.875-2.892, recogidos en este volumen de "Coimbra Editora, Limitada", fasc. I (Depósito bancario).

El Prof. Pinto Coelho es un decidido partidario de la tesis que descubre en el depósito bancario un verdadero mutuo ("empréstito"). Para fundamentar su opinión realiza un cuidadoso estudio de los diferentes supuestos de hecho concretos que ofrece la práctica bancaria (depósito "a la vista" o a la orden, también impropriadamente llamado "cuenta corriente bancaria", depósito a plazo y depósito con preaviso), dirigido a poner de relieve los puntos de contacto que presentan con la figura general del depósito. A su juicio, el "fin de custodia" no es el específico que se persigue con este tipo de contrato, sino más bien una finalidad genérica de *seguridad*, que tiene su base en el sentimiento de confianza que a sus clientes inspiran los Bancos.

En el capítulo IV hace un pormenorizado estudio de las disposiciones del Código civil y del Código comercial portugueses, sometiendo a una concienzuda crítica las opiniones de los diferentes autores sobre la materia.

Una particular mención merecen las agudas apreciaciones críticas de la posición mantenida por V. Hamel, a cuyo propósito el Prof. Pinto Coelho precisa mejor su pensamiento. Siguiendo al ilustre comercialista francés, si bien se adhiere a la tesis del préstamo, porque el concepto de "depósito irregular", convenientemente delineado, no es adaptable al depósito bancario de dinero, reconoce que esta figura jurídica corresponde a cierta modalidad del depósito de dinero (depósitos obligatorios de numerario hechos por prescripción de la ley en establecimientos de crédito especialmente destinados a recibirlos o en los establecimientos bancarios comunes).

En efecto, en el "depósito irregular" prevalece el fin de seguridad o custodia. Aunque el depositario no esté obligado a restituir en especie —sólo debe hacer entrega del "tantundem"—, *tiene que conservar siempre en su poder cosas de la misma especie y calidad en cuantía igual a la que recibió*. Por tanto, tratándose de dinero, tiene que guardar constantemente en sus manos una cantidad igual a la que le fué confiada, observándose entonces las reglas del contrato típico del depósito, en la medida que lo permita la naturaleza fungible del objeto. En cambio, en el depósito bancario no se deposita el dinero con ese intento de ser *conservado*, sino con el propósito de asegurar al depositario la *libre disposición* de las cantidades depositadas para que éste las aplique como mejor entienda en sus especulaciones, y por eso el banquero no está obligado a conservar en su caja las sumas depositadas. Tan sólo, como medida de protección de los intereses del público, la legislación de crédito exige la conservación en los cofres de un reducido porcentaje.

Resulta de este modo ampliamente confirmada la doctrina defendida por el Prof. Pinto Coelho de que el depósito de numerario en los Bancos, aun en la modalidad de depósito "a la vista", tiene la naturaleza jurídica de un verdadero préstamo.

Sin embargo, el propio autor reconoce que también se pueden descubrir ciertas notas características de otras figuras jurídicas afines.

Así, puede observarse que se insertan en la configuración jurídica de este *mutuo* otros elementos que resultan de la mecánica adoptada (cuenta

corriente). Pero, bien vistas las cosas, parece claro que se trata únicamente de un procedimiento de contabilización que no autoriza la aplicación de las reglas jurídicas referentes al contrato de cuenta corriente (arts. 344 y siguientes del Cod. comercial portugués), cuyos fines y contenido ultrapasaban en mucho los de la operación bancaria de depósito.

Y el depósito "a la orden", que normalmente no produce intereses, o si los produce son muy reducidos, ofrece muchas veces el aspecto predominante de una verdadera operación de depósito, en la que el depositante tiene el propósito de confiar un valor para que sea guardado por el depositario (fin de custodia). Pero, como muy bien observa el Prof. Pinto Coelho, los diferentes motivos del negocio no pueden influir en su configuración jurídica y, por otra parte, la calificación del depósito bancario como préstamo no está comprometida por la exigibilidad del reembolso "a la vista", porque el plazo no es un elemento esencial del mutuo: se puede emprestar una cantidad "a la orden".

Finalmente, un reflejo atenuado de las características propias del depósito irregular puede descubrirse en el deber, que *ex lege* deriva, de conservar en el patrimonio del Banco depositario cierto porcentaje del montante a que ascienden las sumas depositadas.

Tal vez podría decirse que el depósito bancario es una de esas instituciones de estructura mixta relacionadas con diversos tipos de negocios nominados, si bien en este caso las características más salientes y dibujadas del mutuo apaguen y releguen a un segundo lugar los otros elementos extraños, predominio que tiene su importancia para admitir la procedencia de la compensación de los débitos del depositante con el importe del saldo acreedor de su cuenta de depósito.

El Prof. Pinto Coelho se ocupa de este vivo problema en el capítulo segundo, llegando a la conclusión—después de realizar un apurado estudio exegético y doctrinal de los preceptos legales nacionales y extranjeros referentes a la materia—de que lo dispuesto en el artículo 767, número 4, del Código civil portugués (paralelo al número 1 del artículo 1.200 del Código civil español) no se debe aplicar al depósito bancario de dinero. Refuerza su interpretación, que consideramos plenamente satisfactoria, con una serie de interesantes consideraciones históricas sobre el origen de la prohibición de compensación de las deudas procedentes de depósito y comodato en el derecho moderno, explicándola como una simple sobrevivencia de la prohibición consagrada en el antiguo derecho de Roma por motivos que hoy la hacen totalmente innecesaria (recuérdese que en el derecho justinianeo no aparecía explícitamente formulado el requisito general de la *fungibilidad* de las prestaciones en la compensación, que, como es obvio, falta en el supuesto típico de un depósito en *especie*).

En esta parte de su estudio, el Prof. Pinto Coelho se refiere ampliamente al trabajo de Albaladejo García, *La prohibición e improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato* (2), cuyos elementos aprovecha y desenvuelve para apoyar sus conclusiones.

(2) Publicado en la "Revista de Derecho Privado", núm. 361, abril 1947, página 254 y siguientes.

Nadie mejor que el Prof. Pinto Coelho, que junta a su ya prolongada actuación como prestigioso maestro universitario una larga experiencia como abogado eminente y alto consejero de una importante casa bancaria, estaba en condiciones de escribir sobre un asunto tan complejo desde el punto de vista dogmático y, al mismo tiempo, tan directamente ligado a la vida corriente de los negocios.

J. B. JORDANO

RODRIGUES VENTURA, Raúl Jorge: "A converção dos actos jurídicos no Direito romano". Lisboa, 1947.

He aquí un estudio que tiene interés no sólo para el Derecho romano, sino también para el moderno derecho. Es este, a nuestro modo de ver, el gran mérito del libro del Prof. Ventura: el haber sabido coordinar, siguiendo una orientación merecedora de las mayores alabanzas, la investigación histórica, dirigida a depurar el valor de los antiguos textos romanos, con la dogmática moderna, muy tenida en cuenta a la hora de determinar los elementos, naturaleza, fundamento y efectos del instituto.

En el estudio del Derecho romano cabe adoptar muy diversas actitudes: la del romanista, lleno de historicismo, que sólo se preocupa de restablecer la genuina pureza de las fuentes, para lo que no ahorra ningún esfuerzo que tienda a descubrir nuevas interpolaciones o a rectificar el alcance de los hallazgos ajenos; la del cultivador del *ius romanum*, apegado a las seductoras construcciones modernas de la jurisprudencia conceptual, que se acerca a los textos clásicos con el propósito de adaptarlos a toda costa a sus arraigados "prejuicios dogmáticos"—cuando no intenta ensayar atrevidamente (como si el Derecho romano fuera una especie de paciente conejillo de Indias) las nuevas posibilidades constructivas que le sugiere su exuberante imaginación jurídica—. Lo verdaderamente difícil es mantener esa sabia actitud de equilibrio, mezcla de un profundo respeto por el dato histórico y de una prudente utilización de las categorías universales capaces de arrojar luz sobre la complejidad de lo fáctico, propia del romanista bien formado que sabe unir la crítica histórica con la dogmática moderna.

Rodríguez Ventura ha elaborado su libro siguiendo el camino abierto por algunos de los más grandes romanistas italianos, cuyas obras están llenas de ricas enseñanzas y fecundas sugerencias para todos los civilistas.

El método de trabajo del autor, ya utilizado entre nosotros con tantos frutos por el Prof. Alvaro D'Ors, consiste en la feliz combinación del criterio histórico con el jurídico. Para ello ha procedido primero, tras de exponer una serie de interesantes consideraciones generales encaminadas a situar el problema de la conversión de los negocios jurídicos, a un cuidadoso estudio crítico de los textos en el capítulo segundo, convenientemente sistematizados, analizando después los requisitos de la conversión en el capítulo III, y la naturaleza jurídica, fundamento y efectos de la *conversio* en el IV, acabando con el estudio comparativo de la figura con otras instituciones jurídicas afines (reproducción del negocio jurídico, regla *uti*

lis per inutile non vitiatur, reducción y ampliación del negocio jurídico, simulación y negocios jurídicos indirectos), muy útil desde el punto de vista dogmático.

Frente a las tres principales teorías que se han formulado sobre el fundamento y mecanismo del instituto (la de la voluntad *real*—expresa o tácita—de Satta, la de la voluntad *hipotética*, consagrada por el § 140 del BGB, y la que concibe la *conversio* como un simple problema de *calificación jurídica*), Raúl Ventura toma partido por la última, si bien con precisiones personales que en algunos aspectos modifican y complementan el pensamiento de Bodda, Pugliati y Larenz, en el cual apoya su construcción.

Para el profesor de Lisboa la conversión no es un efecto del acto nulo: ella consiste apenas en la preferencia de cierta calificación. El negocio objeto de una conversión no llega a ser nulo, porque se evita la calificación que provocaría la nulidad. Cuando en un acto se encuentran simultáneamente los elementos de dos figuras jurídicas, habiendo por ello posibilidad de una doble calificación, debe ser preferida aquella que garantice la validez del negocio. La nulidad no se *remedia*, por tanto, sino que se *evita*. Y es el peligro de la misma el que determina el criterio a adoptar en la elección de una de las dos posibles calificaciones. Se trata siempre de “conservar un valor jurídico. Como el acto no llega a ser nulo, porque sólo es calificado según la forma que asegura su validez, no existe una retroactividad de la conversión: ésta es contemporánea de la formación jurídica del acto.

Muy convincentes son las atinadas críticas hechas a las otras doctrinas que pretenden explicar la función de la *conversio*. Y digno de ser notado es el importante papel—positivo y negativo—atribuido en la mecánica del instituto al intento práctico de las partes, así como las páginas dedicadas por el autor al juego de la causa en la conversión.

El hecho de que el estudio se mueva en el ámbito del Derecho romano ha impuesto a R. V. ciertos límites en sus conclusiones (así, por ejemplo, el problema de la conversión de los negocios jurídicos anulables que en el moderno derecho es legítimo, no puede ser colocado en el Derecho romano). Sin embargo, como ya hemos advertido, el libro ofrece gran interés para el jurista de nuestros días por lo mucho que sugiere y enseña. Las posiciones mantenidas por su autor a propósito de los diferentes asuntos abordados son siempre persuasivas y convidan a pensar seriamente en la actual problemática de la conversión de los negocios jurídicos.

El libro, bien escrito y admirablemente sistematizado, contiene, en abundantes y densas notas, una rica información bibliográfica.

Juan Bautista JORDANO

VERDERA Y TUELLS, Evelio: “La simulación en la anónima”. Ed. separada de la Revista de Derecho Mercantil. Madrid, 1949; 62 págs.

Tiene el autor el mérito inicial de enfrentarse con un tema espinoso de por sí y farlo en absoluto de estudio en el derecho español. Para ello, y pro-

cediendo con un inevitable rigor científico, estudió previamente el tema de la simulación en general, en un artículo que aparecerá en este mismo ANUARIO.

El estudio que estamos glosando atiende al juego de la simulación en el vasto campo de la Sociedad anónima, haciendo una real aportación al estudio de este tema de interés palpitante en el momento actual.

Empieza, con buena sistemática, distinguiendo las simulaciones que afectan al acto constitutivo de las que se manifiestan a lo largo de la vida de la Sociedad. En cuanto al primer problema, expone las diversas teorías sobre la posibilidad misma de que se dé la simulación hasta determinar el valor del acto de reconocimiento estatal en materia de Sociedades mercantiles, con arreglo a las concepciones doctrinales y orientaciones legislativas, para concluir que no puede defenderse sin más la intervención constitutiva del Estado en materia de Sociedades, por lo que tal intervención no impide que se den los supuestos de simulación en la formación del sustrato de aquélla. Completa su tesis estudiando la naturaleza jurídica del acto constitutivo de la anónima de modo que aun cuando se admita la teoría del acto social constitutivo se demuestra que puede darse la simulación. Combate adecuadamente a las teorías negativas y expone a continuación las afirmativas, coincidentes con su pensamiento, citando las tesis de Dominado, Salandra, Brunetti y Soprano. En su afán de agotar la materia, se refiere a las Sociedades creadas por el Estado, sosteniendo respecto de ellas también la posibilidad de la simulación, salvo en su constitución. Trata después de las consecuencias de la declaración de simulación (serán distintas inter partes—subsistencia como comunidad—y respecto de terceros, que deben ser protegidos), y pasa a la segunda parte de su trabajo, la simulación en la vida de la Sociedad, refiriéndose primeramente a la del objeto y las consecuencias que tendrá la exclusión de un socio de la participación en beneficios o pérdidas. Trata de otros supuestos de simulación, como la de suscriptores, distinguiendo la suscripción ficticia de la simulada; la de las aportaciones, bien sea en la constitución o en los aumentos de capital; la de los acuerdos de la Junta general, con la cuestión del accionista aparente y del prestanombre; la de los dividendos, balances y reservas, y la del domicilio, con sus consecuencias respecto de la nacionalidad.

Este es el resumen verdaderamente telegráfico del trabajo extenso, agotador, que ha hecho el autor. Por él puede observarse, sin embargo, su enorme interés, ya que para resolver los problemas que la simulación plantea en relación con la anónima se hace en cada caso un estudio detenido de la cuestión a que aquélla afecta, así del valor del acto de reconocimiento estatal, de las anónimas creadas por el Estado y de todos los conceptos jurídicomercantiles, ya aludidos: aportación, dividendos, nacionalidad, etc. En muchos casos no falta la visión personal del autor, así, por ejemplo, a propósito del pacto de exclusión de un socio de las ganancias o de las pérdidas, vez indicaciones preliminares y le sigue, como epílogo, una biografía que, "pacto leonino", punto en el que sostiene una arriesgada posición afirmando la nulidad del contrato social, salvo cuando se trata simplemente de

obligar a un tercero a resarcir a un socio de las pérdidas sufridas por efecto de la gestión social, porque en este caso tal pacto es autónomo respecto del contrato de Sociedad, y recoge siempre la última palabra de la doctrina, especialmente de la italiana, que junto con la española es citada de modo exhaustivo, sin perjuicio de múltiples referencias a otros sectores doctrinales.

El trabajo constituye, en suma, un magnífico estudio monográfico tan rico de ideas y de información como limpio de estilo y perfecto de construcción sistemática.

Alberto BALLARIN

WOLF, Erik: "Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft". Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1950; 515 págs.

En la primera página de este libro está su dedicatoria a Gustav Radbruch en su setenta aniversario y, al terminar su lectura, el recuerdo del sabio fallecido recientemente (1) es más fuerte y claro que nunca; lo que, en el fondo, quizás sea el más expresivo resumen de la impresión que nos dejó.

La obra que nos ocupa es una Antología jurídica, una colección de trozos escogidos de autores alemanes, de principios del siglo XVI hasta fines del XIX; de Zazius, Oldendorp, Althusius, Pufendorf, Svarez, von Zeiller, von Fenerbach, von Savigny, Rümelin, von Jhering, von Liszt, von Gierke. Nombres claves de la ciencia alemana y también de la ciencia jurídica europea.

El propósito del autor es proporcionar una obra manejable—en tres volúmenes—y útil para la enseñanza en los seminarios. Ello hace que los textos reproducidos no sean siempre completos, se suprimen párrafos menos significativos, alusiones y polémicas sin actualidad y notas de erudición.

De los textos recogidos hay algunos conocidos de todo jurista; otros, en cambio, que son verdadero regalo, reimpresión de páginas imposibles o casi imposibles de encontrar. A la obra de cada autor preceden unas breves indicaciones preliminares y le sigue, como epílogo, una biografía que, en los términos más escuetos y precisos, dibuja la fisonomía moral y el ambiente que explican al hombre y a su obra (2).

De los textos elegidos no hay uno que sobre, máximo acierto de Wolf; se advierten ausencias de autores muy significativos, pero dado que en los dos tomos que todavía no han aparecido habrá textos del siglo XII al si-

(1) Si su solemnidad magistral, traje (chaquet impecable) y además académico, voz fría y sin matices, con que explicaba en su cátedra de Heidelberg no lo revelaban, sus obras, llenas de contenida emoción, muestran la insatisfacción de la vocación no seguida y el desasosiego de quien vive una profesión que se trata de comprender, pero que no se siente íntimamente.

(2) El complemento de estos estudios se encuentra en otro libro del autor: *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 2.ª ed., 1944.

glo XX, sería prematuro señalarlas. También, es cuestión de gusto, se puede lamentar que no se haya escogido algún texto que nos puede parecer tan o más significativo que el impreso; mas, en términos generales, un gran tino preside la elección. Muy discretamente, se dejan para la labor del seminario el encaje de cada uno de los autores en las ciencias jurídicas, las tendencias a que se adscribiera y su influjo en la doctrina; sobre todo, falta señalar el puesto de estos juristas en la ciencia jurídica europea, pues recibieron mucho y también dieron mucho al acervo común de nuestra ciencia.

El máximo valor de esta obra, sobre todo para el trabajo de seminario, está en que enseña de modo directo lo que es ser jurista. Buena respuesta al interrogante y al dilema de Radbruch. El jurista, el buen jurista, el que siente y vive su oficio a través de los siglos, testimonia con todo su ser, con hechos y con obras, su fe en el Derecho y en la Justicia. Por encima de la exégesis legal, de las habilidades artesanas de la técnica, que llenan los libros más conocidos, se descubre el motor último de la obra de los grandes maestros, su modo de entender cómo se sirve mejor a la Justicia; y entonces, olvidada la fría dialéctica y las abstracciones del dogmatismo, escriben con el cálido phatos de quien defiende lo que más importa.

F. DE CASTRO

Revistas

I. Derecho civil

1. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

FERNÁNDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Necesidad de una profunda y concienzuda inspección del Registro Civil". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 117, 1950; págs. 1-8.

Las lagunas que por distintas causas existen en algunas oficinas del Registro Civil se vieron aumentadas durante nuestra Guerra de Liberación, dada la destrucción sistemática de muchos de ellos y de la poca garantía que ofrecían las practicadas durante aquel período por las anomalías cometidas; forzosamente debe tenderse a la corrección de tales defectos.

Actualmente la inspección se viene realizando semestralmente por los jueces de Primera instancia, y ello es lo que constituye una inspección ordinaria y permanente; pero la inspección no termina por la simple visita semestral, sino que, por el contrario, debe ser continua y permanente. El autor apunta la conveniencia de que antes de girar la visita semestral, se remitiese una comunicación indicando el día y hora en que se ha de llevar a cabo, así como que se señalasen aquellas materias que requiriesen una inspección especial.

FERNÁNDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Reconstitución de libros del Registro Civil". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 115, 1950; págs. 1-7.

La importancia que para las cuestiones de estado tiene el Registro Civil, determina la necesidad de que cuando por cualquier circunstancia el mismo haya sido destruido, se proceda a su reconstitución. Sin embargo, la reconstitución ordenada por la disposición de 18 de diciembre de 1949 no contempla solamente el supuesto de que los libros en donde existían las inscripciones hubiesen sido destruidos, sino también el caso frecuente de que, bien por impericia, mala fe, negligencia u otras causas, hayan estado suspendidas las funciones registrales durante cinco o seis años, o temporadas inferiores a un año; claro está que en estos casos

no se trata de reconstitución, sino de constitución de los libros que faltan, sistema que no desconocía nuestro sistema registral, ya que por Real Orden de 6 de agosto de 1885 se arbitran los medios de crear los libros de la Sección III, cuando su funcionamiento hubiese sido suspendido.

Señala la urgencia de la reconstitución, opinando que además del anuncio que debe de publicarse, a tenor del artículo 7.º del Decreto de 1876, en el *Boletín Oficial del Estado*, debería también publicarse otro en el *Boletín Oficial de la Provincia*, e incluso en lugares oportunos del pueblo, en los tabloneros de anuncios de los Ayuntamientos y Juzgados de pueblos limítrofes. Aboga porque se dé toda la importancia que merece a lo que resulta del Registro Eclesiástico, que si no fueron recogidos suficientemente en la legislación anterior, se debe a la animadversión con que eran mirados los asuntos eclesiásticos como consecuencia de la Constitución de 1869.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Registro Civil. Un caso de inscripción de defunción de persona desconocida, si posteriormente se logra identificar, ¿es precisa nueva inscripción?" *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 110, 1950; págs. 1-5.

Considera el autor que dados los preceptos que regulan la inscripción de defunción de persona desconocida, en el supuesto que posteriormente se logre identificar, sólo quedan como datos interesantes para la nueva inscripción los relativos al nombre, apellidos, estado, filiación y naturaleza, datos éstos que sin mermar el prestigio y la seriedad del Registro, no precisan nueva inscripción, bastando únicamente con hacerlos constar por "nota marginal" para sencillez, claridad y economía de tiempo y trabajo, y porque en caso de discordancia entre los preceptos comentados, debe prevalecer el del Decreto, que, sobre ser posterior, es aclaratorio de la Ley del Registro.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Algunos problemas de nacionalidad en el Código civil español". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 114, 1950; págs. 1-6.

La ya un tanto lejana fecha en que empezó la vigencia del Código civil determina que se vayan poniendo de manifiesto determinadas lagunas, de entre las cuales el autor, en relación con el epígrafe, destaca: las que surgen de los artículos 18 y 19 en relación con el número 1 del artículo 17 del Código civil, para él el problema quedaría resuelto en el sentido de que cuando durante la menor edad de los hijos, sus padres han exigido la nacionalidad española, los mismos son españoles en virtud de aquella manifestación, sin necesidad de ratificación por ellos al llegar a su mayor edad o emancipación, ni posibilidad de actuaciones revocatorias de los mismos hijos, a los cuales no les cabe ya la renuncia a nuestra nacionalidad y sí sólo la pérdida. También es frecuente que por una defectuosa interpretación del artículo 20, se acepten e inscriban como válidas las ma-

nifestaciones de renuncia a la nacionalidad; entiende que los encargados de los Registros Civiles deben rechazar cuantas renunciaciones a la ciudadanía se les presenten, ya que esta actuación jurídica es inexistente en nuestro ordenamiento civil registral.

Por último, contempla el supuesto de la apatridia que se deriva del artículo 22 del Código civil cuando la Ley personal del marido no acepta a la esposa como nacional por el solo hecho del matrimonio; tal problema lo ha resuelto la D. G. R. N. en el sentido de seguir considerando como española a la mujer que habiendo casado con extranjero no adquiera, en virtud de tal circunstancia, la ciudadanía de su esposo.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Viva vos iuris". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 109, 1950; págs. 1-5.

Uno de los riesgos más graves en la vida de las leyes, lo constituye su inactualidad, que imputable también y en última instancia al legislador, cae inmediatamente en la órbita de actuación del jurista; ello motiva que el que aplique el Derecho se encuentre ante el más grave problema de la interpretación: el respeto de la pura técnica, o la adaptación de la anticuada norma a la realidad viva y actual. Para la resolución de este problema existen determinados métodos de interpretación que el autor cita sucintamente; inclinándose, por último, abundando en la idea de Georger Ripert, considera temerario el pretender hallar principios inmutables en el Derecho positivo, ya que las normas que un día fueron proclamadas y recibidas como verdaderos axiomas, no son sino expresión modesta e incómoda de un estado de cosas desaparecidas y, en definitiva, fórmula abstracta de las realidades de un momento.

HAMEL, Joseph: "La personalidad moral y sus límites." Recueil Dalloz, 32, 1949; pág. 141.

En la actualidad se asiste a un desbordamiento de la concepción tradicional de la personalidad moral que asume formas y organizaciones diversas, a menudo exigidas por la realidad jurídica. Todo grupo tiene una vida que debe analizarse y ser precisada; algunos de ellos, por razones de utilidad práctica, pero al margen de éstas, desenvuelven una vida jurídica activa e importante que no ha alcanzado todavía un régimen definido.

LOZANO SERRALTA, Manuel: "Notas críticas sobre el registro de tutela". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 113, 1950; páginas 1-5.

La duplicidad que se deriva de lo preceptuado en el artículo 288 del Código civil, que dispone que en los Juzgados de Primera Instancia se lleve un Registro en el que se tome razón de las tutelas constituidas du-

rante el año, así como lo que dispone el artículo 60 de la Ley del Registro Civil, que ordena que al margen de la partida de nacimiento se anoten los discernimientos de tutela, así como la remoción de este cargo, motivan que el autor propugne el que entre las reformas que en relación con el Registro de tutelas convendría efectuar, figuran la de sustituir el que se lleva actualmente en los Juzgados de Primera Instancia, y a cargo de su secretario, por otro que pasaría a ser una nueva Sección del Registro del estado civil, en la que sin perjuicio de conservar la anotación al margen de la partida de nacimiento del incapacitado, se inscribieran todas las tutelas constituidas en el territorio de su jurisdicción, compendiándose entre sus datos lo referente a la composición del Consejo de Familia y presidente, y en los asientos sucesivos todas las alteraciones orgánicas en la misma y las incidencias interesantes para la buena inspección, tales como rendición de cuentas, fianzas, etc.

MOLINA CARRANZA, Emilio: "La interrupción de la prescripción". *Revista Notarial*, 651, 1949.

Examina comparativamente la Legislación argentina estableciendo las adecuadas comparaciones con la francesa e indicando las respectivas diferencias. Propugna determinadas reformas del artículo 3.966 del Código civil, en el sentido de hacer predominar el interés social mayor sobre el menor que importa la suspensión de la prescripción respecto de los menores e incapaces.

MONTEL, Alberto: "Las rescisiones de los contratos concluidos en estado de necesidad, según el Código civil italiano". *La Ley*, 14 abril 1950.

Como característica de los contratos en los que concurre tal circunstancia, señala que la amenaza debe ser dirigida contra la persona, no siendo, en cambio, suficiente la amenaza dirigida contra las cosas, por más apreciables que ellas sean, quedando, por lo que hace a la "iniquidad" de la obligación contraída, a la evaluación discrecional del juez, no exigiéndose que la lesión perdure hasta el momento en que se promueve la acción.

NAVARRO MARTORELL, M.: "Notas sobre el concepto y la estructura de los negocios fiduciarios". *Revista de Derecho Privado*, 396, 1950; páginas 224-238.

Define los negocios fiduciarios como aquellos en que una persona (fiduciario) recibe de otra (fiduciante), que confía en ella, una plena titularidad de Derecho en nombre propio, comprometiéndose a usar de ella sólo en lo preciso para el fin restringido acordado, ya en interés suyo, ya también en el del transmitente o de un tercero.

En cuanto a su estructura, señala las dos notas psicológicas funda-

mentales: la confianza del fiduciante y la potestad de abuso del fiduciario, ligada ésta a la desproporción entre medio otorgado y fin pretendido. Y en cuanto a lo que se refiere a la complejidad del negocio fiduciario, distingue el elemento real del obligacional, así como las relaciones que entre uno y otro existen.

QUINTANA RIPOLLES, A.: "Crisis positiva y apoteosis filosófica del contrato". *Revista de Derecho Privado*, 395, 1950; págs. 136-144.

Señala los peligros derivados de la constante disgregación del Derecho, entre los cuales destaca fundamentalmente la crisis por la que pasa el contrato. Para que exista la seguridad jurídica en la órbita contractual, es necesario que la intervención del legalismo se limite estrictamente a las finalidades sociales y moralizantes, sin desvirtuar su genuina esencia, y, desde luego, bajo la suprema garantía de lo social; de esta forma se evitarán los siguientes peligros: la sustitución de un criterio social a un criterio jurídico; la llamada justicia de clases por una simple transmutación de valores y un pretendido desquite histórico que no corregiría pretéritos males con sólo cambiar arbitrariamente los papeles, puesto que fortificar a los débiles no es realizable meramente con debilitar a los fuertes; el suplantar los órganos naturales de la justicia (la justicia judicial) por otros de supuesto mayor dinamismo y estirpe administrativa.

R. AFTALION, Enrique: "La interpretación en la Ciencia del Derecho". *La Ley*, 16 y 17 de marzo 1950.

Tras la obligada referencia a las escuelas y métodos de interpretación, se ocupa de la valoración judicial en la interpretación, la intersubjetividad como condición de la objetividad de la valoración, destacando la importancia de la Jurisprudencia que interesa al intérprete, no como nudo hecho, sino en cuanto se trata de un hecho que sirve de substrato a un sentido valioso. El problema que los métodos de interpretación plantean estriba, no en la elección de uno determinado, sino en que la valoración del que se escoja sea hecho objetivamente.

SILVA MELERO, V.: "Instituciones y términos del Derecho civil en el Derecho penal". *Revista de Derecho Privado*, 394, 1950; págs. 24-38.

Si bien se ha llegado a cierto acuerdo en orden al problema de las relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal, no ocurre lo mismo por lo que hace a la interpretación y elaboración de las instituciones y términos del Derecho civil en el Derecho penal; su estudio alcanza a la cuestión de la unidad fundamental del Derecho y a la necesidad de llegar a unificar el valor institucional de conceptos. Estudia la cuestión en or-

den al Derecho patrimonial, posesión civil y penal, objeto del Derecho, valoración punitiva de algunas figuras contractuales, acto y documento en el Derecho penal, así como los términos civilistas en el Derecho de Familia y en el sucesorio, los cuales son a menudo empleados por el Derecho penal, sin que su noción difiera en el Derecho punitivo de su sentido civilista.

2. Derechos reales

A cargo de José María DESANTES GUANTER.

GALAT NOUMER, José: "El fundamento del derecho de propiedad y la democracia económica". Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, 421-425, agosto-diciembre 1949; págs. 403-414.

La propiedad es un derecho "natural" en el sentido de que se sustenta en la misma naturaleza del género humano. Pero el autor no hace dimanar esa aserción *a priori*, racionalmente, sino *a posteriori* y "bajo el signo positivista de un procedimiento empírico".

La idea de propiedad evoca necesariamente las de necesidad, tendencia y satisfacción. La tendencia es el instinto ciego que pugna por realizarse, el instinto de conservación, el egoísmo de cada hombre por ser. Hasta aquí el hombre no se diferencia de los animales. Pero el hombre que a la vez que es ser natural es espiritual, racionaliza su instinto imponiéndole una limitación ética y jurídica al mismo tiempo que técnicamente halla procedimientos para un aprovechamiento mejor y mayor, realizado con el mínimo esfuerzo. El trabajo no es más que el instinto en acción, es el medio único para la objetivación del egoísmo como "derecho" de propiedad, pero no es el derecho de propiedad mismo. Así se demuestra que no ha existido la primitiva propiedad colectiva, pues la propiedad lleva en sí el signo individualista. De aquí que sea utópica también cualquier pretensión de colectivismo en nuestra época.

La solución no consiste en negar la propiedad privada, al modo comunista, ni en limitarla a un grupo, al modo del liberalismo burgués, sino en una auténtica democracia económica: universalización de la propiedad democráticamente, por un lado, y, por otro, integración orgánica por el procedimiento cooperativo planificado por el Estado.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "La concepción fundamental de la propiedad". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 111, 1950; páginas 3-5.

Es innegable la repercusión de las formas político-económicas en el ámbito de la propiedad. En Roma adquiere el dominio su más exuberante contenido. Pero el cristianismo construye la idea de la función social de

la propiedad, que culmina en los textos de los Papas León XIII y Pío XII.

Tal idea cristiana de la propiedad privada es reivindicada por los legisladores y tratadistas italianos del fascismo bajo la denominación de "concepción funcional de la propiedad", que se traduce en la imposición de deberes positivos al propietario. El dominio deja de ser un simple "poder" para configurarse como "derecho-deber".

Contra esta concepción se lanzan en Italia actualmente, con una intención ciertamente más política que jurídica, críticas que el autor sintetiza en tres argumentos fundamentales para después razonar su ineficacia y concluir que la concepción funcional de la propiedad ha venido a sustituir al principio del libérrimo ejercicio de los derechos.

GUAROA VELAZQUEZ: "Las acciones posesorias conforme al Derecho portorriqueño". *Revista de Derecho, Legislación y Jurisprudencia del Colegio de Abogados de Puerto Rico*, XII, 4, 1949; págs. 337-390.

El autor hace un estudio de los cuatro interdictos posesorios persistentes en Puerto Rico con su misma fisonomía clásica, a pesar de haberse inspirado la regulación positiva actual en principios exóticos. En la práctica siguen los interdictos empleándose con preferencia a otras acciones posesorias de procedencia extraña introducidas en aquella legislación.

Con apoyo de textos doctrinales, principalmente españoles, y jurisprudencia del Tribunal Supremo puertorriqueño, comienza el autor precisando brevemente el concepto de la posesión y sus elementos, para analizar a continuación con más minuciosidad las condiciones que la posesión ha de reunir para merecer el amparo de la Ley. Sigue un estudio de los elementos comunes a todos los interdictos posesorios, para proceder a continuación al examen separado de cada uno de ellos, que comprende su noción, características y condiciones de ejercicio y oposición. Seguidamente estudia el problema de la protección posesoria de las servidumbres discontinuas, terminando con un índice de casos resueltos por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en relación con los interdictos posesorios.

SOLS GARCIA, Pedro: "Ensayo sobre la prescripción adquisitiva de bienes muebles". *Revista de Derecho Privado*, febrero 1950; págs. 119-135.

El autor se plantea el problema de la prescripción adquisitiva de los bienes muebles, centrándolo sobre la aparente contradicción entre los artículos 464 y 1.955 de nuestro Código civil.

Comienza el trabajo con la exposición del sistema de prescripción adquisitiva de bienes muebles en el Derecho romano y en el germánico, y en los Códigos civiles de Francia, Alemania, Italia de 1865 y 1942 y Suiza. A continuación sitúa el problema en nuestro Derecho con la exposición de los textos legales referentes a la materia, y examina las diversas soluciones dadas al mismo por nuestra doctrina: la teoría tradicional, que ve en el artículo 464 una presunción de título; la teoría moderna, que lo consi-

dera un caso de prescripción instantánea, y la doctrina del Tribunal Supremo, a través principalmente de la sentencia de 19 de junio de 1945, que con abundantes argumentos se acoge a la teoría tradicional.

Tomando como base esta última doctrina, estructura el autor la ordenación del Derecho vigente en España sobre prescripción adquisitiva de bienes muebles, separando los casos de posesión de buena fe, posesión de mala fe y ocupación, y concluyendo con una crítica general favorable al sistema del Derecho español.

VENTURA-TRAVERSESET, Antonio: "Cesación en la comunidad de bienes con dueño sujeto a interdicción civil". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 262, marzo 1950; págs. 153-160.

Plantea el problema de una propiedad indivisa en que uno de los condóminos esté sujeto a interdicción civil y en la que se ejercite la acción *comuni dividundo*. Estudia la interdicción civil en relación con las prohibiciones de enajenar, la naturaleza de la acción de división de la cosa común, los presupuestos para su ejercicio y los distintos problemas que pueden presentarse en relación con la clase de cosa que se trate de dividir.

MARTI RAMOS, Luis: "El usufructo de bosques en Cataluña". *Revista Jurídica de Cataluña*, 1, 1950; págs. 3-22.

La doctrina del Tribunal Supremo, acogida por parte de los tratadistas contemporáneos del Derecho civil catalán, niega al usufructuario el derecho de cortar el monte tallar o maderable y percibir o hacer suyo como fruto del bosque el producto de las talas o cortas del mismo, permitiéndole únicamente aprovecharse de los frutos de los árboles y de las ramas mediante podas según la costumbre de la localidad; pero como no sea para menesteres de las fincas usufructuadas, no se le permite cortar los árboles ni aun para hacer entresacas que faciliten el desarrollo de los restantes, sino con permiso del propietario, y en este caso, supuesto tal permiso, el producto de la venta pertenecerá al propietario en dominio y al usufructuario en usufructo.

El autor se propone demostrar, exponiendo abundantes y uniformes opiniones de autores antiguos, que esta interpretación no está ajustada a las leyes romanas, llegando a la conclusión de que debe admitirse la aplicabilidad en el territorio de Cataluña de los artículos 483, 484 y 485 del Código civil por estar en perfecta concordancia con aquellas leyes romanas.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

CAMPOY GARCIA, Antonio: "Repercusiones prácticas del artículo 7.º de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 1950; págs. 363-385.

A pesar del tiempo transcurrido, con frecuencia se encuentran muchas dificultades al intentar poner en contacto el citado precepto con la casuística que regula; el autor, desde un punto de vista práctico, enfoca la cuestión, y, a tal fin, aporta la opinión de los comentaristas sobre la materia, así como los más recientes fallos de la Sala 5.ª del T. S.; resume los puntos resueltos por la Jurisprudencia y destaca aquellas materias acerca de las cuales todavía subsisten las dudas. Termina considerando que si bien mientras para el aparcerero labrador el artículo 7.º suena a derecho vano, para el propietario es un escollo amenazante que no se atreve a salvar cuando lo presente esgrimible.

DA ROCHA, Clovis Paulo: "Do cancelamento do mandato irrevogável". *Revista Forense*, 558, 1949; págs. 377-381.

La validez de la cláusula de irrevocabilidad del mandato puede llevar consigo abusos y conducir a situaciones injustas; por ello la solución del problema no debe buscarse en la revocación del mandato irrevocable por medio de doctrinas no admitidas en el Derecho escrito, de ahí que vea la solución en que cuando la situación creada sea injusta se trate de revocarla, bien por cláusula de nulidad en el mismo mandato o por anulabilidad y rescisión del mismo en los casos en que quepan tales formas de ineficacia del negocio creado.

DI BLASI, F. U.: "La cláusula "rebus sic stantibus" en el nuevo Código civil y en las nuevas aplicaciones de la Jurisprudencia". *Jurisprudenza Italiana*, 9, 1949; pág. 131.

El hecho determinante de la posible rescisión del contrato conforme a los artículos 1.467 y 1.468, no es la continuidad y periodicidad de las prestaciones, sino su ejecución en un plazo más o menos prolongado. La onerosidad excesiva no consiste en la ruptura de la correspondencia entre las prestaciones recíprocas porque el remedio legal se aplica igualmente en los contratos unilaterales; la onerosidad debe ser medida con un criterio objetivo con abstracción de las condiciones económicas del deudor. El demandado por rescisión puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato, bastando para ello que desaparezca la onerosidad excesiva, sin que sea necesario asegurar al deudor las ventajas originariamente posibles.

DELVECCHIO, Franco: "El precario oneroso". *Giurisprudenza Italiana*, 10, 1949; pág. 627.

Esta figura nace de los siguientes hechos: inexistencia de obligaciones futuras a cargo del concedente de la cosa, que cumplió todas las que le correspondían con la entrega de la misma; facultad de reclamar la restitución de la cosa "ad nutum" y pago de un canon por el goce del bien; señala, por último, las especies contractuales en que pueden encuadrarse aquellas transferencias : comodato, locación, contratos mixtos, etc.

ERNESTO SALAS, Acdeel: "La naturaleza jurídica del pago". *Jurisprudencia Argentina*, 18, 1949.

Circunscribe su estudio al pago realizado por el propio deudor, y en este campo expone y critica la doctrina sentada en la nación, que es trunfo de las controversias entre los autores extranjeros. Para el autor la voluntad no es un requisito esencial para la eficacia del pago, y considerando con Giusana que el pago es el hecho jurídico por el cual se realiza el contenido de la obligación.

GARRIGA, Román: "El enriquecimiento sin causa, sus caracteres y efectos". *Jurisprudencia Argentina*, 4.071, 1949.

Expone los requisitos: enriquecimiento, falta de causa y de otra acción; analizándolos detenidamente. Con referencia a la causa, indica cómo la misma debe entenderse referida a la existencia de un hecho jurídico con virtualidad suficiente para justificar un desplazamiento patrimonial acontecido. Destaca, por último, el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento.

MARTIN DE MUNDO, José A.: "Condición, carácter y prueba del enriquecimiento sin causa en la Ley argentina". *La Ley*, febrero 1950.

A su juicio, son cinco los factores que determinan que la acción prospere: que el movimiento de valores que ocasionó el enriquecimiento provenga de un acto jurídico, inválido, perjuicio o empobrecimiento del actor, beneficio o enriquecimiento del demandado, relación de causa a efecto entre el beneficio y el perjuicio y vínculo jurídico entre las partes. Por lo que hace a la prueba, distingue entre la prueba de la obligación que se realiza por el demandante acreditando el hecho del pago—porque nadie paga sin estar obligado—y la prueba del enriquecimiento, que es un hecho completamente positivo y que puede establecerse por cualquier medio de prueba, incluso por testigos.

ROCA SASTRE, Ramón María: "Eficacia de la cláusula valor oro". *Revista de Derecho Privado*, 394, 1950; págs. 1-24.

Estima que procede mantener en la actualidad un criterio favorable a la eficacia jurídica de la cláusula "valor oro" en nuestro país, sin perjuicio de estimar que esto constituye una regla general, a la que señala dos excepciones: en lo que se refiere a la renta pactada en los arrendamientos rústicos y urbanos, así como en lo que se refiera a seguro, ya que con relación a estos últimos la prohibición surge de la estatuida en la Real Orden de 24 de diciembre de 1926, con referencia al "valor plata", declarándose ilícitas las pólizas en las que se hubiese establecido tal cláusula.

SCOTO NIETO, Francisco: Conversión de aparcería en arrendamiento: En torno al discutido artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 112, 1950; págs. 1-7.

Fundamenta este trabajo en la opción que concede el artículo 7.º de la Ley de 1940, en el sentido de que si el propietario no quisiera continuar en aparcería el cultivo agrícola de una finca, podrá el aparcerero optar entre el abandono al propietario del cultivo de la misma o su continuación como arrendatario de una parte de tierra proporcional a su participación con todos los beneficios que le otorgue esta Ley. Examina el autor el alcance del precepto citado, así como los momentos para ejercitar el derecho que el mismo confiere, distinguiendo los supuestos en que el colono con respecto al dueño puede encontrarse, supuestos que concreta en las dos situaciones siguientes: enemistado con el propietario y en buenas relaciones con el propietario, señalando para cada uno de estos supuestos el procedimiento más conveniente.

4. Derecho de familia

A cargo de José M.ª CODINA CARREIRA.

GARCIA GRANERO, José: "Edificación con dinero ganancial en suelo propio de uno de los cónyuges". *Revista de Derecho Privado*, 396, 1950; páginas 193-224.

Se refiere a los problemas que plantea el párrafo segundo del artículo 1.404 del Código civil, al que considera como una norma peculiarísima de nuestro Derecho, una verdadera originalidad del legislador español, sin precedentes en el Derecho romano ni en el propio Derecho histórico español.

Afirma que dicho precepto constituye una exorbitada excepción al principio fundamental de accesión; contradice la doctrina establecida en el párrafo primero de dicho artículo, y carece de fundamento o justifica-

ción de toda índole, ya que puede resultar perjudicial y lesionar los intereses de la mujer o prestarse a fraudes y maquinaciones por parte del marido.

Termina abogando por la derogación o limitación del mismo en una futura reforma del Código civil.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: "En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1, 1950; págs. 7-59.

Examina la posición de los juristas de la Edad Moderna y la doctrina contemporánea. Los primeros, por asimilación al concepto romano más próximo, califican de "sociedad" a la comunidad de ganancias entre cónyuges, y los segundos, siguiendo el camino marcado por la Jurisprudencia, se inclinan decididamente por la configuración de la comunidad de gananciales como "comunidad en mano común", con arreglo a la técnica moderna.

Afirma que la comunidad matrimonial cabe, en líneas generales, dentro de la figura de la comunidad en mano común, y, dentro de este género, como una "comunidad sobre un patrimonio dinámico".

MERLE, Roger: "Las relaciones entre abuelos y nietos en la familia natural". *Recueil Dalloz*, 30, 1949; págs. 133-147.

Examina la especial situación de cómo eran tratadas en el Code las relaciones entre los nietos naturales y sus abuelos, ya que aquéllos, frente a éstos, fueron considerados como unos extraños.

Se refiere a los exégetas de comienzos del siglo XIX, los cuales afirmaban que esta situación era expresión de la falta de parentesco civil entre ambos.

Considera el autor que la jurisprudencia y la legislación contemporáneas han realizado diversas transformaciones en la materia, a las que atribuye una trascendencia de muy difícil justificación, tanto en las relaciones de abuelos legítimos con nietos naturales como en la de los abuelos naturales con nietos legítimos, entre las que destaca: la indemnización que otorga el Código del Trabajo a favor del abuelo natural; el derecho de alimentos del nieto natural, y el derecho sucesorio del nieto legítimo.

5. Derecho sucesorio

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA..

GATTI, Hugo E.: "Los bienes reservados y la Ley 10.783 de 18 de septiembre de 1946". *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (Montevideo), 6, 1949; págs. 121-141.

Define el autor los bienes reservados como un patrimonio especial, normalmente integrado por los bienes adquiridos por el trabajo y sujeto a un estatuto jurídico distinto del que regula las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

Examina los caracteres y régimen de los bienes reservados, y analiza la Ley uruguaya 10.783, afirmando que dicho texto legal no ha creado esta institución, ya que le falta el elemento que la caracteriza, es decir, la existencia de un régimen jurídico autónomo y distinto del que regula las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.

SLIFKIN, Irving: "Efectos del testamento que ordena que el albacea continúe en la sociedad como socio". *Michigan Law Review*, 7, 1948; páginas 970-982.

Considera el autor como válida la cláusula testamentaria por la cual el socio dispone que la sociedad de que forma parte continúe con el albacea que designa, pero no obliga ni al albacea ni al socio o socios, salvo que el contrato de sociedad contenga una cláusula que así lo determine.

Afirma que la doctrina más difundida sostiene que el ingreso de ese nuevo socio en la sociedad crea una nueva entidad, dejando de subsistir la anterior.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARIN PEREZ.

FUENTES TORRE-ISUNZA, Juan R.: "Usucapión "contra tabulas" (Alcance del artículo 36 de la Ley Hipotecaria)". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 187, 1950; págs. 349-362.

Después de exponer sucintamente, de acuerdo con el maestro Castán, las notas comunes y diferenciales de la prescripción adquisitiva y extintiva y los principios de legitimación, fe pública e inscripción, en relación con la doctrina que, sobre la prescripción señala el artículo 36 de la vigente Ley Hipotecaria, llega a la conclusión de propugnar la derogación de dicho precepto legal, ya que cuando la usucapión tenga por objeto el dominio u otro derecho real que suponga la posesión total de la cosa, ha-

brá que atenerse a la realidad. Y cuando no suponga la posesión total de la cosa bastará con la aplicación del juego normal de la fe pública.

GONZALEZ PEREZ, Jesús: "El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria y los montes públicos "catalogados". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 260, 1950; págs. 30-42.

Llega el autor de este trabajo a las siguientes conclusiones:

1.^a Que el catálogo de montes públicos tiene un carácter preferentemente administrativo, no pudiendo prevalecer la presunción posesoria al mínimo asignado frente a los asientos del Registro de la Propiedad.

2.^a Que el titular registral debe de gozar de toda la protección que el Registro confiere, aun frente a entidades públicas, siempre que esté vigente el asiento respectivo.

3.^a Que en dicha protección debe figurar, además del principio de fe pública registral cuando hubiere lugar a ello, la del principio de publicidad, y, en consecuencia, deberá poder ejercitar a través del proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, todas las acciones reales que deriven del derecho real inscrito.

4.^a Que indudablemente esto puede originar un perjuicio en la riqueza forestal, pero la administración siempre tiene el camino—que debe realizar lo más totalmente posible—de inscribir los montes públicos exceptuados de la venta, lo que permite el artículo 30 del Reglamento Hipotecario.

5.^a Que una verdadera y eficaz protección de la riqueza forestal sólo puede lograrse afirmando la naturaleza de dominio público de los montes de utilidad pública.

REZA, Alfredo: "La subrogación en las cargas preferentes". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 260, 1950; págs. 43-51.

En contra de la interpretación de las reglas 8.^a, 10.^a y 13.^a del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, como una prevención legal explícita y especialmente dirigida al adquirente en el remate, para lograrse un cambio en la relación jurídico-obligacional, donde el acreedor no interviene y en la que el deudor queda liberado, trata de demostrar el autor de este trabajo que los conceptos subsistencia, subrogación y aceptación vertidos en dichas reglas quieren significar que el precio remanente del remate o de la adjudicación no se destina a enjugar créditos preferentes, no perdiendo el adquirente los privilegios antedichos.

RUIZ ARTACHO, Juan: "Novedades más importantes del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948. Breve examen de la certificación de la adjudicación a la Hacienda, como medio inmatriculador de fincas en el Registro de la Propiedad". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 260, 1950; págs. 18-29.

Como del título se deduce, se trata de un trabajo destinado a reseñar las novedades más importantes del texto legal, en el que se contiene el

Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, tales como la notificación del embargo al deudor y la declaración en rebeldía del mismo; el caso en que los inmuebles embargados no e tén inscritos en el Registro de la Propiedad y el especial de procedimiento de apremio para la efectividad de impuestos, sin cuyo pago no puede efectuarse en el Registro la inscripción del acto o contrato de que se trate. Y, finalmente, el examen de la certificación de adjudicación a la Hacienda, como medio inmatriculador de fincas en el Registro de la Propiedad, llegando a la conclusión de que es necesaria una disposición especial en la que se declare o resuelva que lo adjudicado a la Hacienda es el dominio, ya que, no siendo así, el Registrador podrá suspender la inscripción por defecto subsanable, si no consta ese dato.

VENTURA-TRAVERSEZ GONZALEZ, Antonio: "Cesación en la comunidad de bienes con dueño sujeto a interdicción civil". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 262, 1950; págs. 153-160.

Después de estudiar el problema de la naturaleza jurídica de la interdicción civil, que considera como una incapacidad y no como una prohibición de enajenar, y teniendo en cuenta que la acción de división de la cosa común es forzosa y de naturaleza especial, estudia la legitimación pasiva en el ejercicio de la "actio communi dividundo", inclinándose, ante el problema de la falta de norma legal determinante de las formalidades para la venta, por el criterio analógico.

En los casos de incapacidad no inscrita, rige el juego normal de la fe pública, a tenor de lo dispuesto en los artículos 32 y 34 en relación con el 18 de la Ley Hipotecaria.

URIARTE BERASATEGUI, José: "Revisión de ideas". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 261, 1950; págs. 116-125 y 262, págs. 161-166.

Como se trata de un trabajo sin concluir, aguardamos a su total inserción para poder dar cuenta del conjunto del mismo.

III. Derecho mercantil

A cargo de Evelio VERDERA Y TUELLS, Julio MASIP ACEVEDO y Jerónimo LOPEZ y LOPEZ.

1. Parte general

WASSERMANN, M.: "Protección a la propiedad industrial extranjera".
La Ley (suplemento diario), 23 marzo 1959; págs. 1-4.

Examina el hecho de que las leyes de diversos países no permiten que una persona radicada fuera del país solicite el registro de una marca de fábrica o de comercio, a menos de que deje constancia de que una marca idéntica está registrada a su favor en el país de su domicilio, restricción que la ley argentina no conoce, indicando luego—con examen de la abundante jurisprudencia al respecto—que incluso los extranjeros pueden, con ciertas condiciones, emplear vocabios en idioma extranjero, privilegio no concedido a los ciudadanos argentinos; expone los casos en que la jurisprudencia ha protegido al extranjero contra la competencia desleal en esta materia, y concluye señalando la extrañeza de que una nación en que los tribunales tienen un moderno criterio en orden a la protección de las marcas, no se haya adherido a la Unión Internacional, e indicando que la legislación argentina, en cuanto a las facultades y protección que otorga a los extranjeros, no puede ser superada.

J. L.

2. Sociedades

BRUNETTI, Antonio: "Riflessioni sulla società a responsabilità limitata".
Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, septiembre 1949, año III, núm. 3; págs. 619-636.

La sociedad de responsabilidad limitada ha sido configurada por el Código civil de 1942 como una pequeña sociedad anónima sin circulación de acciones, con tendencia a dar una mayor elasticidad al esquema, habiendo alcanzado una gran difusión en la última postguerra.

El régimen de responsabilidad resulta incongruente con su estructura colectivista, por lo que los ordenamientos extranjeros han adoptado un tipo intermedio, mixto de elementos personalistas y capitalistas.

Es necesario que el número de los socios sea impar, con un mínimo inicial de cinco y un capital de dos millones, pudiendo permanecer el mínimo de mil para las cuotas de aportación. Para la regulación de la responsabilidad de los socios por las obligaciones sociales en caso de insolvencia de la sociedad conviene no perder de vista el remedio del art. 2.497, 2.º

E. V.

DE SOLA CANIZARES: "La nueva ley británica de 1948 sobre sociedades por acciones". La Ley (suplemento diario), 9 febrero 1950; págs. 1-4.

Después de hacer referencia a la clasificación de las sociedades en Derecho inglés, a la evolución histórica de la "company", y ley de 1929, con especial mención de los principios que rigen tanto para las de carácter público como privado, examina los antecedentes de la reforma (que es, en general, una refundición de la ley de 1929, añadida con los resultados presentados por la "Comisión Cohen" que se plasmaron en la ley de 1947), la estructura de la nueva ley y las principales modificaciones que introduce. Señala la admisión de la doctrina "ultra vires" (sobre la limitación de capacidad de la sociedad), a pesar del informe en contra de la "Comisión Cohen", la creación de un nuevo tipo social, la "exempt private company", más cerrada y familiar que la "private company" tradicional, las modificaciones en orden a la denominación de las sociedades, que queda bajo la fiscalización directa del "Board of Trade", las condiciones del "prospectus", en caso de suscripción pública, la mayor simplificación del objeto social, que tiene por objeto atenuar la doctrina "ultra vires", y las modificaciones en materia de protección de los accionistas, administración, fiscalización, e investigación de la propiedad de las acciones, con objeto de proteger la industria nacional, que supone una radical transformación del Derecho inglés. Unas diáfanas conclusiones sobre la importancia y finalidad de la reforma, ponen fin a este trabajo.

J. L.

FIorentino, Adriano: "Sulla fusione di società commerciali". Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile, septiembre 1949, año III, número 3; págs. 637-654.

Debe distinguirse la fusión propiamente dicha de la fusión por incorporación y la fusión de sociedades personalistas de la de sociedades capitalistas.

No toda fusión supone la modificación del acto constitutivo. Cuando hay constitución de una sociedad nueva las normas internas de cada sociedad cesan y son sustituidos por las fijadas en el acto de fusión; cuando hay incorporación la ley interna conserva su vigor.

Con la fusión de las sociedades capitalistas se pretende la compenetración de los patrimonios. La extinción de la sociedad es una consecuencia de la sucesión en el patrimonio. La fusión debe ser acordada por una de las sociedades, sin que los socios tengan derecho de receso. El acuerdo debe ser inscrito, requiriendo la misma forma que el acto de constitución.

E. V.

GOMEZ MORAN, Luis: "Consideraciones sobre el régimen jurídico y fiscal de las compañías". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año XXVI, núm. 261, febrero 1950; págs. 73-115.

Por lo que atañe al régimen jurídico, después de una exposición ordenada y clara de la multitud de normas hoy vigentes acerca de la constitución de las compañías, ampliación de su capital, domicilio social, juntas generales y otros extremos, el autor sienta tres conclusiones de importancia suma, es a saber:

- 1.^a Restablecimiento de la plena libertad contractual (art. 1.255, C. c.).
- 2.^a Hay que fomentar, y no impedir o entorpecer la inversión de capitales extranjeros, siempre que las mismas no redunde en menoscabo de una prudente autarcía nacional, ni atente a los intereses morales y materiales de la Patria. A este fin, pueden y deben adoptarse las precauciones siguientes: exigir que en el seno de la sociedad la mayoría esté siempre integrada por capitalistas españoles, o negar eficacia a la mayoría extranjera, pese a reunir los requisitos cuantitativos prevenidos por el Código; imponer la escritura pública para la transferencia de acciones o participaciones representativas del capital social; requerir que a toda escritura o acto traslativo de dominio acompañe una certificación testimoniando que, no obstante la enajenación, la mayoría del capital continúa en poder de los españoles; establecer los derechos de tanteo y retracto a favor de los accionistas indígenas, etc.
- 3.^a El capital social no debe ser objeto de limitación alguna por parte del Estado, como tampoco deben serlo la constitución de empresas por absorción de otras, ni la puesta en circulación de acciones en cartera, ni la expedición de otras nuevas, siempre que estas respondan a un verdadero aumento del capital social y no a una supervaloración del existente.

J. M. A.

LANGLE, Emilio: "La Compañía mercantil irregular". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. IX (1950), núm. 25; págs. 7-31.

La doctrina patria califica de irregular a la compañía mercantil que al tiempo de su constitución omite estas dos formalidades: la escritura pública y el registro. Dichas formalidades no son esenciales; su inobservancia no trae consigo la nulidad ni la disolución de la compañía.

La compañía irregular no tiene personalidad jurídica, pero los contratos que concluyan con terceras personas son válidos.

El artículo 120 establece una simple superposición de responsabilidad. El fondo común debe estar siempre sometido a las resultas de las operaciones, aunque la compañía sea irregular. El artículo susodicho convierte en directa la responsabilidad del gestor, pero no excluye la de la sociedad.

Por lo que atañe a la ejecución de créditos en los bienes de la compañía irregular, opina Rotondi que los acreedores sociales no deben tener pre-

ferencia alguna sobre los acreedores particulares de los socios. El autor no comparte esta sentencia por estimar que los intereses de aquéllos pesan más que los de éstos. Ayudar a la industria y al comercio, es más importante que evitar la postergación de un sector de acreedores absolutamente ajenos a la explotación de que se trate.

J. M. A.

YVUANCOS TRUCHARTE, J. A.: "La responsabilidad subsidiaria de los socios en la Compañía de responsabilidad limitada". *Anales de la Universidad de Murcia*. Curso 1949-50, primer trimestre; págs. 29-48.

Buscando una conciliación de opiniones en el tema, y después de examinar la presentación de la Sociedad de responsabilidad limitada en la vida jurídica española, las soluciones al problema en el Derecho comparado y en la doctrina patria, en base a la consideración de que la Sociedad de responsabilidad limitada es capitalista frente a terceros, y personalista en el aspecto interno, propugna que sus socios responden con la mal llamada responsabilidad subsidiaria, sin son deudores de la Sociedad, es decir, cuando no han verificado su aportación (caso que comprende el de la supervaloración de las aportaciones en especie) o cuando han recibido fraudulentamente beneficios ficticios. La responsabilidad de los socios alcanza igual límite que la responsabilidad social, pues los socios no solamente se obligan a realizar su aportación, sino a completar una suma límite de patrimonio social autónomo, y es responsabilidad mancomunada, aunque puede terminar en solidaria (una solidaridad especial de último grado) en el caso de que solamente quede un deudor solvente. Con la determinación de los socios a que dicha responsabilidad alcanza y el breve examen del segundo supuesto enunciado, termina el artículo.

J. L.

3. Obligaciones y contratos

BERNAL MARTIN, S.: "La prelación de créditos y el seguro obligatorio". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. IX, núm. 25, enero-febrero 1950; págs. 79-88.

El problema, con referencia a los créditos que el órgano u órganos gestores de los seguros sociales, tengan como consecuencia del impago de las cuotas o primas de los mismos, carece de solución directa en nuestro Derecho, sin que la jurisprudencia haya tenido ocasión de pronunciarse sobre el mismo. Después de examinar la relación salario-prima, concluye que debiera establecerse que son de preferencia, en relación con los bienes muebles e inmuebles del deudor, y sobre todo sobre su patrimonio industrial, en determinados casos: A) las correspondientes al año inmediatamente anterior, como crédito singularmente privilegiado (art. 59, re-

gla 1.^a L. C. T.), y B) las de períodos anteriores, hasta los cinco años de retroactividad, y las indemnizaciones por accidente del trabajo, así como las establecidas a favor de los obreros por sentencia firme y ejecutoria de las Magistraturas de Trabajo, con cargo a las empresas, por retraso de la afiliación, se entenderán incluidas en el núm. 2, letra D), del artículo 1.924 C. c., cuando no procediera por razón de la naturaleza mueble o inmueble del patrimonio del deudor, y por la relación del devengo de los jornales que originaron el de las primas, otro más preferente, de conformidad a los artículos precedentes de dicho cuerpo legal.

J. L.

DE ZARANDIETA, E.: "Aspectos jurídicos del seguro de responsabilidad civil". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril 1950; páginas 483-493.

Después de indicar el concepto de responsabilidad civil y su evolución, define el seguro de responsabilidad civil y expone algunos de los problemas que plantea: si puede, en caso de accidente de trabajo ocasionado por tercero, subrogarse el patrono o la compañía aseguradora en las acciones del perjudicado, lo cual resuelve afirmativamente de acuerdo con la Orden de 25 de marzo de 1936; la validez de la renuncia hecha por el perjudicado, antes del juicio oral, validez que defiende; si es o no herencia la indemnización, señalando las oscilaciones del T. S. a este respecto, y la secuela del pago de derechos reales, que considera injusta. Examina a continuación la responsabilidad del dueño respecto de sus empleados y la responsabilidad civil del Estado, Provincia, Municipio y organismos oficiales, elogiando el criterio del T. S. al admitirla. Finalmente, analiza el problema de la interrupción de la prescripción, estimando que se produce por la mera presentación de la demanda de conciliación, y, después de una referencia a la posición del T. S. frente a la responsabilidad civil, concluye propugnando la reforma del criterio existente en camino hacia el reconocimiento general de la responsabilidad civil objetiva.

J. L.

GIRON TENA, José: "Una forma de interpretar los artículos del Código de Comercio sobre la provisión". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. IX (1950), núm. 25; págs. 33-43.

En virtud de un negocio jurídico puede nacer un crédito pecuniario incorporable a una letra de cambio. Tal incorporación llévase a cabo merced a un nuevo negocio jurídico: el "pactum cambii".

Afirma el autor que la existencia del susodicho pacto se presume por la ley siempre que haya provisión de fondos. De lo contrario, no sería posible explicar la responsabilidad que el art. 458 permite exigir al librado inceptante o insolvente.

La autorización expresa para librar de que habla este artículo, no

constituye un tercer tipo de provisión de fondos ("provisión imaginaria", como algunos la denominan), sino que implica, pura y simplemente, un "pactum cambi", pacto de cuyo incumplimiento se responde, como se responde de cualquier otro incumplimiento contractual, aunque en la forma tasada propia del Derecho mercantil, "id est", con responsabilidad limitada a los gastos que se hayan producido.

Perjudicada la letra, el tenedor vese privado tanto de la acción cambiaria como de la causal (art. 1.170 del C. c.), pero entonces surge en escena la acción de enriquecimiento (art. 460), la cual no puede dirigirse contra los endosantes (art. 517, párrafo 2.º).

J. M. A.

HERNANDO DE LARRAMENDI, I.: "El seguro español en 1949". *Revista de Derecho Mercantil*, vol IV, núm. 25, enero-febrero 1950; páginas 89-98.

Constituye un útil y completo examen crítico de la legislación dictada en esta materia en el pasado año, que introdujo importantes cambios en cuanto al régimen de funcionamiento de las empresas, y otros de menor entidad en orden al seguro popular de vida, riesgos catastróficos y pólizas.

J. L.

NAVARRO IRVINE, F.: "Comentario al anteproyecto de Ley uniforme sobre letra de cambio". *Revista del Foro*, enero-marzo 1949; páginas 29-36.

Constituye este artículo el primero de los que se dedicarán al comentario crítico comparado del texto de la Convención de Ginebra y el Anteproyecto de Ley Uniforme sobre letra de cambio, redactado por encargo de la V Conferencia Interamericana de Abogados; se examinan en él, siempre con acertadas críticas, las desviaciones, que este último presenta en materia de requisitos de la letra de cambio, invalidez, interpretación de la declaración cambiaria y diversas formas del nacimiento de la letra.

J. L.

RAVELLO, S.: "¿Proyecta Inglaterra nacionalizar el seguro privado?" *Revista de Derecho Mercantil*, vol. IX, núm. 25, enero-febrero 1950; páginas 99-100.

El Comité Ejecutivo del Partido Laborista inglés aprobó en su última reunión una ponencia en favor de la nacionalización de las compañías del seguro popular de vida, que pondría fin, conjuntamente, al excesivo coste de administración y a los cuantiosos dividendos de las mismas. El autor

recoge, y se adhiere, las opiniones de Mr. Prudential que indica que la libre competencia ha disminuído al límite los gastos, y que los dividendos resultan modestos si se tiene en cuenta el avance técnico que las compañías han producido, y las de Sir Ernest J. P. Benn, el cual estima imposible la nacionalización de este ramo del seguro, por ser incompatible con una dirección política. Termina el trabajo expresando la crítica general de la política de nacionalizaciones, que exigiría que en el exiguo organismo rector que habría de implantarse se encontraran personas con las excepcionales dotes personales requeridas.

J. L.

ROSALES, D.: "Del protesto de la letra de cambio". *Ciencias Jurídicas y Sociales*, tomo III, núm. 13, enero-febrero 1949; págs. 19-26.

Examina el Decreto legislativo núm. 99, de 20 de diciembre de 1941, que al reformar el C. de c. de El Salvador impone profundas innovaciones en la materia tratada. Indica someramente el concepto y efectos del protesto, con referencia al Derecho comparado—no siempre al día, como ocurre con el C. de c. español—y critica la reforma porque concede un plazo demasiado amplio para verificar el protesto, incompatible con la urgencia de la circulación mercantil, si bien tampoco se muestra de acuerdo con el sistema anterior, que por ser demasiado escaso imponía a veces al tenedor, sin culpa por su parte, tener que renunciar a los beneficios del protesto, pronunciándose por el sistema intermedio seguido en el Reglamento Uniforme sobre la letra de cambio (La Haya, 1912). A continuación examina la sustitución, que hace el Decreto, de la escritura pública por el acta notarial, los inconvenientes que ello produce y modo de obviarlos, y la innovación de no exigirse copia literal de la letra de cambio, de la que hace una extensa crítica, proponiendo soluciones.

J. L.

RUIZ RUEDA, L.: "El Contrato de Seguro en Derecho Mexicano (Primera Parte)". *Jus*, núm. 131, junio 1949; págs. 337-456.

Señala las dificultades de definir el contrato de seguro y la necesidad de hacerlo en Derecho mejicano, debido a la controversia surgida sobre la calificación de las fianzas de fidelidad, el Bankers Blanket Bond y el seguro de crédito, por lo cual alaba el art. 1.º de la Ley del Contrato de Seguro, que sigue en esto al Proyecto Mossa, y que, como se ha observado, no contiene una verdadera definición, pero sirve de base para la calificación jurídica del contrato. Examina el concepto de riesgo en sus diversas acepciones legales (eventualidad dañosa, causa determinante del evento dañoso, probabilidad abstracta de daño), la cuestión de su determinación, en el contrato, su limitación como causa determinante del evento dañoso y las exclusiones legales y convencionales del riesgo. Analiza el concepto de prima, los factores para su cálculo (suma asegurada, tiempo de co-

bertura, gravedad e intensidad del riesgo), el principio de proporcionalidad entre la prima y el riesgo, y sus consecuencias legales, y el de indivisibilidad de la prima, su fundamento y el criterio legal, que permite su derogación convencional y aún legal, en algunos supuestos, y lo mantiene otras veces no por razones técnicas, sino en concepto de indemnización del asegurado a la empresa.

J. L.

SALANDRA, V.: "Obligaciones mercantiles contraídas por medio de representantes". *Jus*, núm. 129, abril 1949; págs. 275-299.

Constituye un capítulo del Curso del autor, traducido por J. Barrera Graf. Trata de la representación en general, con referencia a las particularidades del Derecho mercantil, y en especial de la representación del factor, del "armador gerente", naviero, capitán, de las formas de representación restringida (viajantes, empleados, agentes comerciales, especialmente los de seguros) y la indirecta del comisionista, examinando los diversos problemas que plantea.

J. L.

SANCHEZ GAMBORINO, F. M.: "Hacia una doctrina general de la tarifa ferroviaria en Derecho mercantil español". *Revista de Derecho Mercantil*, vol IX, núm. 25, enero-febrero 1950; págs. 111-122.

Después de examinar la naturaleza jurídica de la tarifa, que estima oferta de contrato, y sus caracteres, señala que, por la función social que el contrato representa, no puede dejarse la aplicación de los precios y condiciones en ella mantenidos al arbitrio de uno solo de los contratantes, indicando extensamente las obligaciones que la ley establece a este respecto, las consecuencias en orden a la invalidez del contrato por aplicación irregular de tarifa, y la interpretación de estos contratos, que por su carácter de contratos de adhesión presentan particularidades que son examinadas.

J. L.

VILLAR PALASI, J. L. y MUÑOZ CAMPOS, J.: "La relación del agente de seguros con la compañía". *Revista de Derecho Mercantil*, vol. IX, número 25, enero-febrero 1950; págs. 45-61.

La Orden del Ministerio de Hacienda de 7 de mayo de 1947, aprobó la Reglamentación española de la producción de Seguros. Los autores, después de unas consideraciones críticas acerca de las cuestiones de capacidad de las sociedades mercantiles para ser agentes de seguros, y el procedimiento de amigables componedores del art. 32, que estiman contrarios a la legislación vigente, penetran en el tema de la calificación del

contrato existente entre las entidades aseguradoras y el agente afecto, contrato que el Reglamento citado estima como mercantil, dejando sin aclarar, empero, la cuestión propuesta. Señalan la finalidad de esta afirmación--excluir del Derecho social estas relaciones contractuales--que, por cierto, resultaba innecesaria, y analizan las principales teorías entre las elaboradas en base a algún ordenamiento positivo, sobre la naturaleza jurídica del contrato estudiado (arrendamiento de servicios, mandato o comisión mercantil, contrato de trabajo), para concluir que se trata de una figura compleja, que implica un mandato frente al público, pero que constituye un arrendamiento de servicios, en el ámbito interno, exponiendo que es la solución que se ajusta a nuestro Derecho positivo y hace posible la recta interpretación de sus preceptos.

J. L.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

CARRASCO ZAHINI, José: "Breve historia del Notariado mejicano". *Revista Internacional del Notariado*; 4, 1949; págs. 331-346.

El Notariado mejicano, al cual el pueblo ha confiado la misión de autenticar y autorizar la verdad, tiene, dice, un origen español por lo que se hace a sus principios en Méjico. Hasta la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal, de 29 de noviembre de 1867, el régimen del Notariado mejicano había sido análogo al español; por virtud de esta ley, los llamados escribanos que existían en Méjico fueron divididos en notarios y actuarios; los primeros, encargados de reducir a instrumentos públicos los actos contratos y últimas voluntades de los comparecientes, y los segundos, destinados a autorizar los decretos de los jueces, las actas judiciales y otras diligencias de los juicios civiles, criminales y arbitrales; ambas profesiones eran incompatibles y no podían ejercerse por una misma persona, el protocolo era propiedad personal del notario y se llevaba en pliegos sueltos, que se encuadernaban cada seis meses, pudiendo venderlo, ocultarlo o disponer de él como quisiera; la profesión era libre, y en caso de enfermedad o impedimento el notario podía nombrar su sucesor; desde este momento una serie de disposiciones que han plasmado en la Ley del Notariado para el Distrito y Territorios Federales de 19 de diciembre de 1901, que, salvo ligeras reformas, es la que hoy está vigente. La innovación más importante introducida por la nueva ley radica en el hecho de elevar el Notariado al rango de las instituciones públicas y, en consecuencia, invertir al notario con el carácter de funcionario público.

GIULIANI, Andrea: "Per un diverso regolamento delle nullità formali dell'atto publico notariale". *Revista Internacional del Notariado*; 4, 1949; págs. 351-355.

Excluido el supuesto de una directa o indirecta responsabilidad del Estado, considera que el caso de nulidad del acto público por vicio formal imputable exclusivamente a dolo o culpa del oficial público no debe incidir sobre la seguridad de las relaciones jurídicas; el acto público debe, en cada caso, garantizar; y en aquellos supuestos en que el acto resultase afecto de vicios que no determinen la nulidad, estos vicios deben entenderse sanados de oficio, independientemente del procedimiento disciplinario o penal de responsabilidad a cargo del oficial público que hubiese dado lugar al mismo.

PELOSI, Carlos A.: "Incidencias de las leyes fiscales en la órbita notarial". *Revista del Notariado*, 580, 1949; págs. 497-505.

Es anhelo constante del Notariado la recuperación del normal desenvolvimiento de su cometido en las manifestaciones externas de la relación contractual y en el proceso de veracidad constitutivo de su competencia funcional. A menudo las facultades emanadas de su investidura y carácter como depositario de la fe pública profesional aparecen enervadas y constreñidas por un conjunto de obligaciones extrañas al prestigio y misión que le incumbe; entre ellas destaca el carácter de agente de retención y de sujeto pasivo indirecto de las obligaciones fiscales, que asignan al escribano la mayor parte de las estructuraciones legales vinculadas al sistema rentístico. Critica la aplicación del artículo 21 del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires cuando el mismo es interpretado con abstracción de normas y procedimientos preexistentes y de otras disposiciones complementarias.

V. Derecho procesal

A cargo de Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
y José María DESANTES GUANTER.

1. Parte orgánica

BRICE, Angel Francisco: "Nacionalización del Poder judicial". *Revista de Derecho y Legislación, Caracas*, 463, 1949; págs. 194-199.

Se trata del problema de la unificación nacional de la Judicatura en Venezuela o su conservación estanca en cada distrito federal y del sistema de reclutamiento y ascensos que debe seguirse para la eficiencia del Poder judicial.

SARTORIO, José: "Bases funcionales y orgánicas para la casación argentina". Suplemento diario de "La Ley", Buenos Aires, 21 marzo 1950; págs. 1-2.

Consecuente con su afirmación de que la Ley procesal reglamentaria del recurso de casación debe ajustarse al texto de los artículos de la Constitución nacional que crean este instituto, transcribe las normas constitucionales argentinas sobre el mismo para extraer de ellas, como conclusión, los principios que deben regir la organización de la Corte suprema como Tribunal de casación, el funcionamiento del mismo Tribunal, alcance de la casación y obligatoriedad de la interpretación jurisprudencial.

2. Parte general

AYARRAGARAY, Carlos A.: "El proyecto de Ley procesal civil de la República Argentina". Revista de Derecho, La Paz, II, 2, 1950; páginas 73-86.

Este artículo está constituido por una serie de notas críticas acerca del proyecto enviado por el Poder ejecutivo argentino al Congreso. Somete a un riguroso examen y comentario sus principios, redacción, oportunidad e innovaciones principales, todas ellas importadas de otras legislaciones.

BRICE, Angel Francisco: "La probidad en el anteproyecto de Código procesal civil del Profesor Ricardo Reimundín". Revista de Derecho y Legislación, Caracas, 1949, 458-460; págs. 93-98.

El artículo es un estudio del Anteproyecto consignado en el título, para la provincia de Salta, en la República Argentina, y comienza por exponer su estructura para considerar después los dos lineamientos en que se basa: el de la celeridad y el de la moralidad. Estudia el primero justificando su inclusión para evitar la paralización del procedimiento por cualquiera de las partes. Seguidamente estudia el principio de moralidad en sus antecedentes y en este caso concreto, desarrollándolo como hace el Anteproyecto: desde el punto de vista que mira a las partes y desde el encaminado hacia el Juez, con el examen de las disposiciones en que se encuentra imbuido por él. Termina señalándolo como posible modelo, en caso de una reforma del Procedimiento civil en Venezuela.

JIMENEZ ASENJO, E.: "Teoría del objeto procesal". Revista de Derecho Privado, 396, 1950; págs. 238-250.

Plantea la cuestión de discernir el concepto, significado y naturaleza del objeto del proceso, que, a diferencia de lo que ocurre con los sujetos,

no ha alcanzado relieve en la literatura procesal. No obstante, la significación jurídica del tema es grande y no tiene un mero valor especulativo, pues es la razón fundamental de existencia del proceso mismo. Al concepto del objeto procesal llega previa una indagación de las acepciones del objeto jurídico en general y del examen crítico de las posiciones adoptadas frente al objeto del proceso en concreto. Preparados así los términos, puede operar con ellos clasificándolos, examinando la morfología del objeto procesal y destacando sus notas características esenciales: individualidad, integridad, inmutabilidad y oficialidad. Finalmente, examina el problema de la administración del objeto procesal o de los poderes dispositivos del Juez y de las partes sobre el mismo, según el principio jurídico que inspire el ordenamiento procesal: el de oficialidad o el dispositivo privado.

LASCANO, David: "Cosa juzgada y prescripción". Revista Jurídica de Córdoba (Argentina), 9, 1949; págs. 5-15.

Versa sobre la cuestión de la prescriptibilidad o no de la cosa juzgada, para lo que expone la naturaleza, significado y consecuencias de ésta, y distingue después, a efectos de prescripción, entre la cosa juzgada, como efecto de la sentencia, que es imprescriptible, como lo es la Ley, y ejecutoria, que al quedar a la iniciativa de la parte puede prescribir si no se ejercita la acción ejecutiva que concede.

PRIETO CASTRO, Leonardo: "Exhibición de documentos en juicio (artículo 603 de la LEC.)". Revista de Derecho Procesal, octubre-noviembre diciembre 1949; págs. 625-659.

El artículo 603 de la LEC. es el residuo de un mecanismo más completo formado históricamente y más perfecto que el actual. Tras analizar el problema de exhibición de documentos en los Derechos alemán, austriaco, italiano, después de 1940, y canónico, se entra en la exégesis del citado artículo 603, que debe ser interpretado en el sentido de permitir ampliamente la obligación de exhibir por parte de los colitigantes. Tanto respecto a éstos como en relación a terceros, la cuestión debe resolverse como cuestión prejudicial, con la consiguiente suspensión del procedimiento. Finalmente, se estudia el problema de la exhibición por la Administración y por organismos no claramente integrantes de ésta.

VAZQUEZ MACHICADO, Humberto: "Orígenes de nuestro Derecho procesal (Segunda Parte: El Derecho indiano)". Revista de Derecho, La Paz, II, 2, 1950; págs. 61-72.

Expone la historia del Derecho procesal y su codificación durante la dominación de España en Bolivia, desde el descubrimiento y conquista hasta la Ordenanza general de 1803.

VILLAR Y ROMERO, José María: "Conflictos jurisdiccionales: orientaciones y sistemas a que responde la Ley de 17 de julio de 1948". *Revista Jurídica de Cataluña*, marzo-abril 1950; págs. 121-140.

Tras exponer el concepto de los conflictos jurisdiccionales, se entra en la cuestión terminológica, analizándose especialmente la compleja terminología de la Ley de 1948, poco expresiva por la confusión existente sobre la clasificación de los conflictos. El autor expone a continuación una sistematización y nomenclatura propias. Finalmente expone los sistemas, en Derecho comparado, sobre el planteamiento, tramitación y decisión de los conflictos, con especial referencia a los que surgen entre la Administración y los Tribunales de Justicia, y destacando las soluciones, en gran parte originales, de la nueva Ley española.

3. Parte especial

DE MIGUEL Y ACERO, Raimundo: "Estudio monográfico sobre el desistimiento procesal". *Revista de Derecho Procesal*, octubre-noviembre-diciembre 1949; págs. 665-682.

Se parte de la distinción entre la renuncia de la acción y el desistimiento del proceso. Respecto a la renuncia, cabe en cualquier momento sin consentimiento del demandado, y su efecto es que no cabe reproducir la acción. El desistimiento permite iniciar nuevo proceso; sólo exige la intervención del demandado cuando se realiza después de la contestación, impugnándose la doctrina que sostiene que es necesaria tal intervención si el demandado ha comparecido. La opinión sustentada se apoya en nuestro Derecho histórico, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la doctrina de la mayoría de los autores españoles.

FENECH, Miguel: "El embargo del derecho de traspaso de local de negocio". *Revista de Derecho Procesal*, octubre-noviembre-diciembre 1949; páginas 661-663.

Se trata de aportar, como datos de interés para la polémica en torno al embargo del derecho de traspaso, la referencia a los artículos 88 y 89 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, que admiten tal embargo y lo regulan en el procedimiento ejecutivo por débitos fiscales.

FERRER MARTIN, Daniel: "Régimen de recursos en la Ley de Arrendamientos urbanos. Consideración especial del recurso de injusticia notoria". *Revista Jurídica de Cataluña*, 1, 1950; págs. 23-39.

Comienza el artículo señalando las características generales de todos los recursos establecidos por la Ley arrendaticia urbana. A continuación estudia los recursos contra las sentencias que dictan los Jueces municipales y comarcales, los recursos contra las sentencias que dictan los Jueces de Primera Instancia y los recursos contra las sentencias de las Audiencias Territoriales.

En su segunda parte se considera especialmente el recurso de injusticia notoria, exponiendo las razones que hacían reprochable en la Ley de 1946 su distinción del recurso por quebrantamiento de forma. Después va fijándose en la analogía del recurso de injusticia notoria con el de casación, en cada uno de los motivos en que el recurso puede fundarse, y termina con un breve estudio de los problemas que plantean los trámites de este recurso, deteniéndose particularmente en el de la aplicabilidad a estos recursos del artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

HERCE QUEMADA, Vicente: "Notas sobre la reforma procesal introducida por la Ley de 21 de abril de 1949 en la de Arrendamientos urbanos de 31 de diciembre de 1946". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, diciembre 1949; págs. 708-719.

Se trata de un breve comentario de los distintos preceptos de la Ley de 1949, que reforman normas procesales de la de 1946; se distinguen tres aspectos: a) admisión de la reconvencción, lo que supone armonía con la Ley de 19 de julio de 1944, pero viene a modificar la tramitación de la LEC. en los casos en que se hayan de seguir procedimientos regulados por ésta; b) modificaciones en materia de recursos, bastante numerosas, y que en general merecen crítica favorable, si bien convendría atribuir a una misma Sala del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos de injusticia notoria en materia de arrendamientos urbanos y el de los de revisión en arrendamientos rústicos; c) la disposición transitoria segunda, en cuyo estudio destaca el análisis de los problemas planteados por la transformación posible de los recursos pendientes.

HERNADEZ DE PABLO, Fernando: "¿Supresión del acto de conciliación?" *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 118, 1950; páginas 3-6.

Comienza con unas breves consideraciones de la necesidad de reforma de nuestra Ley civil de enjuiciar. Estudia a continuación los verdaderos antecedentes históricos del acto de conciliación, importado de Fran-

cia por la Constitución de 1812. El acto de conciliación es una simpática institución, pero ingenua y completamente desacreditada, tanto por su eficacia práctica cuanto por el valor de lo convenido, concluyendo que el acto de conciliación no es más que un "pasaporte" para entrar en el pleito.

OMAR Y GELPI, José María: "Letra de cambio. La acción ejecutiva contra el avalista". *Revista de Derecho Privado*, 394, 1950; págs. 38-46.

Fija previamente algunas ideas capitales en orden a la teoría legal española de los títulos ejecutivos, deteniéndose especialmente en la letra de cambio, y deduciendo del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 521 del Código de Comercio que cuando no sea el aceptante que no haya puesto tacha de falsedad a la firma la persona contra quien se dirija la acción ejecutiva, es necesario el reconocimiento de firma de dicha persona a la presencia judicial. Examina la figura jurídica del aval y discrimina las condiciones para que pueda ejercitarse la acción ejecutiva, según se intente contra el avalista del librador o de un endosante y contra el avalista del aceptante. En esta segunda hipótesis diferencia que se haya puesto tacha de falsedad en el protesto por el aceptante o que no se haya puesto. Para este segundo caso, el más corriente, hay tres grupos de teorías en cuanto a los requisitos y formalidades para que pueda ejercitarse la acción contra el avalista. El primero sostiene que el tenedor no tiene que llenar formalidad alguna; el segundo, que no puede despacharse la ejecución sin que exista el previo reconocimiento de la firma del avalista ante el Juez; el tercero estima indispensable la previa diligencia del protesto ante el avalista para despachar la ejecución contra el mismo. El autor se acoge a la última teoría, previa una crítica de las dos primeras y una exégesis de las disposiciones del Código de Comercio.

PRIETO CASTRO, Leonardo: "El procedimiento privilegiado de ejecución de los artículos 7.º, 8.º y 12 de la LEC.". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1950; págs. 205-247.

Tras un examen comparativo de los preceptos citados con las Ordenanzas de las Audiencias de 19 de diciembre de 1835, se propugna la aproximación del procedimiento que establece al monitorio conocido por otras legislaciones. Después se procede a la exégesis de los artículos 7.º, 8.º y 12 de la LEC, deteniéndose especialmente en los presupuestos del procedimiento establecido en los artículos 8.º y 12: competencia, legitimación, solicitud y título. Se analizan después las posibles defensas del deudor y se concluye con un estudio de la ampliación del procedimiento a otros funcionarios profesionales.

SCHONKE, Adolf: "La unificación de la legislación sobre arbitraje".
Suplemento diario de "La Ley", Buenos Aires, 28 febrero 1950; páginas 1-5.

Estudia el anteproyecto de Ley uniforme sobre arbitraje en las relaciones internacionales de Derecho privado, redactado por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, en Roma. Pondera la extensión que el arbitraje ha tenido en materia de Derecho privado en la postguerra. Da a continuación una breve sinopsis del contenido del anteproyecto en su última redacción de 1940. Y luego lo comenta en su totalidad y en lo referente a varias de sus propuestas.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION DE 1 DE DICIEMBRE DE 1949

Acto en fraude de la ley

Vigentes en su forma anterior los artículos 16 y 17 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935, el arrendatario adquirió la finca locada, en virtud del derecho de retracto establecido a su favor por aquellos preceptos. Antes de transcurrir seis años desde tal adquisición, la hipotecó en garantía de una deuda y sus intereses y costas posibles, reconocida en escritura pública. Intentada la inscripción de la hipoteca fué denegada en virtud de la siguiente nota: "Devuelto el documento que antecede a esta oficina en el día de hoy, y examinado, se deniega su inscripción por el defecto insubsanable de haber adquirido el hipotecante la finca gravada por retracto arrendaticio, con fecha 20 de septiembre de 1943, y, por tanto, a tenor de lo previsto en el artículo 17 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos, carece de facultad para enajenarla durante el plazo de seis años, aún no transcurrido, a contar desde la citada fecha de adquisición."

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación, alegó el Notario autorizante que en la prohibición del artículo 17 no están incluidos los actos de gravamen, sino sólo los de enajenación y arrendamiento; que la razón reside en que la hipoteca no supone limitación directa sobre la finca, y que es frecuentemente necesaria a los cultivadores modestos, sin olvidar que, saliendo al paso de la insinuación de que con el gravamen constituido se intente burlar la prohibición de enajenar, "esta apreciación excedería de las facultades de la función calificadora".

El Registrador, en defensa de su nota, informó que la distinción entre actos de enajenación y gravamen es más aparente que real; que a la obligación garantizada le es posiblemente aplicable el artículo 1.124 del C. c., lo que pudiera provocar, por simple acuerdo de las partes, un procedimiento de ejecución que burlase la prohibición legal; que la finalidad social de la Ley de 1935 fué la de dar acceso a los arrendatarios a la propiedad, evitando los actos que, como la hipoteca, pueda comprometer la estabilidad de la misma.

Revocada la calificación por el Presidente de la Audiencia, la Dirección General confirma el auto apelado, en virtud de las siguientes consideraciones:

A) *La Ley de 15 de marzo de 1935, que otorgó por razones sociales el derecho de retracto, se separó de los perfiles tradicionales del arrendamiento aproximándolo a la enfiteusis, con la prohibición impuesta al adquirente de revender en determinado plazo.*

B) *Aunque dicha Ley no empleó la palabra hipotecar, es racional entender que está implícitamente incluida en la de enajenar, dadas las facultades del acreedor en el impago.*

C) *Para facilitar medios económicos a los cultivadores, la Ley de 17 de julio de 1949 modificó la redacción de la de 1935, autorizando al arrendatario-propietario para hipotecar, si bien con la limitación de que el acreedor no podrá hacer efectivo su derecho hasta transcurridos seis años de la adquisición, lo que prácticamente resuelve la cuestión planteada.*

D) *Uno de los fundamentos de la decisión presidencial es, sin embargo, contradictorio con el artículo 146 de la L. H., puesto que el acreedor puede repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, aunque así no se haya pactado expresamente.*

Por nuestra parte, un breve comentario para resaltar, en primer término, que siendo notoriamente el fin de la hipoteca constituida el de burlar la prohibición legal de enajenar, el Registrador estaba perfectamente facultado para calificarla, como efectivamente lo hizo, de acto en fraude de la Ley, cuya eficacia o ineficacia está obligado a estimar en virtud del contenido legal típico de la función calificadora, que también se extiende—y fundamentalmente— a la validez de los pactos incluidos en el acto calificado. Y, por otra parte, que la naturaleza fraudulenta del acto ha quedado plenamente demostrada por el solo hecho de haber obligado al legislador a rechazarlo en la Ley de 1949, como contrario al espíritu de la prohibición contenida en la de 1935.

Arturo GALLARDO RUEDA

RESOLUCION DE 12 DE DICIEMBRE DE 1949

Sucesión capitular en Aragón

P., viudo con dos hijos, contrajo segundas nupcias con J., de cuyo nuevo matrimonio tuvieron otros tres hijos. Viviendo ya éstos, otorgaron escritura de capitulaciones en la que figuraron las cláusulas tercera y sexta, que hoy se estiman contradictorias. En efecto, mientras que en la tercera se designa heredero de todos los bienes, derechos y acciones de la casa a un hijo habido de las primeras nupcias del marido, y, en su defecto, a otro del segundo matrimonio, en la sexta se nombra al marido heredero universal en pleno dominio de todos los bienes, derechos y acciones de su mujer, pues para este caso establecen "pacto de hermandad".

Fallecida la segunda esposa, P. vendió a una hija de ambos la finca inscrita, haciéndose constar en la escritura que pertenecía al vendedor en una mitad de su participación en los bienes comunales o consorciales, y en la otra mitad por herencia de su esposa, diferida en virtud de la antes aludida cláusula sexta de las capitulaciones matrimoniales.

Presentada en el Registro la escritura capitular, en unión de certificaciones de defunción de la segunda esposa y Registro de Actos de última Voluntad, más una instancia de la compradora en que se solicita la inscripción de la finca a su nombre, fué rechazada en virtud de los siguientes defectos fundamentales: No constar la adjudicación a favor del viudo con posterioridad al fallecimiento de su esposa, preterición de todos los descendientes de los dos matrimonios y no ser el documento presentado apto para producir inscripciones, ya que no se trata de dar acceso al derecho hereditario del sucesor único.

Formulado el recurso gubernativo contra la calificación e informado por el Registrador y el Notario autorizante de la escritura de venta, el

Presidente de la Audiencia mantuvo la nota, que es también confirmada por la Dirección General, estableciendo la doctrina siguiente:

A) Si bien la institución a favor del marido, al amparo de la cláusula sexta, tuvo acceso al Registro cuando no se sabía si aquél moriría antes que su mujer ni si sobrevivirían a los cónyuges los hijos de ambos matrimonios, la operación solicitada no es ahora inscribible porque, acreditadas la premoriencia de la esposa y la existencia de hijos, se pone de manifiesto la actual incompatibilidad de la aludida cláusula sexta y la tercera, ya que, según la jurisprudencia y la Observancia 16, "de fide instrumentorum", libro II, "la legítima se debe a los descendientes por naturaleza", excepción al principio "standum est chartae", atendible la referida Observancia en vista de la fecha de las capitulaciones.

B) Ni con la interpretación más benévola de las indicadas cláusulas tercera y sexta es posible soslayar la intervención de los legitimarios instituidos para que fuese factible la inscripción de los derechos del marido en la sucesión de su mujer.

C) En tanto no se fije por acuerdo de los interesados o por ejecutoria el alcance de la institución hereditaria a favor del marido y se concreten los derechos del padre y de los hijos, no procede declarar inscribible el documento, ni decidir en cuanto al eslabonamiento formal de los asientos, ni sobre las formalidades extrínsecas de la titulación.

Desde luego que, aparte la contradicción resuelta correctamente considerando ineficaz la cláusula sexta, quedará siempre el problema de si, dentro de los principios del Derecho civil aragonés, es posible que esa ineficacia sea estimada de oficio por el Registrador. Tal vez la solución venga dada por la amplitud que se reconozca a la norma "standum est chartae" para convalidar pactos anulables y aun, en apariencia, nulos, y por la solución que se adopte sobre la convalidabilidad de la preterición. Posiblemente así lo ha entendido la Dirección, al mostrarse tan mesurada y prudente en el extremo C) que hemos reseñado.

Arturo GALLARDO RUEDA

RESOLUCION DE 22 DE DICIEMBRE DE 1949

Determinación de porciones hereditarias y derecho de representación

Fallecida la testadora después de haber instituido herederos por partes iguales a sus siete hijos vivos y haber designado contador partidor, muere uno de aquellos hijos dejando descendencia. En el cuaderno particional se consigna que están interesados en la sucesión los nietos de la causante "como herederos de su padre, representando a éste en la sucesión de su abuela materna"; para la adjudicación se hacen en el mismo cuaderno tres hijuelas, una a favor de una hija de la testadora, otra conjunta "por quintas partes ideales" a los otros cinco hijos, y otra a los otros tres nietos, sin previa atribución a su padre. En las tres hijuelas se adjudican dos fincas a cada hijo y a cada nieto, "en una porción ideal de pesetas", sin consignar nada de séptimas partes o de terceras partes de séptima parte. Finalmente, una de las fincas adjudicadas se integra de varias parcelas cuya agrupación previa a la inscripción no se solicita.

Presentada en el Registro primera copia de la escritura de protocolización y del acta de presencia de formación de inventario, merecieron la siguiente calificación: "Denegadas las inscripciones de las fincas a que se refiere el precedente documento por los siguientes defectos: 1.º No acreditar el exceso de cabida..., pues siendo dicho exceso muy superior a la quinta parte de la suma de la cabida de las tres fincas agrupadas, no cabe incluir el caso en el número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario. 2.º Adjudicarse las dos fincas en pro indiviso sin determinarse la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos, haciéndose solamente por unidades de moneda, con infracción del artículo 54 del mismo Reglamento. 3.º Porque habiendo fallecido don A. G. S. con posterioridad a la causante no cabe el derecho de representación de los nietos de ésta e hijos de aquél, y aunque la partición puede hacerse con intervención de los nietos, no es por derecho de representación, sino como herederos de su padre, debiendo justificarse la defunción de éste, su testamento o declaración de herederos ab intestato y el pago del Impuesto de Derechos Reales de la transmisión. Defectos insubsanables, no procediendo tomar anotación preventiva aunque se solicitase."

Interpuesto por un interesado recurso gubernativo contra aquella calificación, fué confirmada por el Presidente de la Audiencia, y, en alzada, la Dirección General confirma, sólo parcialmente, el auto apelado, por estimar subsanables los dos primeros defectos de la nota e insubsanable el tercero, en virtud de las consideraciones siguientes:

A) *La extensión del exceso de cabida impide efectivamente su inscripción directa, debiendo suspenderse la inscripción y utilizarse para su inscripción alguno de los medios establecidos al efecto, que bien pudiera ser el título de adquisición de la causante, que no fué aportado.*

B) *La adjudicación es el acto que inexcusablemente debe reflejarse en el Registro, y, al efectuarla en el documento objeto del recurso, se determinaron las porciones ideales de los inmuebles asignados a los interesados con referencia a unidades de moneda, por lo que aparece infringido el artículo 54 del Reglamento Hipotecario, desde que el comisario transformó el derecho abstracto de cada heredero en titulación concreta.*

C) *Existen diferencias entre el "ius repraesentationis", regulado por los artículos 924 a 929 del C. c., y el "ius transmissionis", a que se refiere el artículo 1.006 del mismo Cuerpo legal; para el primero se requiere la premoriencia al causante del representado; éste no llega a ser heredero y el representante sucede directamente a aquél. Por el contrario, el segundo de ambos derechos supone la supervivencia del causante al transmitente, y es heredero de éste el beneficiado con el derecho de transmisión, de todo lo cual dimana una dualidad de situaciones jurídicas cuya fundamental diferencia doctrinal y cuya importante consecuencia práctica puso de relieve el Tribunal Supremo al declarar reiteradamente que el nieto que hereda al abuelo por derecho de representación del hijo premuerto puede aceptar la herencia de éste a beneficio de inventario y la del abuelo pura y simplemente.*

D) *En el documento calificado se involucran los derechos de transmisión y de representación; y el comisario, cuyas atribuciones estaban limitadas, con arreglo al testamento, en conexión con el artículo 1.057 del C. c., a la simple facultad de hacer la partición de la herencia, las amplió*

por su exclusiva voluntad hasta efectuar inválidamente la división de la herencia de un hijo, con evidente extralimitación de funciones que impide en absoluto la inscripción del documento e incluso su anotación preventiva.

Evidentemente, el primer defecto podría subsanarse con la presentación del título de adquisición de la causante, si se solicitase la agrupación y resultare que las parcelas son contiguas, y, en caso de que dicho título no fuera suficiente, utilizando cualquiera de los demás medios de la legislación para registrar excesos de cabida. El segundo se subsanaría también por escritura adicional expresiva de que la cuota ideal adjudicada a cada hijo equivale a la séptima parte indivisa de los inmuebles; pero el tercero es definitivamente insubsanable. Todo ello sin olvidar, como pone de relieve la acertada Resolución que comentamos, que el comisario incurrió en otras omisiones hipotecarias como la liquidación de la sociedad de gananciales, adjudicación a la viuda del hijo de su cuota legal usufructuaria, tracto sucesivo normal o abreviado, etc.

Arturo GALLARDO RUEDA

RESOLUCION DE 2 DE FEBRERO DE 1950

Dualidad de extensión de finca inscrita

En escritura de partición de la causante se adjudicó al cónyuge viudo una finca compuesta de casa y terrenos, de extensión aproximada de 10.000 pies cuadrados, que figuraba inscrita en el Registro anteriormente con 19.000. En las sucesivas transmisiones aparece indistintamente con una u otra extensión. En la actualidad hay un titular registral que, en acto de conciliación, cuya certificación no se aportó al recurso, reconoció haber adquirido la superficie total mayor en documento privado, negándose a elevarlo a escritura pública hasta la subsanación de determinados defectos de titulación. A fin de efectuarlo, los actuales herederos del viudo adjudicatario otorgan escritura adicional de partición de herencia, que es rechazada en el Registro, por el defecto insubsanable de aparecer consiguientemente inscrita la finca a nombre de persona distinta de los transmitentes. No se practicó segregación alguna.

Interpuesto recurso gubernativo, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota calificadora, y la Dirección ratifica el auto presidencial, estableciendo la siguiente doctrina:

No procede en el sencillo cauce de un recurso gubernativo declarar inscribible un documento por el cual se divide la finca, se individualizan parcelas y se alteran asientos, sin conocimiento ni siquiera audiencia de un titular protegido por los artículos 1, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria, en lugar de seguir la trayectoria procesal que se había iniciado con el referido acto de conciliación, toda vez que el procedimiento legal adecuado es, a falta de conformidad entre todos los interesados para la interpretación de las escrituras de venta, un juicio declarativo en que se concrete la extensión del derecho de cada uno y recaiga sentencia firme ordenando la correspondiente segregación y descripción del resto del inmueble.

A. G. R.

RESOLUCION DE 24 DE FEBRERO DE 1950

Declaración de heredero en acta de notoriedad

Para el caso de que sus hermanos falleciesen sin sucesión, el testador nombró único y universal heredero al que resultase ser "pariente más cercano y más joven de las ramas de sus difuntos padres", llamamiento que no tendría efectividad hasta el fallecimiento de otros sobrinos a quienes concedían una pensión vitalicia; en el testamento prohibía toda intervención judicial. Otorgada oportunamente la escritura de partición, interpuso uno de aquellos sobrinos demanda de nulidad de la institución hereditaria, desestimada en sentencia que declaraba su condición de institución a término suspensivo, válida. Extinguidos totalmente los usufructuarios nombrados, se tramitó acta de notoriedad para acreditar quién era el pariente más joven y próximo a quien debía deferirse la herencia según el testamento. Y presentada copia de la escritura de partición y copia de tal acta de notoriedad en el Registro, causó la siguiente nota: "Denegada la inscripción solicitada por defecto insubsanable de no haberse declarado quién sea el heredero del testador, en procedimiento judicial.

Interpuesto recurso gubernativo, el que resultaba ser heredero según el acta alegó que la nota da por supuesta la necesidad de un procedimiento judicial aun cuando no haya de declararse el derecho del heredero; que no se indica cuál sea el proceso adecuado; que no es aplicable el artículo 1.101 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que el testador prohibió toda intervención judicial y que la personalidad del heredero está demostrada en procedimiento extrajudicial amparado por el artículo 209 del Reglamento notarial.

El Registrador informó que las actas de notoriedad no están protegidas por la fe notarial, puesto que el Notario no da fe de su contenido, sino de que los testigos afirman algo; que nunca han de referirse a nacimiento de derechos que tengan un procedimiento judicial adecuado; que en el artículo 14 de la L. H. se omiten tales actas; que cuando de los hechos probados depende la declaración de un derecho, ésta ha de ser judicial, y que la prohibición testamentaria de intervención judicial no impide, según la jurisprudencia, que el heredero haga valer sus derechos, y se refiere únicamente a la ejecución de las operaciones testamentarias.

El auto presidencial revoca la nota calificadora fundándose en que no debe confundirse la verdadera declaración de derecho, nacido del testamento o de la Ley, con la simple determinación de la persona en quien concurren las circunstancias establecidas por el testador. Y la Dirección General de Registros confirma dicho auto, estableciendo la siguiente doctrina:

A) *La declaración judicial de herederos, en los casos de sucesión legítima enumerados en el artículo 912 del Código civil, es improcedente cuando existe una institución de todo el caudal relicto hecha en testamento a favor de un pariente del causante que, aunque se desconozca al tiempo de otorgarlo, pueda en momento oportuno ser determinado de modo indudable; por lo que es injustificado exigir tal declaración judicial de quien instituyó el suyo en testamento válido.*

B) *Tampoco es aplicable el procedimiento de adjudicación de bienes a que estén llamadas varias personas sin designación de nombre, según el artículo 772 del Código civil, y tan pronto haya desaparecido toda duda sobre la identificación del único heredero testamentario.*

C) *La demostración de la persona definitivamente llamada puede realizarse en actos de jurisdicción voluntaria, atribuida a la autoridad judicial sólo por motivos de tradición, o en acta de notoriedad, de secular rai-gambre en el derecho español, y utilizable en todos los puntos que vienen siendo objeto de las informaciones para perpetua memoria.*

Arturo GALLARDO RUEDA

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

SENTENCIA 9 DICIEMBRE 1949

Daños morales

ANTECEDENTES.—Por Sid B. B. se interpone demanda en juicio declarativo de mayor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Tetuán contra la Empresa de transportes "L. V., S. A.", basándose en los siguientes hechos: Que ocupando un asiento como viajero en un autocar de servicio público de la Sociedad demandada que hacía el servicio de Tánger a Larache y siendo conducido el automóvil con imprudencia temeraria por parte del chófer, se precipitó sobre un paso a nivel, rompiendo las cadenas que defendían dicho paso y continuando su marcha al mismo tiempo que por la vía caminaba un convoy del ferrocarril, resultando una colisión entre los vehículos que ocasionó muertes inmediatas y diferentes lesiones a los pasajeros. El demandante, a consecuencia del accidente, sufrió lesiones tales como fractura, por aplastamiento, de la segunda vértebra lumbar, a consecuencia de la cual tuvo que estar sometido a tratamiento bajo la dirección de especialistas en diferentes establecimientos clínicos. Desde el día del accidente, el actor ha sufrido "perjuicios físicos difíciles de comprender", como los que supone la fractura de una vértebra, con los dolores y molestias consiguientes, ha tenido como secuela distintas anormalidades de tipo anatómico-funcional, entre ellas, la imposibilidad de realizar actos sexuales por producirle enormes dolores cualquier movimiento brusco, y sobre todo los que se realizan en la consumación del coito. Hasta la fecha de la demanda la lesión le ha producido una incapacidad casi absoluta en su trabajo, que desempeñaba como periodista, siendo corresponsal al servicio de varias agencias extranjeras, con continuos desplazamientos por razón de su cargo, alternando esta ocupación con actividades comerciales favorecidas y facilitadas por su influencia en el ambiente político ya que el actor pertenece a una destacada y noble familia del Norte de África, teniendo a su cargo numerosa familia, que mantenía en una posición de ahogada y cómoda. El sumario del proceso penal por imprudencia temeraria del chófer fué sobreseído a la muerte del mismo. Por lo que, invocados, entre otros fundamentos de Derecho, el artículo 1.800 del Código de las obligaciones de la Zona de Protectorado español en Marruecos, suplicó se dictara sentencia condenando a la demandada a indemnizar al demandante los daños y perjuicios al mismo causados. La Sociedad demandada no compareció hasta después de formulado por el demandante el escrito de conclusiones definitivas con arreglo al Código de Procedimiento de la Zona de Marruecos en el que el actor reprodujo los hechos y la súplica de la demanda. En su escrito de conclusiones definitivas, el demandado, afirmando ser cierta la colisión y negando los restantes hechos, invocó los mismos fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia absolutoria.

El Juzgado de Primera Instancia de Tetuán dictó sentencia condenando a la Empresa demandada, en la persona de su director, a indemnizar al actor los daños y perjuicios que le fueron ocasionados con motivo del accidente que sufrió el autobús de dicha Empresa. La indemnización debía alcanzar "a la reparación de los gastos que el demandante tuvo que realizar como consecuencia del accidente, las ganancias que dejara de obtener, así como el daño moral, todo ello previas las debidas pruebas, en el momento procedente, con imposición de las costas del juicio a la parte demandada". Interpuesta apelación contra la sentencia por la Sociedad demanda-

da, la Audiencia de Tetuán la confirmó en todos sus extremos, con imposición de costas de la segunda instancia a la apelante.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1) Al amparo de los números 2.º y 3.º del artículo 1.469 del Código de Procedimiento civil de la Zona del Protectorado español en Marruecos (correspondientes a los números 2.º y 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil) por incongruencia con las pretensiones deducidas oportunamente por el actor, otorgando el fallo más de lo pedido en los escritos de demanda y conclusiones definitivas.

2) Al amparo del número 1.º del artículo 1.469 del Código de Procedimiento civil de la Zona (número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil), invocándose como infringidos por aplicación indebida el artículo 800 del Código de Obligaciones y Contratos de la Zona de Protectorado español en Marruecos (1) y la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1912. El primero porque desde el momento en que los daños materiales son indemnizados en la cantidad que se señale en la ejecución de la sentencia, van implícitos o subsanados en aquella indemnización la justipreciación de los daños morales; porque en la indemnización por daños y perjuicios de índole moral deben ser estimados éstos nada más que en el caso de que tengan sustantividad propia y en cuanto no constituyan secuela de los daños y perjuicios materiales, ya que en este caso la indemnización comprende la evaluación de toda clase de perjuicios. La sentencia de 12 de diciembre de 1912 es consecuencia de un suceso absolutamente distinto, en el que la estimación de los perjuicios morales es de indudable pertinencia por la sustantividad del daño moral manifiestamente producido en el caso que la provocó.

CONSIDERANDO: Que no es exacto el hecho en que se funda el primer motivo del recurso para alegar la incongruencia de la sentencia recurrida, de que en las respectivas súplicas de la demanda y conclusiones provisionales el actor pidiera que le indemnizara la demandada y recurrente únicamente por los daños materiales sufridos a consecuencia del accidente, pues en el primero de estos escritos solicita que se le indemnice los *daños y perjuicios, en los que van comprendidos tanto los materiales como los de carácter moral, lo mismo por el sentido gramatical de esa frase, que no hace distinción entre los de una clase y otra*, que por la relación que necesariamente debe tener en cuenta el Juzgado de esa petición con los hechos y fundamentos legales en que la basa, entre los cuales reiteradamente menciona los perjuicios de índole moral y cita el artículo 800 del Código de las Obligaciones y Contratos de la Zona del Protectorado de España en Marruecos que menciona expresamente el daño moral y material como igualmente indemnizables, y, además, en la súplica del escrito de conclusiones provisionales, donde queda fijada con los de demanda y contestación la cuestión litigiosa, porque equivalen a los escritos que tradicionalmente y en la legislación española vigente se llaman de réplica y dúplica, y en los cuales, según el artículo 454, párrafo 2.º, del Código de Procedimiento civil para esa Zona, pueden las partes ampliar o modificar las pretensiones formuladas en la demanda, pide el actor, como recoge la Audiencia en el considerando segundo de su sentencia, que se liquide la indemnización con

(1) Dice así: "El que por acción u omisión causa a otro un daño o perjuicio moral o material, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño o perjuicio causado."

arreglo a bases que deberán abarcar los extremos señalados en el fundamento segundo de aquel escrito, en el que se comprenden nominalmente los gastos que el demandado tuvo que realizar a consecuencia del accidente, el daño moral y material sufrido tomando en cuenta la naturaleza de la lesión, edad y condición del actor, la pérdida de la facultad sexual, teniendo presentes también sus circunstancias personales y sociales y el lucro cesante que se haya ocasionado a consecuencia del accidente y de la lesión, por todo lo cual es evidente que está solicitada la indemnización por los daños y perjuicios morales y no es incongruente ni otorga más de lo pedido la sentencia que así lo concede, y es improcedente ese motivo primero del recurso.

CONSIDERANDO: Que no se puede admitir la tesis que se formula en el segundo motivo de casación para impugnar la sentencia, de que si se condena a indemnizar perjuicios materiales no se pueden estimar al mismo tiempo los de índole moral con sustantividad independiente, porque no hay precepto legal ni doctrina jurídica que lo autorice, pues *con la apreciación conjunta de unos y otros no se indemniza doblemente, como se dice en el recurso, un mismo hecho, sino que se concede por un hecho único una sola indemnización, que será de mayor cuantía si los daños y perjuicios ocasionados tienen mayor extensión en la esfera material o en la moral, y en ambas conjuntamente si a las dos alcanza la perturbación indemnizable*; y en cuanto a la alegación hecha incidentalmente en ese mismo motivo del recurso de que en el caso de autos no se produjeron daños morales y que éstos debieron reclamarse en el momento adecuado, sólo hay que tener presente para comprender su ineficacia que tal reclamación se hizo como se deja sentado en el considerando anterior, y que la producción de esos daños es un hecho afirmado por la Sala sentenciadora que no ha sido combatido en este recurso de la única manera que podía hacerse, que era la vía del número séptimo del artículo 1.469 del citado Código de Procedimiento.

FALLO.—No ha lugar.

COMENTARIO

La trascendencia jurídica de la sentencia resumida es evidente. La aplicación por nuestro Tribunal Supremo de un texto jurídico del Código de las Obligaciones y Contratos de la Zona del Protectorado español en Marruecos en el que, copiando casi literalmente de otro texto del Código civil español, completa su redacción, da ocasión a que se introduzca en nuestra jurisprudencia una estimación más justa de los daños procedentes de culpa o negligencia. Por otra parte, la posición del Tribunal Supremo, aunque tímida y poco expresiva, es digna de tenerse en cuenta al innovar un criterio de apreciación de dichos daños.

En efecto, el Tribunal Supremo da un paso más en el proceso de constante afinamiento del Derecho, instrumento siempre tosco, como obra humana, para apreciar las más delicadas coyunturas de la vida. La sentencia, en este sentido, no solamente es *justa*, sino también *equitativa*, dando a

este término el sentido de "revisora continua y permanente de las Leyes justas" (2). Ha tomado como medio de interpretación el "ius equum" y no solamente el "ius strictum" (3).

Pero el Tribunal Supremo ha explotado poco el éxito al desaprovechar la ocasión de definirse ante la delicada materia de los daños morales. Frente a una cuestión mal planteada por las partes litigantes y justamente resuelta por los Tribunales inferiores en cada una de las instancias, pudo sentar doctrina replanteándola, discriminando los daños materiales y los morales y señalando claramente a cuáles de ellos alcanza su protección. Porque la interposición de una nueva demanda de daños morales ha de traer otra vez la duda para las partes y para el Juez de la oportunidad de su protección. Piénsese en la dificultad de analizar y evaluar los distintos daños morales en la fase de ejecución. Y el peligro que para la seguridad jurídica puede traer una optimista apreciación de daños morales en lo sucesivo. Este riesgo se hubiese evitado con la previa definición de la postura del Tribunal Supremo frente al problema, ponderando el peligro que entraña reconocer esos daños y la dificultad de su tasación y cortapisando posibles excesos en lo sucesivo con una mención taxativa de los mismos (4).

Un análisis de la sentencia nos lleva a distinguir tres cuestiones: a qué daños morales se ha extendido implícitamente la protección; qué relación pueden tener los daños morales con los materiales y si está justificada la protección jurídica de esos daños morales.

A) A través de la sentencia podemos configurar el alcance de la protección. El criterio de diferenciación de los daños en materiales y morales no puede hacerse, como se ve en la demanda, desde el punto de vista del sujeto paciente según recaiga sobre sus sentidos o sea un daño invisible, de los pensamientos y los sentimientos. El índice de separación ha de marcarlo la patrimonialidad o extrapatrimonialidad de los daños (5). El daño es material en cuanto repercute en el patrimonio del lesionado. Es moral cuando alcanza a otras realidades extrapatrimoniales: ya sea a la parte social del mundo moral de una persona: calumnia; ya a la parte afectiva del mismo: sentimiento por la muerte de un ser querido; ya a otras realidades no sociales ni afectivas, pero que son morales porque no tienen traducción patrimonial. La heterogeneidad de estos daños haría del ejemplo una enumeración. Pero entre ellos está el *damnum in corpore*, que es el que interesa en este caso.

La sentencia de primera instancia, confirmada al desestimar el recurso, condena a indemnizar los daños que tuvo que realizar el demandante, las ganancias que dejara de obtener y el daño moral. Los dos primeros extremos señalan daños patrimoniales. En el tercero van incluidos todos los

(2) CORTS GRAU: *Principios de Derecho natural*, 1944, pág. 62.

(3) F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 1944, pág. 387.

(4) Actitud que no sería nueva en el Tribunal Supremo, pues la adoptó, por ejemplo, en la importante sentencia de 13 de junio de 1943, a propósito de la cláusula "rebus sic stantibus".

(5) H. ET L. MAXBAUD: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 3.ª ed., 1939, I, págs. 292 y 55.

expatrimoniales, a saber: las diferentes consecuencias de orden anatómico-funcional, los dolores y molestias consiguientes a la fractura de una vértebra y la imposibilidad de realizar actos sexuales sin dolor, casos de *damnum in corpore*. Y el sufrimiento moral del individuo preocupado ante el porvenir, con una numerosa familia dependiendo de él, disminuido en sus facultades de trabajo y goce, que interesa la parte afectiva de su mundo moral.

B) Esta misma clasificación de los daños lleva al convencimiento de que un mismo hecho puede producir a la vez un daño moral y un daño material independientemente. Con lo que caen por su base las razones del recurrente en defensa de sus motivos, pues dejándose llevar de la terminología errónea del demandante, afirma que en los daños materiales van implícitos los morales cuando en este caso no son equiparables por tener naturaleza distinta; que los daños morales deben ser estimados solamente cuando tengan *sustantividad* propia y no constituyan secuela de los materiales, cuando lo cierto aquí es que todos los daños materiales y morales son consecuencia mediata de un hecho que produjo como consecuencia inmediata el *damnum in corpore* (expatrimonial) de la fractura de la vértebra. Sin implicar esta mediatividad que una vez producidos los gastos y el lucro cesante y los demás daños morales, no tengan ya subsistencia en sí mismos o *sustantividad*, como les niega el recurrente. Con estas aclaraciones cobra sentido la doctrina del segundo considerando de la sentencia al afirmar que con la apreciación conjunta de los daños no se indemniza doblemente un mismo hecho.

Es más, en la conocida sentencia de 6 de diciembre de 1912 tampoco los daños morales tienen *sustantividad* en el sentido que el recurrente les da y, sin embargo, sí existe identidad con el caso actual, que el mismo recurrente le niega, en lo que funda su violación en el segundo motivo, extremo sobre el cual no se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo. En efecto, en aquel caso, como en éste, el daño pecuniario era también consecuencia mediata de un hecho cuya consecuencia inmediata era el daño moral. Pero una vez estimados ambos, eran también indemnizables uno y otro con independencia. Prueba de ello es que el Tribunal Supremo concedió una reparación moral y una indemnización económica (6).

C) El ser la primera sentencia civil española que condena a satisfacer los daños morales a los que hemos hecho mención, trae la duda de si puede justificarse esta actitud nueva del Tribunal Supremo. Hasta ahora todas las sentencias que habían concedido satisfacción de daños morales se referían a las que hemos clasificado como pertenecientes a la parte social del mundo moral (7). Pero esta circunstancia sólo hace que marcar su

(6) Reparación moral: publicación de la sentencia en la primera plana del periódico en que había aparecido la especie calumniosa. La indemnización económica, consistente en 150.000 pesetas, se daba incluso en previsión de que el daño patrimonial se había de producir al llegar la edad de contraer matrimonio la niña calumniada.

(7) La primera de ellas es la citada de 1912. A partir de esta fecha se siguen reconociendo en otras varias, que pueden verse en CASTÁN: *Derecho civil* (Notarías), 6.ª ed., II, pág. 467. Después de la edición de esta obra no ha tenido el Tribunal Supremo ocasión de manifestarse sobre este punto.

trascendencia para el futuro, máxime cuando es aplicable la interpretación del texto aplicado al caso del pleito al artículo 1.902 del Código civil por un razonamiento análogo al que emplea el primer considerando referido a las peticiones en los escritos de alegación: que en la expresión de daños y perjuicios van comprendidos tanto los materiales como los morales, por el sentido gramatical de esa frase que no hace distinción entre los de una clase y otra. La sentencia comentada puede abrir, a partir de 1949, la admisión de todos estos daños morales a que se refiere el caso del pleito, como en 1912 se abrió a los producidos por calumnia e injuria.

Pero la sentencia no queda en el vacío, pues ya la Jurisprudencia penal española, a partir de 1934, los había apreciado (8). La legislación y la Jurisprudencia comparadas resuelven en muchos casos este problema en el mismo sentido y también la doctrina científica muestra una tendencia favorable a su apreciación (9). En Derecho romano hay un antecedente clarísimo en la *actio iniuriarum* que en las XII Tablas se concede en tres casos: "*membrus ruptum, os fractum, iniuria factum*", cuidándose los romanos de desechar la idea de ser aquí indemnizado un daño patrimonial: "*magis vindictae quam pecuniae habeant rationem*". En Derecho español no hay antecedentes expresos porque en el Derecho común se miran con desconfianza los daños morales. Sin embargo, el arraigado sentimiento del honor y la lealtad españoles los reconocen circunscribiéndolos a la parte social del mundo moral (Partida VII, tít. IX, ley 29). Por esta razón se desconocen en el Código de Napoleón: artículo 1.382, equiparable al 1.902 de nuestro Código civil.

José M.^a DESANTES GUANTER
 Prof. A. de la Universidad de Madrid.

(8) Sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1934, 28 de noviembre de 1934, 2 de diciembre de 1946, 30 de mayo de 1947 y 15 de diciembre de 1947. Ténganse en cuenta los artículos 103 y 104 del Código penal vigente y el hecho de que no tienen ninguno correspondiente a ellos en el de nuestra Zona de Marruecos.

(9) Véase FISCHER: *Los daños civiles y su reparación*, traduc. española de W. ROCKS; H. ET L. MAZEAUD, obra y tomo citados; PIRSON ET DE VILMÉ: *Traité de la responsabilité civile*, t. I; M. DUBOIS: *Pecunia doloris*, tesis doctoral. Lyon, 1935. En los primeros, págs. 237 y 295, respectivamente, exposiciones del Derecho comparado.

II. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Sentencias de la Sala Primera

En esta sección colaboran: Alberto Ballarín, José M.^a Codina, Manuel González, José M.^a Desantes, J. Hernández Canut, Jerónimo López, J. A. Prieto, L. Sancho y Abraham Vázquez.

SENTENCIA 28 FEBRERO 1949

Arrendamientos urbano:—desahucio por cambio de destino a la cosa arrendada.

CONSIDERANDO: Que en la sentencia recurrida no se afirma, como hecho probado, que el local en cuestión se arrendase por su propietario para el ejercicio del comercio abierto.

CONSIDERANDO: Que tampoco se deduce esto del contrato celebrado entre ambos, según se consignó en el documento privado, de autenticidad reconocida, fechado en Madrid el día 11 de marzo de 1946, puesto que en dicho documento se designa el local objeto del arrendamiento, primero, con la denominación de "cto. tienda" y sólo con la de cuarto, después; denominaciones ambiguas y contradictorias entre sí, en su sentido corriente, y contradichas también, aun queriendo atribuir significación estricta y prevalente a la de "tienda" por las cláusulas 5.^a y 6.^a del contrato, en cuanto se refieren a "habitación" como destino del local arrendado.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede deducirse ese destino de la circunstancia de que el arrendatario anterior le hubiese dedicado a depósito de bicicletas para alquiler, porque tal destino no resulta del contrato celebrado entre el propietario y el arrendatario anterior, redactado en los mismos términos indicados que el celebrado con el actual, ni en la sentencia recurrida se afirma que se hubiese traspasado por el primero al segundo el negocio de alquiler de bicicletas, sino "el local" en el que tal negocio estaba establecido.

CONSIDERANDO: Que, aun supuestas insuficientes las precedentes consideraciones, para resolver la duda a que dan lugar los términos del contrato, la aplicación al caso de las reglas de interpretación del mismo, contenidas en el capítulo IV del título II del libro IV del Código civil, con el espíritu de protección al inquilino que inspira la Ley de Arrendamientos Urbanos, impondrían la resolución de la duda a favor del arrendatario demandado.

CONSIDERANDO: Que en tal supuesto, la estimación de la causa de resolución del arrendamiento, cuarta del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, infringe dicho precepto legal por su indebida apli-

cación, muy distinta de la que se estimó procedente en la sentencia de esta Sala de 23 de diciembre de 1947, puesto que en la sentencia recurrida en aquel caso se había estimado como hecho probado "que el local fué arrendado para destinarlo al ejercicio del comercio abierto" y que el *mismo arrendatario*, que así lo había convenido y lo había cumplido hasta el mes de abril de 1945, cesó "entonces en tal negocio, y cerrado el local, fué dedicado únicamente, sin interrupción, por el arrendatario a almacén o depósito de mercancías"; es decir, que en el caso anterior se estimó como hecho probado el convenio para un destino señalado con precisión: "ejercicio del comercio abierto", lo que no ocurre, como se ha dicho, en el caso de autos; y en aquél ese convenio lo había celebrado el mismo arrendatario, que después de cumplirlo lo varió por su única iniciativa, lo que es también distinto que en el caso actual.

CONSIDERANDO: Que la infracción señalada, dando lugar a la resolución del contrato por una causa cuya existencia no resulta de los hechos probados, según la sentencia recurrida, impone la procedencia del recurso por la causa 3.^a del artículo 169, alegada al efecto como fundamento del mismo, en su número 4.^o

CONSIDERANDO: Que para que los daños causados en la finca por el inquilino o arrendatario sean causa de resolución del contrato de arrendamiento es preciso que se hayan causado "dolosamente", como dice el artículo 149 de la Ley citada, y como en la sentencia recurrida no se imputan al arrendatario hechos ni malicia que permitan apreciar dolo en el acto de colocar leña en el patio de la finca, hecho afirmado como productor de los daños, al estimar éstos como causa de resolución, se infringe el precepto legal citado, aplicándole indebidamente, para dar lugar a la resolución, infracción que también es causa del recurso, según el citado artículo 169, y se ha invocado también como fundamento del mismo, en su número 4.^o

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 MAYO 1949

Competencia—alteración por el giro de letras.

El modo de pago por medio de letras de cambio, cuando ha sido pactado formando parte del contrato puede estimarse, no como mera facilidad de pago, sino como determinante del lugar de cumplimiento de la obligación, si no aparece haber sido otra la voluntad de los contratantes; pero esta regla no es tan absoluta que no pueda ceder ante actos positivos del deudor que revelen la voluntad de pagar en el lugar del domicilio del acreedor y, por lo tanto, de aceptar que sea en tal lugar donde la obligación se cumpla (1).

(1) En el caso de autos, el deudor intentó pagar parte de la mercancía en el domicilio del acreedor.

Competencia—compraventa mercantil—lugar del cumplimiento y del pago.

Por haber sido facturada la mercancía a porte debido en Totana y tener en esta localidad su establecimiento el vendedor, debe presumirse que allí se hizo la entrega de la cosa vendida y allí, por lo tanto, deberá hacerse el pago, según dispone el párrafo segundo del artículo 1.500 del C. c.

SENTENCIA 3 JUNIO 1949

Procesal—recurso de casación—motivos—error de hecho en la apreciación de la prueba.

No procede su estimación cuando la afirmación de la Sala no hace sino repetir un hecho que consta bajo la fe notarial.

AUTO 3 OCTUBRE 1949

Casación—resoluciones recurribles

No lo son, por no ser definitivas, las que recaen sobre admisión de incidentes de nulidad y las que ponen término a un procedimiento que puede de nuevo iniciarse.

SENTENCIA 7 OCTUBRE 1949

Competencia—compraventa mercantil

No pactada la sumisión del demandado y comprador al Juez del domicilio del vendedor, y resultando que las maderas objeto del contrato fueron facturadas a porte debido en la estación de Teba, que no pertenece a la jurisdicción de ninguno de los Juzgados contendientes, es evidente que en Teba se realizó la entrega de la cosa, siendo allí donde debe hacerse efectivo el precio, y en el Juzgado correspondiente radica la competencia para conocer del litigio sobre abono de la citada mercancía.

Competencia—entre Juzgados incompetentes

Como el Juzgado que se estima sería competente no figura en la contienda jurisdiccional, forzoso es decidir la competencia a favor del Juez del domicilio del demandado, de acuerdo con el segundo término del dilema formulado por la regla 1.ª del artículo 62 de la L. E. C.

AUTO 8 OCTUBRE 1949

Casación—resoluciones recurribles

La sentencia de la Audiencia que mantiene otra del Juzgado, desestimatoria, recaída en incidente de oposición a quiebra, no pone término al pleito ni impide que el procedimiento continúe, por lo que no puede atribuírsele carácter de definitiva con arreglo al artículo 1.690, número 1.º de la Ley procesal y doctrina de esta Sala en auto de 14 de marzo de 1895, y, en consecuencia, el recurso incide en la causa de inadmisión señalada con el número 3.º del artículo 1.729 de la misma Ley.

SENTENCIA 8 OCTUBRE 1949

Cumplimiento de contrato—cancelación de hipoteca—tercer hipotecario.

Si el comprador paga por la finca comprada un precio fijado como equivalente a la misma, libre todo gravamen, la reparación o compensación debe ser la liberación de dicho gravamen, cuando resultare realmente gravada.

No es tercero el propietario de una casa cuya hipoteca renace con efecto retroactivo a fecha anterior a la que la finca se adquirió.

ANTECEDENTES.—En 12 de marzo de 1941 los demandados vendieron al demandante una casa, y debido a que el Registro de la Propiedad se hallaba en reconstrucción por haber sido incendiado en la guerra, aseguraron los vendedores, bajo su responsabilidad, que la descrita finca se hallaba libre de todo gravamen. La casa, que fué adquirida por los demandados en 11 de enero de 1939, había sido hipotecada, siendo propiedad del anterior vendedor, a favor del Banco Hipotecario y cancelada la hipoteca en zona roja en 27 de octubre de 1938. Pero publicada la Ley de 7 de diciembre de 1939, renació la cuenta en el tanto por ciento que dicha Ley determinaba, y, según la misma Ley, las consecuencias de la revisión vinieron a perjudicar a tercero, que no hubiera inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad después de la fecha de cancelación de la carga y antes del 21 de octubre de 1938. El demandado opone que la responsabilidad, en todo caso, sólo puede alcanzar a su causante, que es citado de evicción al juicio, replicando el demandante que no demanda a saneamiento ni evicción, sino simplemente al cumplimiento de contrato. El Juzgado absuelve a los demandados. La Audiencia revoca la sentencia y les condena a que cancelen el gravamen.

MOTIVOS.—1.º Violación de los artículos 1.256 y 1.258 del C. c. e indebida aplicación de los 1.281, 1.282, 1.283 y 1.286 del mismo cuerpo legal.

2.º Violación de los artículos 1.483, 1.475, 1.471, 1.484, 1.481 y 1.482.

3.º Inaplicación de los artículos 606, 607 y 1.573, en relación con el 1.483 del Código civil, y 25, 27, 105 y 127 de la Ley Hipotecaria.

CONSIDERANDO: Que, en la justicia conmutativa, el fin de la indemnización, que es tanto como reparación o compensación, es el de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a

costa del responsable del daño, en situación igual o equivalente al que tenía antes de haber sufrido el daño, por lo que en el caso de autos, en el que el comprador pagó por la finca comprada un precio fijado como equivalente a esa finca libre de todo gravamen, la reparación o compensación adecuada sería la liberación del gravamen, si fuera posible, a costa o por acto de los vendedores responsables, y esto, fuese o no acertada la expresión con que se formuló, fué lo pedido en la demanda y lo dado congruentemente en la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que, según lo expuesto, no pueden apreciarse en la sentencia recurrida ninguna de las infracciones en que se fundan los tres motivos del recurso, porque al contrato, rectamente interpretado, se le han reconocido los efectos que, según la Ley y lo pactado, le son propios: *la finca vendida no estaba al venderse libre del gravamen posteriormente descubierto, y los demandados no eran terceros respecto a la hipoteca renacida con efecto retroactivo al 21 de octubre de 1938, proposiciones cuyas contrarias constituyen, respectivamente, los temas de los tres motivos del recurso, por ello improcedente.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 OCTUBRE 1949

Arrendamiento de industria—D. 27-I-1944

Esta disposición se refiere a la obligación que incumbe al empresario de obtener autorización para dejar de ejercer su industria, pero en manera alguna afecta a las relaciones civiles que pueden existir entre el propietario de la industria y el arrendatario de la misma en orden al contrato que mutuamente les liga.

Desahucio—cuestiones objeto de examen

En un contrato de aparcería o de arrendamiento de industria, únicamente la complejidad de sus cláusulas impediría al subarrendador el ejercicio de la acción de desahucio, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala.

Casación—objeto del recurso

El recurso se da contra el fallo y no contra los razonamientos de la sentencia.

ANTECEDENTES.—(V. primer considerando.)

MOTIVOS.—(Aparecen en los Considerandos, salvo el quinto: la causa de extinción es ilegal, porque el empresario quiere cesar en la industria sin autorización gubernativa.)

CONSIDERANDO: Que sea cual fuere la naturaleza del contrato que las partes califican de subarriendo, es evidente que mediante él se cede por

el actor al demandado por un precio consistente en el 10 por 100 del importe de las comidas en ellos servidas, los locales de un bar y restaurante del establecimiento denominado "La Taurina", en el que van incluidos todos los elementos propios de la industria, siendo los gastos de éstas, incluso los jornales, de cuenta del subarrendatario, y siendo así, la cuestión a resolver consiste en determinar si llegado el término del contrato conforme a sus cláusulas, donde se prevén posibles y sucesivas prórrogas que cesan por el preaviso de quince días fijado en el mismo, es factible al subarrendador ejercitar la acción de desahucio para reintegrarse aquél en el disfrute de los locales que por virtud del contrato viene ocupando el subarrendatario.

CONSIDERANDO: Que ya sea dicho contrato de aparcería, como lo califica la sentencia recurrida por entender de aplicación el artículo 1.579 del Código civil a los establecimientos fabriles e industriales en general, no obstante estar contenido dicho precepto en el Código civil, bajo rúbrica que sólo se refiere a los arrendamientos rústicos, ya de arrendamiento de industria, tal como lo define el artículo 4.º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, únicamente la complejidad de sus cláusulas impediría al subarrendador el ejercicio de la acción de desahucio, a tenor de la jurisprudencia de esta Sala contenida, entre otras, en sentencias de 5 de diciembre de 1924, 11 de noviembre de 1926 y 16 de mayo de 1947; pero es lo cierto que las del contrato que sirve de base a la demanda de autos son extremadamente sencillas y no pueden impedir al subarrendador el ejercicio de dicha acción, forzando a los Tribunales a remitirles al procedimiento más costoso y lento del juicio declarativo.

CONSIDERANDO: Que esto supuesto, y examinado el primer motivo del recurso, como éste se da contra el fallo y no contra los razonamientos de la sentencia recurrida, aunque se admitiese el error de la Sala al calificar el contrato de aparcería, ello no impediría que el desahucio pudiera prosperar, atendida la sencillez de las cláusulas del contrato y de las cuestiones planteadas, así como los preceptos reguladores del arrendamiento de industria.

CONSIDERANDO: Que aun cuando se admite la doctrina atribuida a la sentencia de 16 de mayo de 1947, a que hace referencia el motivo segundo, en el sentido de que sólo cabe el desahucio en el contrato de aparcería cuando el término del mismo no es objeto de controversia, es lo cierto que esto sólo podría tener aplicación cuando se tratara de una cuestión ardua y compleja que pudiera decidirse en juicio declarativo; pero no es posible sostener que la mera y gratuita alegación hecha por el demandado de que la facultad de prórroga concedida en la cláusula novena del contrato es inaplicable transcurridos los tres primeros meses y que pasado dicho período sólo juega la cláusula décima que se refiere a rescisión del contrato por incumplimiento del servicio pueda impedir el desahucio, ya que es clara la compatibilidad de ambas cláusulas y que, de lo contrario, resultaría el absurdo de que el contrato se habría estipulado indefinidamente.

CONSIDERANDO: Que tampoco es posible estimar la infracción del ar-

título 1.665 del Código civil, porque ya queda negada la complejidad de relaciones jurídicas nacidas del contrato en que el recurrente pretende separarse para evitar la acción de desahucio, y en cuanto a la infracción de los artículos 1.255, 1.256, 1.258 y 1.278 del Código civil, a que se refiere el motivo tercero, es del mismo modo manifiesta la improcedencia de la alegación, desde el momento en que al dar el subarrendador por terminado el contrato, avisando previamente al otro contratante según se estipuló, no hace otra cosa que ejercitar un derecho que le atribuye dicho contrato.

CONSIDERANDO: Que, finalmente, *es improcedentes el motivo cuarto, en que se alega la infracción del Decreto de 26 de enero de 1944, pues esta disposición se refiere a la obligación que incumbe al empresario de obtener la autorización del organismo competente del Ministerio de Trabajo para dejar de ejercer su industria; pero en manera alguna afecta a las relaciones civiles que puedan existir entre el propietario de la industria y el arrendatario de la misma, en orden al contrato que mutuamente les liga.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 OCTUBRE 1949

Recurso de casación—motivos: apreciación de pruebas.

Si la legitimación procesal pasiva resulta de las pruebas practicadas, sólo se puede combatir al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y no del número 1.º del mismo artículo, pues de este modo se pretende sustituir el criterio del juzgador por el del recurrente.

Recurso de casación—diligencias para mejor proveer.

La validez y eficacia de un contrato contenido en un documento es inoperante en un recurso cuando el citado documento no ha sido objeto de discusión en los autos, a los que vino, terminado ya el debate, en virtud de diligencias para mejor proveer.

Juicio de desahucio—parte legítima.

No se puede tener como demandados a personas distintas de las que el actor designó en su demanda.

ANTECEDENTES.—El comprador de un hotel de dos plantas demanda de desahucio a su vendedor por no desalojar en el plazo previsto en el contrato de compraventa la planta inferior del mismo, y, conjuntamente, a la hija y yerno del vendedor, que la ocupan en precario. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, pues los supuestos precaristas afirman ser subarrendatarios de unas habitaciones del hotel, no habien-

do sido demandado el arrendatario. Este lo es en virtud de contrato celebrado por la hija del vendedor con poder de su padre. La Audiencia revoca totalmente el fallo de la primera instancia y estima que procede el desahucio.

MOTIVOS.—1.º Interpretación errónea del artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con los artículos 1.550, 1.739 y 1.727 del Código civil.

2.º Violación de la doctrina legal de que “nadie puede ser condenado sin ser oído”, y sentencias de 3 de julio de 1928 y 2 de febrero de 1921.

3.º Interpretación errónea del artículo 446 del Código civil.

4.º Violación de los artículos 1.609 y siguientes y del 1.757 y 1.261 del Código civil.

5.º Violación del artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

6.º Violación del artículo 1.268 del Código civil.

7.º Violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

8.º Violación de las sentencias de 21 de marzo de 1911 y 6 de marzo de 1946.

CONSIDERANDO: Que los razonamientos del recurrente al impugnar la sentencia recurrida reiterando su posición defensiva en el litigio se apoyan con sostenida repetición a través de los ocho motivos en que funda su recurso, en tres argumentos que, expresados en forma escueta, son los siguientes: Primero. No existe en los demandados la condición de precaristas por cuanto ocupan los locales objeto del desahucio en virtud de un contrato de subarriendo pactado verbalmente con el arrendatario de los mismos. Segundo. El contrato de arrendamiento de los locales mencionados se concertó con el arrendatario por la demandada, hija del propietario de la finca, en nombre del mismo, haciendo uso de un poder que con todas las formalidades legales le fué conferido por su expresado padre, y tal escritura de mandato fué eficiente para el otorgamiento del contrato aludido. Y tercero. Que aportado a los autos en primera instancia para mejor proveer el referido contrato de arrendamiento, es forzoso reconocer y respetar el derecho del arrendatario, a quien no se puede perjudicar por la sentencia que en estos autos se dicte. Y concretadas de esta manera las cuestiones propuestas, conviene a la mayor claridad examinarlas separadamente, con lo que al mismo tiempo se indagará la procedencia de las infracciones acusadas en cada uno de los motivos de casación a que respectivamente hacen referencia.

CONSIDERANDO: Que, por lo que respecta a la primera de las cuestiones planteadas, o sea, de la legitimación procesal pasiva de los demandados, que afirmado por la Sala de instancia como deducción del examen de la prueba realizada que los hoy recurrentes contra los cuales se dirigió la demanda por aparecer como ocupantes de los locales objeto del desahucio, no ostentan título alguno con que justificar tal posesión, ya que no han podido probar la realidad del subarriendo que alegan, no ya mediante el oportuno contrato o siquiera con los necesarios recibos de las cantidades que afirman ser el precio de tal subarriendo, sino tampoco como deducción lógica de la prueba que realizaron y que, en consecuencia, los dichos demandados tienen la condición de precaristas, tal declaración, que tiene como base los hechos consignados y que trae como secuela obli-

gada la aplicación del número 3.º del artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y corrobora, por tanto, la legitimación pasiva de los demandados, no ha sido debidamente combatida en el recurso, en el que los recurrentes, en lugar de señalar, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley rituaria, los errores de hecho o de derecho en que hubiera incurrido la Sala, para llegar, mediante la estimación de la prueba a la formación de su criterio, se dedican al amparo del número 1.º de la citada norma procesal a razonar, haciendo supuesto de la cuestión, ya que parten de la realidad, según ellos probada, del subarriendo que alegan, pretendiendo sustituir el criterio del juzgador por el suyo, proceder ilícito en casación, por todo lo cual, al quedar en pie la afirmación de la sentencia recurrida, sobre el carácter de precaristas de los demandados, procede desestimar los motivos primero, tercero y sexto del recurso, por no haber cometido la Sala las infracciones que en ellos se alegan.

CONSIDERANDO: Que la tesis que en el motivo cuarto se desarrolla va dirigida a defender la legitimidad y eficacia del poder con que la demandada concertó el contrato de arrendamiento con el arrendatario para deducir asimismo la validez y eficacia de tal contrato, pero dados los términos en que el presente litigio se ha desarrollado, habrá de reconocerse que este motivo es inoperante en el recurso, porque el citado documento no ha sido objeto de discusión en estos autos, a los que vino terminado ya el debate en virtud de diligencia para mejor proveer, acordada en la primera instancia, y por ello, aun acreditada su existencia, no hubo ocasión de discutir la legitimidad de su otorgamiento en cuanto a la persona que aparece como arrendadora, ni la eficacia del mismo en cuanto al arrendatario, y tampoco hubiera podido discutirse porque el titular del referido contrato no ha sido parte en el pleito ni en momento alguno tuvo intervención personal en el mismo, por lo que en virtud de estas circunstancias no tiene cabida en el recurso la impugnación que encierra este motivo cuarto, que en otro aspecto hubiera debido asimismo ser desestimado por aportar al recurso una cuestión nueva no debatida en el pleito.

CONSIDERANDO: Que la tercera alegación que el recurrente sostiene, y en la que repetidamente insiste a lo largo del recurso, es la referente a la situación respecto de este pleito y sus resultados del señor G. E. que aparece como titular del contrato de arrendamiento de los locales objeto del desahucio, dedicando a esta cuestión los motivos segundo y octavo del recurso, en los que mantiene la opinión de que al acordar el desahucio de los demandados la Sala sentenciadora condena también a dicho señor sin ser oído ni vencido en juicio, con infracción del principio de derecho que tal prohibición establece, y que dicho señor debió ser demandado por el actor porque el dueño de una acción no puede dirigirla contra quien le parezca, según su propio arbitrio, sino que deberá formular su demanda contra todos los que ostenten algún interés en el litigio que plantea, aduciendo para reforzar su razonamiento la doctrina de dos sentencias de esta Sala que cita, pero al exponer su argumentación olvida sin duda

el recurrente el carácter de rogada que tiene en nuestro ordenamiento procesal la jurisdicción civil, y, en consecuencia, de tal condición, viene enseñando la doctrina jurisprudencial que los únicos derechos que en un pleito han de ser declarados y resueltos son los que afectan a los que en el mismo litigan y no a los que no fueron parte en él, aunque aquéllos lo pidieren (sentencias de 24 de octubre de 1899 y 21 de febrero de 1913), y asimismo que, salvo aquellos casos en que la Ley admite en ciertos pleitos, como parte legítima, a quien no haya sido demandado expresamente en ellos, los Tribunales no podrán tener como demandados a personas distintas de las que el actor designe en su demanda y fueron citados a juicio, porque el demandante, como dueño de su acción, la dirige contra quien tiene por conveniente, debiendo, según el artículo 524 de la Ley procesal civil, fijar con claridad y precisión la persona contra la que formula su demanda (sentencia de 30 de diciembre de 1939), y en su virtud, si el actor en este pleito dirige su acción contra los demandados, y no contra otras personas, a aquél serán imputables y podrán perjudicar sus omisiones, y el juzgador carece de facultades para llamar al litigio a quien no fué demandado, o que, por lo menos, no acudió al Tribunal alegando interés legítimo en la cuestión litigiosa, que fueron los casos contemplados por las sentencias que el recurrente cita, y en acatamiento a la doctrina antes expuesta es obligada la desestimación de los expresados motivos segundo y octavo, ya que el Tribunal a quo no incurrió en las infracciones de que se le acusa en los mismos.

CONSIDERANDO: Que igualmente procede rechazar los motivos quinto y séptimo del recurso, el primero de ellos porque la infracción del artículo 340 de la Ley ritual civil, que es el que se acusa, es inadmisibles a efectos de la casación, no solamente porque el citado artículo contiene una norma meramente procesal, y en razón de tal cualidad no cabe fundar sobre ella un recurso de casación en el fondo, sino porque el carácter de potestativo que tiene su texto le hace inadecuado para que pueda impugnarse su no aplicación, y además el criterio que el juzgador de instancia pueda formar respecto de los documentos o diligencias probatorias que en uso de su facultad discrecional hubiera mandado aportar a los autos, no vincula en manera alguna al Tribunal superior, que tiene acerca de aquellas probanzas igual libertad de apreciación que sobre los demás elementos probatorios controvertidos en el pleito, y en virtud de estas consideraciones cae por su base el aludido motivo quinto, aparte de que en su argumentación se impugnan hechos determinados, sin que se utilice para su debida eficacia la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal; y en lo que se refiere al citado motivo séptimo formulado *ad cautelam* por el recurrente, la razón de su desestimación se funda en que denunciándose en él la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, con la alegación de manera inconcreta de un vicio de incongruencia que no existe en la sentencia recurrida, se ampara indebidamente en el número 1.º del artículo 1.692 de la citada Ley procesal civil, en lugar de buscar su apoyo en los números 2.º ó 3.º de la

mencionada norma adjetiva, que determinan las formas de incongruencia que en la casación por infracción de Ley son sancionadas.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 OCTUBRE 1949

Arrendamiento urbano—obras—incongruencia.

Rigurosamente se obliga a los Tribunales a decidir los litigios en atención a lo pedido, a la forma en que lo ha sido y teniendo en cuenta únicamente los problemas suscitados en el período de discusión.

ANTECEDENTES.—El demandante tenía en arrendamiento una casa perteneciente al demandado, en la que tuvo que realizar obras por considerarse necesarias y urgentes y ante la pasividad del propietario. Entre otros pedimentos, reclama en la demanda que le sean satisfechas las cantidades que tuvo que desembolsar por ellas. El demandado niega la necesidad y urgencia de las reparaciones y afirma que las obras fueron hechas para establecer en la parte alta de la casa aulas para la escuela que tenía instalada en ella el demandante, por lo que cambió la estructura del objeto arrendado. Al practicarse prueba pericial, informan los peritos que es difícil apreciar la verdadera necesidad y urgencia de las obras, y que únicamente puede decirse con certeza que después de realizadas, la casa tiene un valor superior al que antes tenía. El juez de primera instancia concede en su sentencia los demás pedimentos de la demanda, pero no el que hemos hecho mención, por considerar que las obras ni fueron necesarias ni consentidas por el demandado. La Audiencia dictó sentencia confirmando la apelada, con los pronunciamientos que la misma contenía, y condenando además al demandado a satisfacer al demandante el abono del valor en venta que la finca haya adquirido como consecuencia de las obras hechas, cuya cuantía se determinará en la ejecución de sentencia. El demandado recurre en casación.

MOTIVOS.—1.º Comprendido en los números 2.º y 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil por infracción del artículo 359 de la misma Ley de procedimiento, por pronunciarse el fallo de la Audiencia sobre extremos que las partes no solicitaron ni discutieron, otorgando el valor en venta que ha aumentado la casa, cuando el demandante sólo pedía que se le reintegrase el importe de las obras.

2.º Basado en el número 1.º del artículo 1.692, por falta de aplicación e interpretación errónea de los artículos 1.557, 1.561 y 1.573, en relación con los 487 y 488 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate e interpretando dicho artículo *la jurisprudencia de este Tribunal, inspirada en el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, ha venido declarando reiteradamente que la conformidad entre el fallo y las cuestiones que hayan sido objeto del*

juicio ha de ser precisa y absoluta respecto a las personas, las cosas, las causas y la acción, sin que pueda hacerse pronunciamiento sobre aquello que las partes no solicitaron ni discutieron, es decir, que rigurosamente se obliga a los Tribunales a decidir los litigios en atención a lo pedido, a la forma en que lo ha sido y teniendo en cuenta únicamente los problemas jurídicos suscitados en el período de discusión, y de aquí que en repetidos fallos se diga que existe incongruencia siempre que la razón de dar sea distinta de la de pedir, aunque se otorge menos de lo pedido y cuando se conceda cosa distinta de la solicitada.

CONSIDERANDO: Que el actor alegó en su demanda que era arrendatario, desde hacía muchos años, de la casa objeto del pleito, y a fines de 1936 y principios de 1937 había realizado, con consentimiento del propietario demandado, determinadas obras de carácter necesario y urgente, cuyo importe había satisfecho, pero siendo dicho importe de cargo del demandado, solicitaba que se le condenase a su pago, pretensión que fué desestimada por la sentencia recurrida, la que, en cambio, condenó al demandado a pagar al actor el valor en venta que hubiera adquirido dicha finca como consecuencia de tales obras, valor que se determinaría en el período de ejecución de sentencia, porque, de otro modo, según dicha resolución, se produciría un enriquecimiento injusto del demandado en perjuicio del actor; pero como ni el hecho del aumento del valor en venta, adquirido por la finca por efecto de tales obras, ni el principio jurídico del enriquecimiento injusto, invocado por la sentencia recurrida como razón de dar, fueron planteados en la demanda, ni tratados en los escritos de discusión, resulta evidente que dicha sentencia, al otorgar una cosa que no había sido pedida, estimando, por lo tanto, una acción que no había sido ejercitada, resulta incongruente con la pretensión que el actor dedujo, e infringe el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que procede estimar el primer motivo del recurso, y ello hace innecesario entrar a examinar el segundo de los motivos en que dicho recurso se funda.

FALLO.—Ha lugar. Se confirmó la sentencia del Juzgado.

SENTENCIA 21 OCTUBRE 1949

Competencia—cláusulas de sumisión.

No puede ser tomada en cuenta la cláusula de sumisión consignada en las copias de factura acompañadas a la demanda por faltar en ellas las firmas de las partes.

Competencia—acciones nacidas de compraventa mercantil: lugar de cumplimiento.

La regla general establecida por la Sala en aplicación de los artículos 1.500 del C. c. y 62, 1.ª, de la Ley procesal es la de que en las compraventas mercantiles debe reputarse lugar de cumplimiento de las obliga-

ciones derivadas del contrato, si no se ha señalado otro por las partes, aquel en que se halle el establecimiento del vendedor.

Competencia—alteración por giro de letras de cambio.

El giro de letras pagaderas en el domicilio del comprador no altera el lugar de cumplimiento de las obligaciones.

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1949

Quebrantamiento de forma—nulidad de actuaciones.

Habiendo mandado en la segunda instancia del juicio declarativo de mayor cuantía en el que el presente recurso se ha interpuesto que se llevaran los autos a la vista con citación de las partes para sentencia, según ordena el artículo 372 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no se practicó esta diligencia, ni se notificó al Procurador que representaba al demandante el proveído de señalamiento de día para la vista, a la que las partes no asistieron, y estas omisiones, en las que se incidió por incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 264 y 265 en relación con el 260 de la mencionada Ley, constituyen notoriamente un defecto procesal constitutivo de quebrantamiento de forma que afecta al recurrente, que no tuvo de él noticia hasta que le fué notificada la sentencia, y que, por estar comprendido en el número cuarto del artículo 1.693, da lugar al recurso de casación interpuesto al amparo de esta causa con cita, en el concepto de infringidos, de los preceptos procesales que antes se expresan.

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1949

Expedientes de depósito de personas: recursos.

Como las resoluciones en los depósitos de personas no tienen atribuido el recurso de casación por disposición expresa, no son susceptibles del mismo.

Expedientes de depósito de personas: legitimación del depositario.

Si el artículo 1.897 de la Ley de trámites confiere al depositario la facultad de formular peticiones en orden a la variación del depósito, esto se refiere a causas o motivos que personalmente le afecten (por ejemplo, la alegación de una imposibilidad surgida para el desempeño de su cargo), pero no a la cuestión objeto del recurso (situación de la hija del matrimonio).

SENTENCIA 29 OCTUBRE 1949

Recurso de casación.

Es necesario demostrar el error de hecho o de derecho cometido en el fallo.

Arrendamiento de solar.

La Ley de Arrendamientos Urbanos y demás disposiciones sobre dichos arrendamientos no son aplicables a los contratos que recaigan sobre solares, como lo demuestra claramente el artículo 1.º de dicha Ley.

ANTECEDENTES.—El demandante, como dueño, y el demandado, como arrendatario, suscribieron el 10 de noviembre de 1942 un contrato de arrendamiento de un solar por tiempo de un año, estableciendo entre las cláusulas del contrato, que se destacan por su posterior importancia en la litis, la posibilidad de prórroga tácita al decir que se entenderá concluido o finalizado el contrato siempre que lo estime cualquiera de las partes por el solo hecho de dar aviso a la otra parte por escrito con treinta días de anticipación, y que el solar sería dedicado a almacén de leñas y carbones. Una vez firmado el contrato, el arrendatario solicitó del arrendador la autorización necesaria para construir en el solar, y por cuenta propia, un cobertizo o nave, así como para instalar, por cuenta del mismo arrendatario, una báscula y un aparato de sierra. El arrendador concedió esta autorización, pero ateniéndose y respetando los requisitos y condiciones del contrato. Posteriormente, el arrendador amplió verbalmente el anterior arrendamiento a una franja de terreno lindante con el solar, que había quedado exceptuada del contrato antes expuesto. El arrendador dió por terminado el contrato y notificó notarialmente al demandado en 7 de enero de 1948 que tanto el arrendamiento escrito como el verbal habían concluido y, en consecuencia, pedía que dejara libres los terrenos en 1.º de marzo del mismo año, lo que no hizo el arrendatario, que al verse demandado opuso que el solar se había convertido en local de negocio y que el requerimiento debía hacerse antes del 1.º de noviembre, por lo cual se había producido ya la tácita reconducción. El Juez, estimando la demanda, declaró de aplicación la legislación civil y, por ende, el desahucio. La Audiencia confirmó la sentencia.

MOTIVOS.—1) Interpretación errónea y violación de los artículos 5, 9, 11 y 70 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2) Violación del artículo 13 de la misma Ley.

3) Violación del artículo 1.566 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que, según afirma la sentencia recurrida, el inmueble objeto del arrendamiento celebrado por las partes es un solar en el cual con posterioridad se autorizó al arrendatario para construir un cobertizo donde pudiese instalar una báscula y un aparato de sierra, autorización la aludida que el arrendador concedió con la salvedad de que se respetarían las condiciones estipuladas en el contrato, y no impugnadas en adecuada forma dichas declaraciones de hecho, desaparece la base de los motivos primero y segundo del recurso, pues *la Ley de Arrendamientos Urbanos, que el recurrente invoca, es inaplicable al caso controvertido, por no referirse dicha Ley a los contratos que recaigan sobre solares, como lo*

demuestra claramente el texto de su artículo 1.º, al establecer que lo regulado en ella es el arrendamiento de viviendas y el de locales de negocio, entendiéndose por tales las edificaciones habituales cuyo destino primordial no sea la vivienda; sin que, por otra parte, huelgue advertir que idéntico criterio de exclusión de solares inspiraba los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, como resulta de la sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1948, siguiéndose de lo expuesto que no pueden prevalecer los indicados motivos.

CONSIDERANDO: Respecto al tercero de los invocados, que con arreglo a la interpretación dada en el fallo de instancia a las cláusulas que fijan la duración del contrato, lo pactado en cuanto a ese particular fué que si bien transcurrido el año señalado como término podría prorrogarse aquél tácitamente, se entendería concluído dicho contrato siempre que lo estimase oportuno cualquiera de las partes y a virtud del solo hecho de avisar por escrito a la otra con treinta días de anticipación, declaración que, a juicio del recurrente, infringe el artículo 1.566 del Código civil; pero es lo cierto que en el recurso no se impugna dicha interpretación ni por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley porcesal, acusando el error en que pudiese haber incidido el juzgador al comprobar los elementos y circunstancias que revelasen en los contratantes una voluntad distinta de la que la sentencia les atribuye, ni por la vía del número 1.º del citado precepto, señalando el quebrantamiento de las normas reguladoras de la interpretación, omisión la indicada que impide sea estimado el motivo de que ahora se trata; siendo de recordar, además, que, como ha declarado esta Sala, *tanto cuando se impugnan los elementos de hecho que sirven de base a la interpretación del juzgador como cuando se combatan sus criterios jurídicos, siempre será necesario demostrar el error notorio cometido en el fallo.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 NOVIEMBRE 1949

Bienes inmuebles—medios de identificación.

La medida superficial de un inmueble es sólo un dato secundario de identificación, para la cual, conocida su naturaleza y situación, bastan los linderos, únicos datos erigidos al efecto como indispensables por el artículo 9 L. H. para la inscripción.

Partición de herencia—impugnación—rectificación de amojonamiento.

Identificadas por sus linderos las fincas adjudicadas a los herederos y fijado su valor por precio alzado y no por unidad de medida, el único remedio legal para reparar el perjuicio producido por el menor valor en relación con el fijado sería la rescisión por lesión, pero no la rectificación del deslinde y amojonamiento.

ANTECEDENTES.—Fallecidos los padres de los actuales litigantes, procedieron éstos a encomendar la partición de los bienes relictos a un abogado según las bases que al efecto le entregaron. Formalizada la partición, se adjudicaron en ella a uno de los hijos determinadas porciones de las fincas M. y G., con arreglo a las bases citadas, expresándose la cabida de tales porciones e indicándose que los adjudicatarios se atenderían a los mojones existentes sobre el terreno divisorios de las porciones adjudicadas. El amojonamiento se hizo sin intervención del hijo citado. Advirtiéndose éste después que la cabida de tales porciones era menor que la asignada en la partición, entabló demanda contra los demás herederos pidiendo se declarase firme y obligatoria la partición, y que se procediera a la rectificación del amojonamiento. A lo primero se avinieron los demandados, oponiéndose a lo segundo. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia declararon procedente la rectificación. Los demandados recurrieron ante el T. S. por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 1.281, 1.282, 1.284 y 1.285 C. c. en relación con el 1.058 del mismo, e inaplicación del 1.471 C. c.: en la partición era prevalente la identificación por el amojonamiento al señalamiento de la cabida.

2.º Inaplicación de los artículos 1.255 y 1.256 en relación con el 1.058, todos del C. c.

3.º Disposiciones contradictorias en el fallo recurrido: se declara válida y eficaz la partición y, sin embargo, se ordena rectificar el amojonamiento, al que, según dicha partición, se han de atener los adjudicatarios.

4.º Aplicación indebida de los artículos 384 a 387 C. c., en relación con los 524, 1.817, 2.061 y 2.070 L. E. C.: No se ejercitó la acción de deslinde y amojonamiento, sino que lo pedido fué la modificación de la partición.

5.º Incongruencia, por lo dicho en el 4.º motivo.

6.º Error de hecho en la apreciación de la prueba.

7.º Error de Derecho en la apreciación de la prueba por falta de aplicación de los artículos 1.218, 1.225, 1.232 y 1.234 C. c.

CONSIDERANDO: Que declarada en la sentencia recurrida, eficaz, válida y obligatoria para todos los herederos (demandante y demandados), la partición de las herencias de sus padres, pronunciamiento conforme a la petición del demandante, aceptada por los demandados y no impugnada en el recurso, han de tenerse por ciertos los supuestos de hecho establecidos en la misma, puesto que de haberse estimado por el demandante que el error era la causa del perjuicio aducido como fundamento de su demanda, no hubiese pedido la declaración de la validez y eficacia de la partición.

CONSIDERANDO: Que en la sentencia recurrida, precisando la clase de signos que señalaban la división en porciones de dichas dos fincas, afirma la existencia de mojones que individualizan una y otra parcela del reclamante, y si bien afirma a continuación que el deslinde y amojonamiento de tales lotes o segregaciones... los realizaron por sí y ante sí los demandados, sin contar para nada con la contraparte, esa afirmación no contradice los supuestos de hecho de la partición, limitados al de la existencia actual sobre el terreno, en la fecha de la misma, de signos determinantes de la división en porciones conocidas de las fincas La Granda y Monticiello, sin indicación alguna de quién o quiénes hubiesen colocado en el terreno los signos cuya existencia actual y conocida se afirmaba.

CONSIDERANDO: Los antecedentes expuestos y que la medida superficial de un inmueble es sólo un dato secundario de identificación, para la cual.

conocida su naturaleza y situación, bastan los linderos, únicos datos exigidos al efecto como indispensables por la Ley Hipotecaria, en su artículo 9.º, para su inscripción, se impone concluir que las porciones de las fincas La Granda y Monticiello, adjudicadas al demandante, en la partición de que se trata, de validez y eficacia indiscutibles, constituían a su vez fincas bien determinadas y de identificación por él conocida, si bien no hubiese intervenido en su deslinde y amojonamiento, y cuyo valor no se fijó por unidad de medida, sino por precio alzado para cada una de ellas.

CONSIDERANDO: *Que hecha la partición en tales condiciones el único remedio legal para reparar el perjuicio producido por el mayor valor en relación con el fijado, que por cualquier causa tuviesen las porciones adjudicadas al demandante, sería el concedido para tal caso por el artículo 1.074 del Código civil, es decir, la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte atendido el valor de las cosas cuando fuesen adjudicadas, pero no la rectificación del deslinde y amojonamiento como pretendió aquél en su demanda y dispone la sentencia recurrida.*

CONSIDERANDO: *Que dicha sentencia con tal pronunciamiento fundado en los artículos 384 a 387 del Código civil infringe dichos artículos, aplicándose indebidamente al caso, por estimar limitada la petición del demandante al deslinde y amojonamiento, cuando en realidad esa petición afectaba a la partición, como lo revelan las razones de pedir alegadas en la demanda y la repercusión que en la partición podría tener respecto a todos los herederos la rectificación del deslinde si la extensión superficial de las fincas expresadas fuere menor que la suma de las que se asignan en la partición a cada una de las porciones en que fueron divididas (sobre lo que nada afirman ni niegan la demanda ni la sentencia recurrida, aunque prevén la posibilidad de la falta) si a cada adjudicatario hubiese necesariamente, según tesis del demandante y de la sentencia, de dársele la asignada como medida superficial de cada porción; y así es procedente el recurso por su cuarto motivo, que, fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, alega la infracción de los preceptos legales antes citados.*

CONSIDERANDO: *Que, procedente el recurso por el motivo indicado, es innecesario el examen de los demás, todos dirigidos a obtener la casación de la sentencia respecto al mismo pronunciamiento.*

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 9 NOVIEMBRE 1949

Compraventa mercantil—fuerza mayor: prestación exorbitante.

Entran en la categoría de imprevisibles los sucesos no imposibles físicamente, pero que no son de los que puede calcular una conducta prudente.

La imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presenten, no exige la llamada prestación exorbitante, es decir, aquella que requiere vencer dificultades que pueden ser equiparadas a la imposibilidad.

Promulgación de disposiciones que no aparecen en el Boletín Oficial del Estado.

No se puede basar en ellas un recurso cuando no aparece la fecha en que fueron notificadas.

ANTECEDENTES.—Los demandantes concertaron un contrato de compra-venta de aceite con la Compañía demandada, estipulándose en cuanto a los envases que éstos serían prestados por el vendedor, ahora demandado, a devolver en portes y fletes pagados, mediante una fianza depositada por los compradores. El actor reclama el abono íntegro de las fianzas constituidas una vez devueltos los envases. El demandado afirma que de estas fianzas tiene que descontar una cantidad en concepto de alquileres de dichos envases, fundándose para ello en la Instrucción del Delegado del Ministerio de Agricultura en el Sindicato del Olivo de 26 de marzo de 1941, una de cuyas normas dispuso que, pasado el plazo de quince días sin haber hecho devolución de los bidones de aceite, se cobraría medio céntimo por litro y día de retraso. El actor opone la dificultad de devolver los envases por necesitarse para la distribución del racionamiento de aceite y por haber dificultades en cuanto a las facturaciones por ferrocarril, lo que prueba con un certificado expedido por el Secretario de la Delegación Provincial de Abastecimientos y Transportes. El Juzgado absuelve a la Compañía demandada y la Audiencia revoca la sentencia, accediendo a los pedimentos de la demanda. Se interpone recurso de casación por los siguientes

MOTIVOS.—1) Número 7.º del artículo 1.692, por error de hecho en la apreciación de la prueba del documento en que basan la fuerza mayor los demandantes.

2) Al amparo del núm. 2.º del artículo 1.692 por interpretación indebida del artículo 1.105 del C. c.

3) Violación y aplicación indebida del artículo 1.089 del C. c. y la Circular del Delegado del Ministerio de Agricultura que se menciona en los antecedentes.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo se ampara en el número 2.º del mencionado artículo 1.692, que se refiere a la incongruencia, sin que de ella se hable para nada en la explanación de dicho motivo, lo que es suficiente para tenerlo por inoperante; pero aun prescindiendo de esto, y por si la invocación del número 2.º pudiera tenerse por una equivocación meramente material e intrascendente, interesa examinar si realmente ha habido la infracción que se acusa del artículo 1.105 del Código civil, tanto más cuanto que la invocación de tal artículo enfrenta con una de las cuestiones claves que pudiera ser decisiva e importante para la resolución del litigio, cuestión que se agita también en el motivo primero, y que se refiere a la existencia de fuerza mayor que la Sala sentenciadora ha apreciado como liberatoria o eximente de la obligación de pagar intereses, caso de que tal obligación existiera; y sobre ello hay que tener en cuenta que el artículo 1.105 del Código civil, al decir que fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los que así lo declare la obligación nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables, suscita un interesante problema de interpretación que debe resolverse de acuerdo con la doctrina, en el sentido de que, siendo la posibilidad de prever los

sucesos un concepto teóricamente amplísimo y de límites imprecisos, hay que entenderlo en su aplicación legal y práctica como excluyente de aquellos sucesos totalmente insólidos y extraordinarios que, aunque no imposibles físicamente y, por tanto, previsibles en teoría, no son de los que puede calcular una conducta prudente atenta a las eventualidades que el curso de la vida permite esperar; y en cuanto a la imposibilidad de evitar los sucesos previstos, si bien no excusa de prestar la diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presentan, no exige, sin embargo, la llamada prestación exorbitante, es decir, que aquella que exigiría vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de deberes más altos, pues basta para excusar el incumplimiento que éste no sea imputable al deudor por haber procedido con la diligencia que las circunstancias requerían, con arreglo a lo establecido en el artículo 1.104 de dicho Código, lo que la Sala ha estimado probado, sin que se aduzcan hechos ni documentos que desvirtúen tal apreciación.

CONSIDERANDO: *Que la referida Instrucción del Delegado del Ministerio de Agricultura en el Sindicato del Olivo, base de toda la argumentación del demandado y recurrente, es de 26 de marzo de 1941, cuando faltaban cinco días del plazo señalado para que terminaran los envíos de aceite, sin que aparezca la fecha en que fué notificada a los interesados, ni que tal notificación se realizara, y no puede estimarse de carácter retroactivo, según el artículo 3.º del Código civil, ni, por otra parte, fué publicada en el "Boletín Oficial del Estado", no constando, por tanto, su promulgación a los efectos del artículo 1.º de dicho Código, por todo lo cual la referida Instrucción no puede ser fundamento de una resolución estimatoria del recurso.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 NOVIEMBRE 1949

Naturaleza de la representación de los administradores de la Sociedad anónima.

El carácter de mandatarios que el artículo 156 del C. de c. les reconoce no lo es en el sentido de mandato civil, sino en el más amplio y elevado de representación de las personas jurídicas.

Exigibilidad a la Sociedad de las obligaciones contraídas por medio de sus representantes.

Son exigibles siempre que estatutariamente se les haya reconocido tal calidad.

CONSIDERANDO: *Que se ofrece la materia litigiosa concretada en el solo extremo, al que las partes interesadas han referido sus opuestas pre-*

tensiones, de si por el hecho indiscutido como generador de una obligación de origen contractual, de haber insertado la Agencia P. en numerosos diarios, por orden de don R. V., a la sazón presidente del Consejo de Administración de la Sociedad anónima H. U., un anuncio en el que se advertía a los accionistas la nulidad de una anterior convocatoria a junta general y la imposibilidad de que se celebrase en la fecha señalada por carecer de los requisitos y formalidades que determinaban los Estatutos sociales, había quedado obligada la expresada Sociedad al pago a la publicitaria demandante del importe de las indicadas inserciones que la reclama en la demanda.

CONSIDERANDO: Que, aun sin hacer distinción precisa entre los conceptos jurídicos de mandato y representación, el Código de Comercio asigna en sus artículos 156 y número tercero del 122 el doble carácter de mandatarios y representantes, refiriéndolo, respectivamente, a los aspectos interno y externo de las Compañías anónimas, a sus administradores, en el segundo de los cuales no puede desconocerse que tienen el concepto de factores que conforme al sentido del artículo 283 asiste a los autorizados para administrar una Empresa, a la que, según estatuyen los artículos 284, 285 y 286 del propio Código, obligan cuando con terceros contratan a nombre de ella, o si notoriamente pertenecen a la misma y el contrato recae sobre objetos comprendidos en su giro y tráfico, aunque se alegue abuso de confianza o transgresión de facultades, sin perjuicio de la responsabilidad en que, según previene el artículo 156, hayan incurrido los administradores si hubiesen irrogado perjuicios a la Sociedad por la infracción de las leyes o Estatutos, o por contravención a los acuerdos legítimos de sus juntas generales.

CONSIDERANDO: Que de esta doctrina, cuyas base y razón legales aparecen acogidas por esta Sala al declarar en la sentencia de 18 de noviembre de 1930 que *el carácter de mandatarios que el artículo 156 del Código de Comercio reconoce a los administradores de las Sociedades no lo es en el sentido de apoderamiento o mandato civil, sino en el más amplio y elevado de representación de las personas jurídicas*, reconocido por el artículo 35 del Código civil, transmisor a los representantes de la capacidad de aquéllas, regulada por sus Estatutos, se deduce que *toda obligación que se haya creado contractualmente por las personas autorizadas conforme a los Estatutos sociales para administrar a una Compañía anónima es exigible a ésta por el acreedor siempre que en quien con él contrató hubiera concurrido estatutariamente la calidad expresada.*

CONSIDERANDO: Que reconoce la sentencia recurrida que a don R. V. le estaba conferida por el artículo 27 de los Estatutos sociales la representación del Consejo de Administración, como presidente del mismo, que la ostentaba plena por el artículo 22 de la Sociedad anónima H. U., mas, no obstante el reconocimiento de estos extremos—y de que en los propios Estatutos se halla establecido que era atribución del presidente dirigir las convocatorias para las juntas generales por medio de anuncios—, estimó la Sala de instancia, fundamentalmente para su fallo desestimatorio de la demanda, que no había dejado obligada en forma alguna a

la Sociedad mercantil demandada, porque "no sólo no le venía atribuida su personalidad jurídica por representación legal, sino porque ni siquiera constaba invocada por él en su uso", aunque firmaba el anuncio en su "indiscutible condición de presidente del Consejo de Administración", no mereciendo tampoco el concepto de factor ni de administrador, y sin que pudiera afirmarse que su actuación se contrajera sobre giro y tráfico de la Sociedad ni obrase por orden de la misma.

CONSIDERANDO: Que las apreciaciones y doctrina con precedencia expuestas, que excluyen la posibilidad legal de que se admita que quienes celebren contratos relacionados con el tráfico o funcionamiento de las Sociedades anónimas con la persona que—como el presidente de su Consejo de Administración—es mandataria y representante, *comprendido en el concepto de factor de la misma*, con la amplitud de representación antes dicha, carecen de acción contra la Compañía representada si no precediese mandato o autorización expresas de ésta o el contratante mandatario se hubiere excedido de lo dispuesto en los Estatutos sociales o contravenido los acuerdos de las juntas generales, hacen estimable el primero de los motivos del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto al estimar la sentencia recurrida que la Sociedad anónima H. U. no se hallaba obligada a satisfacer a la demandante su servicio de inserción de un anuncio relacionado con la convocatoria de una junta general, mandado publicar por el presidente de su Consejo de Administración, facultado estatutariamente para hacerlo, desconoció y dejó de aplicar en su propio sentido, aun en el supuesto de que aquél se hubiera excedido en sus atribuciones e irrogado perjuicio a la Sociedad, los artículos 156 y 286 del Código de Comercio, que el recurrente cita.

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo, puesto por el recurrente al amparo del mismo número del artículo 1.692 de la Ley Procesal que el anterior, se invocan en concepto de violados principalmente los artículos 1.281 y 1.284 del Código civil, al no haber reconocido la Sala de instancia que, contra lo por la misma estimado en uno de sus considerandos, el don R. V. no mandó publicar el anuncio cuestionado como particular, sino como presidente del Consejo de Administración de H. U., según la letra e intención del propio anuncio; y como el texto literal y claro sentido de éste, firmado por "R. V., presidente de la Sociedad y del Consejo de Administración", y la referencia que en su contenido aquél hacía reiteradamente a su cargo y al deber que a tal publicación le obligaba, ponen de manifiesto que al ordenar su publicación no procedía como particular y por su cuenta, es visto que el contrato celebrado con esta finalidad publicitaria lo fué por el don R. V. valiéndose del carácter y representación expresados, y que entendiéndolo de otro modo la sentencia del Tribunal *a quo* ha incurrido en error interpretativo infractor de los preceptos que cita el recurrente y que hacen también estimable el motivo e *innecesario el examen de los otros dos* que en él se formulan.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 16 NOVIEMBRE 1949

Arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma: motivos.

Cuando un Juez o Tribunal entra en el conocimiento de un asunto que jurisdiccionalmente no le corresponde, el recurso procedente contra tal inromisión es el de fondo.

El problema de si, por analogía con lo estatuido para el caso de cesión en el artículo 36 de la Ley arrendaticia, debió demandarse también a los subarrendatarios es de fondo y no susceptible de ventilarse en un recurso por quebrantamiento de forma.

Para determinar la naturaleza de la cosa arrendada hay que estar a los términos del contrato.

SENTENCIA 18 NOVIEMBRE 1949

Juicio de desahucio—recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma: motivos.

Es el contrato y no el hecho constitutivo de una infracción cometida por el arrendatario lo que hay que tomar como base para determinar la regla de competencia aplicable a las cuestiones que entre las partes contratantes surjan.

Sólo cabe la aplicación del artículo 1.693. número 6.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil cuando la cuestión de competencia que le da motivo es de las que deben resolverse por el Libro I, Título II, de la citada Ley procesal, que comprende todos aquellos casos en que, siendo de naturaleza civil la cuestión litigiosa, se discute la preferencia entre Juzgados y Tribunales de igual grado, dentro de la jurisdicción ordinaria, para conocer del pleito.

Para que el emplazamiento pueda estimarse como formalidad esencial del juicio que produzca indefensión es necesario que se refiera a aquellas personas que debiendo haber sido citadas para el juicio no lo hubieran sido, pero no a quienes no tengan derecho a intervenir en el procedimiento con quienes el actor no tiene ninguna relación jurídica derivada del contrato de arrendamiento que sirve de fundamento a la acción.

Según el artículo 1.696 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aplicable conforme al artículo 179 de la Ley de Arrendamientos urbanos, es preciso que se haya pedido la subsanación de la falta que produce indefensión en la instancia en que se cometió, y, si hubiera ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda.

SENTENCIA 19 NOVIEMBRE 1949

Monte público—servidumbre de pastos—redimibilidad de la misma.

Las servidumbres que tienen como objeto sobre el que recaen un monte público o comunal se rigen por leyes especiales.

La disposición del artículo 603 del Código civil solamente se aplicará cuando la finca o monte gravado sean de propiedad privada, no cuando sean de utilidad pública o comunal.

ANTECEDENTES.—Desde tiempo inmemorial los vecinos del Ayuntamiento demandante vienes disfrutando de los pastos de un monte que pertenece en propiedad al Ayuntamiento demandado, el cual siempre ha limitado el ejercicio de su derecho de dominio al aprovechamiento del arbolado, continuando así las cosas después de ser realizado en el año 1909 el deslinde del citado monte. A consecuencia de la guerra civil española desaparecen los documentos en que funda su derecho a los pastos el Ayuntamiento demandante. Aprovechando la circunstancia, el Ayuntamiento demandado logra, mediante información posesoria, la inscripción del monte a su nombre, negando la servidumbre a que hacemos referencia y alegando que, caso de existir tal carga, sería redimible conforme claramente se establece en el artículo 603 del Código civil. El Juzgado decreta la nulidad de la inscripción a nombre de la Corporación demandada, ordenando se practique a favor de la parte actora. La Audiencia revoca el fallo y establece sin más la existencia de una servidumbre de pastos sobre el monte a favor de los demandantes, sin pronunciarse acerca de si el gravamen era o no redimible. Se interpone recurso de casación por los demandados, fundándolo en los siguientes

MOTIVOS.—1.º Violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil por no contener el fallo pronunciamientos acerca de todas las pretensiones oportunamente aducidas en el juicio.

2.º Infracción por interpretación errónea del artículo 603 del Código civil y vulneración de la doctrina que se contiene para su desarrollo en las sentencias que se citan, ya que conforme a tal precepto la servidumbre de pastos es redimible.

CONSIDERANDO: Que han quedado firmes en la instancia por no haber sido impugnados en casación los pronunciamientos de la sentencia recurrida, por la que se declaró que pertenece al Ayuntamiento demandado el monte en litigio, incluido en el catálogo de los de la provincia, existiendo sobre dicho monte una servidumbre de pastos inmemorial en favor de los vecinos del pueblo demandante, y únicamente ha venido a casación el tema referente a redimibilidad de la servidumbre declarada y consentida, que es a lo que se concretan los dos motivos del recurso, por lo que no cabe dilucidar en este trámite la calificación jurídica del aprovechamiento de pastos, según corresponda exclusivamente al pueblo demandante o en común con el demandado.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo se denuncia el vicio de incongruencia en la sentencia de instancia por entender la parte recurrente, dueña del predio gravado, que en el fallo no se ha hecho declaración alguna acerca de si la servidumbre es redimible, como la misma parte lo había solicitado en su escrito reconvenicional, pero *claramente se aprecia que el vicio denunciado no existe, puesto que la Sala sentenciadora examinó el tema en el considerando 8.º para estimar que la servidumbre declarada no es redimible, y aunque el fallo no contiene pronunciamiento explícito sobre este particular, sí lo contiene de modo explícito e indudable al estimar otras pretensiones de la reconvencción, quedando así claramente desestimado lo referente a la redención también solicitada.*

CONSIDERANDO: Que el juzgador de instancia estimó que no es aplicable al caso de autos el artículo 603 del Código civil, declarativo de la redención forzosa de la servidumbre de pastos frente a los beneficiarios de la misma y a instancia del dueño del predio sirviente, porque *aquel precepto gobierna solamente las servidumbres constituidas desde la vigencia del Código civil, pero no las que, como la de autos, han nacido por prescripción inmemorial con anterioridad a dicho momento, y aunque este fundamento jurídico no sea aceptable, porque tanto la doctrina científica como la jurisprudencial extienden la aplicación del artículo 603 a la servidumbre de pastos establecida con anterioridad a la publicación del Código, en virtud de lo dispuesto en el párrafo último de su primera disposición transitoria, es preciso enjuiciar el debatido problema de redención desde distintos puntos de vista, sobre las bases de que se trata de servidumbre constituida en favor de los vecinos de un pueblo en un monte perteneciente al Ayuntamiento de otro término municipal—gravamen sobre predio ajeno—, según pronunciamiento consentido de la sentencia recurrida.*

CONSIDERANDO: Que aunque el artículo 344 del Código civil reputa bienes patrimoniales sujetos a las disposiciones del Derecho privado los de los pueblos que no sean de uso público, el mismo precepto deja a salvo lo que dispongan leyes especiales de aplicación preferente, y la legislación especial de montes asigna el concepto de públicos a los de los pueblos y corporaciones que dependan del Gobierno—artículos 1.º de la Ley de 24 de mayo de 1863 y del Reglamento de 24 de mayo de 1865, entre otras muchas disposiciones posteriores—confiando su administración a los respectivos Ayuntamientos y Corporaciones—artículos 12 y 13 de la Ley y 80 al 85 del Reglamento—, lo que no quiere decir que el régimen jurídico de los montes de pueblos entre de lleno y absolutamente en la esfera administrativa, con exclusión de la civil, pero sí que, en términos generales, la materia reviste carácter predominantemente público por razones de interés general y conveniencias sociales que restringen considerablemente la aplicación de las normas del Derecho privado.

CONSIDERANDO: Que este matiz restringido lo reconoce el propio Código civil, no sólo en el artículo 344, ya citado, sino también en el 550, remitiendo a las leyes y reglamentos especiales todo lo concerniente a servidumbres, como la de pastos, establecidas para utilidad comunal, y en el artículo 601, que con referencia a la comunidad de pastos jurídicamente incofundible con la servidumbre por ausencia, entre otros aspectos, del derecho sobre predio ajeno, declara aplicables las leyes administrativas a las que recaigan sobre terrenos públicos, ya pertenezcan al Estado, ya a los Municipios, y es que *en orden a los aprovechamientos forestales por los pueblos, en especial de los pastos en localidades ganaderas, es frecuente el caso de que constituyan el medio de vida casi exclusivo del vecindario, al que por altas razones de interés general no se puede aplicar el régimen individualista y de liberación de cargas de la propiedad, que preside la sistemática del Código civil.*

CONSIDERANDO: Que el artículo 603 de este Código, inspirado en dicho criterio individualista y de libertad de predios, decretó la redención for-

zosa de la servidumbre irregular de pastos frente a los beneficiarios de la misma, arbitrando para la extinción del gravamen una modalidad no prevista para las servidumbres prediales en el número 6.º del artículo 546—redención voluntaria o pactada entre los dueños de los predios dominante y sirviente—, modalidad distinta también de la establecida en el artículo 602 para la extinción de la comunidad—cercamiento de fincas—, pero cuando se trata de investigar el ámbito de aplicación del artículo 603, es preciso conjugarlo con el 604, a tenor de lo cual la redención forzosa de la servidumbre personal de pastos se aplicará a las establecidas para aprovechamientos de leñas y demás productos—pastos, entre ellos—de los montes de propiedad particular, es decir, que en materia de montes el artículo 604 cercena la esfera de acción del 603, excluyesdo de ella, a sensu contrario, las servidumbres establecidas sobre montes públicos, concepto éste que, según queda dicho, es el que corresponde al monte en litigio por pertenecer a un Ayuntamiento y estar incluido en el catálogo de los de la provincia, y en su virtud, de acuerdo también con el Real Decreto de 18 de julio de 1907, no se infringe en la sentencia recurrida el artículo 603 al estimar que no es aplicable a la servidumbre de pastos constituida sobre el monte público del litigio, contrariamente a lo que se propugna en el segundo y último motivo del recurso, que, en consecuencia, también debe ser desestimado.

CONSIDERANDO: Que esta conclusión no contradice las declaraciones hechas en las sentencias de esta Sala que se citan en el segundo motivo del recurso, porque en todas ellas se contemplaron situaciones jurídicas distintas de la de autos, puesto que se referían a cuestiones de aprovechamientos en montes de *propiedad particular*, y si no debe silenciarse que en la sentencia de 18 de febrero de 1932—no citada en el recurso—se resolvió problema idéntico al presente, en el sentido de dar aplicación al artículo 603, esta declaración por sí sola no constituye fuente de Derecho, y además no son uniformes las múltiples declaraciones hechas por el Tribunal Supremo sobre régimen jurídico aplicable en materia de aprovechamientos forestales por los vecinos de uno o más pueblos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 19 NOVIEMBRE 1949

Competencia—valor de las disposiciones transitorias.

Las leyes no tienen efecto retroactivo mientras en ellas no se disponga lo contrario, con arreglo al artículo 3.º del Código civil, y si la demanda que ha dado lugar a la presente cuestión de competencia aparece, como así es, iniciada en su tramitación en 11 de diciembre de 1947 ante el Juzgado comarcal de M. de S., es decir, bajo la vigencia de la Ley de 21 de mayo de 1936, que dispone en su artículo único que en los juicios verbales civiles de que conocen los Juzgados municipales será juez competente, con exclusión de cualquier otro, y salvo el caso de su-

misión expresa, el del domicilio del demandado, disposición que ha de estimarse aplicable al presente pleito, a tenor de lo preceptuado en la letra c) de la base 10.^a de la Ley de 19 de julio de 1944, según la cual el proceso de cognición ante los jueces municipales y comarcales se regirá en general por lo establecido en las disposiciones vigentes para los asuntos de que actualmente conocen los jueces municipales, es indudable la competencia del juez del domicilio del demandado, es decir, del municipal de Z., para conocer del asunto en cuestión, sin que a ello obste lo dispuesto en sentido distinto en la Ley de 17 de julio de 1948, que establece la vigencia del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil en este punto, por no ser aplicable en la época en que se planteó la demanda, ni la jurisprudencia de este Tribunal dictada en interpretación de dicho artículo, procediendo por ello, y al no existir sumisión expresa del demandado a otro Tribunal, decidir la presente cuestión de competencia a favor del Juzgado de Z.

SENTENCIA 23 NOVIEMBRE 1949

Recibimiento a prueba en apelación—hechos nuevos: apreciación.

Para la procedencia del recibimiento a prueba en segunda instancia, es preciso, a tenor de lo dispuesto en el número 3.º del artículo 862 de la LEC, que después del período de proposición de prueba en primera instancia haya ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión del pleito. La concurrencia del requisito de novedad del hecho que se intenta probar no puede quedar al arbitrio de los litigantes o de sus procuradores para preparar así un recurso de casación por quebrantamiento de forma.

SENTENCIA 25 NOVIEMBRE 1949

Quebrantamiento de forma—improcedencia del recurso por proceder el de infracción de ley.

El error que se atribuye a la Sala sentenciadora al decretar la absolución de unos demandados que después de apelar la sentencia de primera instancia no se personaron en ella, por lo que la Sala dictó auto que declaró desierto el recurso respecto a las mismas y mandó seguirlo únicamente con el apelante, que se personó, podría constituir un exceso de poder en el ejercicio de su actividad y motivar el oportuno recurso de casación por infracción de ley, pero no puede dar lugar a la incompetencia a que se refiere el número 6.º del artículo 1.693 de la L. E. C., que se refiere a los casos en que siendo de naturaleza civil la cuestión litigiosa se discute la preferencia entre Juzgados y Tribunales de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria.

SENTENCIA 29 NOVIEMBRE 1949

Recurso de casación—eficacia.

Es ineficaz el recurso de casación, aunque proceda por alguno de sus motivos, cuando la sentencia recurrida se basa en otros fundamentos jurídicos, además de los combatidos, si fueren independientes de ellos.

Legitimación procesal—cualidad de heredero.

No basta tener reconocida la cualidad de hijo del "de cuius" para que exista un derecho sobre determinados bienes que fueron de éste.

ANTECEDENTES.—Se celebró un contrato de compraventa entre una señora por sí y como representante de tres hijos menores y otros tres hijos mayores de edad, de una parte con la demandada, de otra, por la que se le transmitían unos bienes del padre y marido de los vendedores. Una de las hijas menores, al llegar a la mayor edad, demanda a la compradora fundándose en que no pagó el precio efectivamente, sino que los transmitentes habían recibido de la adquirente, con anterioridad, la mitad, aproximadamente, del precio y la otra mitad la consideraron intereses, y pidiendo la nulidad del contrato en virtud del artículo 1.301 del Código civil. Se opondrá la demandada, y el Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia desestimando la demanda. La Audiencia confirma la sentencia, que se funda: primero, en que la actora no ha acreditado la propiedad ni el derecho hereditario a los bienes objeto del contrato cuya nulidad se persigue; segundo, que no hay herencia cuando el activo es menor que el pasivo y para liquidar éste se otorgó el contrato de compraventa; tercero, que la autorización judicial no es precisa para el otorgamiento de contratos como el de autos; cuarto, que no consta que sea usurario el préstamo en cuya solución se otorgó ese contrato.

MOTIVOS.—1.º Infracción de los artículos 164 y 4.º del Código civil por interpretación errónea en cuanto se declara que dichos artículos no son aplicables en esta litis.

2.º Infracción de los artículos 392 y 393 del Código civil, ya que se desestima la demanda por no haberse determinado la participación que en dichos inmuebles correspondía a los menores.

3.º Fundado en el número 4.º del artículo 1.692, pues se afirman en los considerandos de la sentencia recurrida dos cuestiones gratuitas y contradictorias.

CONSIDERANDO: Que es ineficaz el recurso de casación, aunque proceda por alguno de sus motivos, cuando, como en el caso presente, la sentencia recurrida se basa en otros fundamentos jurídicos además de los combatidos, si fueren independientes de ellos, sin que esta afirmación suponga nada en contra de la naturaleza del recurso de casación y doctrina de este Tribunal Supremo, de que el mismo no se dirige contra los considerandos de la sentencia, sino contra su fallo, porque es evidente que para impugnar éste hay que hacerlo por sus fundamentos, consignados en aquéllos.

CONSIDERANDO: Que la sentencia ahora recurrida se funda: primero, en que la actora no ha acreditado la propiedad ni el derecho hereditario a los bienes objeto del contrato cuya nulidad se persigue; segundo, que

no hay herencia cuando el activo es menor que el pasivo y para liquidar éste se otorgó el contrato de 28 de abril de 1939; tercero, que la autorización judicial no es precisa para el otorgamiento de contratos como el de autos, y cuarto, que no consta que sea usurario el préstamo en cuya solución se otorgó ese contrato, y de estos fundamentos sólo se impugna, mediante los motivos primero y segundo del recurso, el de que no se repunte necesario la autorización judicial para el contrato y que sea causa para desestimar la demanda el que no exprese la actora su participación en la copropiedad, pero sin entrar ahora a examinar esas cuestiones, porque cualquiera que fuera su solución resultaría inútil por lo consignado en el considerando anterior, a los efectos de este recurso, es evidente que el mismo no se refiere al carácter usurario del préstamo discutido en el pleito y que *la impugnación formulada no atañe al fundamento más robusto de la sentencia recurrida de que no está acreditado en autos que la actora tenga algún derecho hereditario o de copropiedad en los bienes objeto del contrato impugnado, razón que por sí sola es suficiente para desestimar la demanda, pues no basta tener reconocida la cualidad de hija del "de cujus" para que exista un derecho sobre determinados bienes que fueron de éste, pues el estado económico de la herencia, la adjudicación de bienes si ya no se hubiera efectuado, y otras causas legales pueden dar lugar a que los hijos no tengan derecho alguno sobre unos ciertos bienes que pertenecieron a sus padres.*

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso no está amparado, como se pretende, por el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque éste sólo le autoriza cuando el fallo contenga disposiciones contradictorias, y la contradicción que el recurrente supone que existe es entre los considerandos, y no tiene en este caso repercusión en el fallo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 NOVIEMBRE 1949

La cuestión que se propone en el recurso hace referencia a la carencia de facultades estatutarias con que actuó el Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad demandada y recurrente al autorizar con su visto bueno la minuta de honorarios presentada por el actor y al otorgarle su aprobación mediante la carta del siguiente día, que acompañaba a la expresada minuta, y en cuanto a esta cuestión, que, en efecto, tiene carácter jurídico, ha de advertirse, en primer lugar, que no aparece concretamente debatida en el pleito, lo cual ha motivado, sin duda, que la sentencia no contenga pronunciamiento sobre ella y, además, que esta materia de extralimitación de facultades estatutarias habría de discutirse entre la Sociedad recurrente y su Presidente con los acuerdos y resoluciones sociales pertinentes, sin que respecto de los contratantes con la Sociedad pueda alegarse esta excepción con eficacia, puesto que no es norma general de las Sociedades mercantiles que el Presidente del Con-

sejo de Administración ostente la representación de las mismas, y este solo carácter, sin la atribución y extensión de otros mandatos, ha de ser suficiente para inducir en el contratante la presunción de que el referido Presidente, contratando como tal, está investido de las atribuciones necesarias para aquel asunto, so pena de haberse de exigir en cada caso la aportación de poder o certificación del Registro Mercantil, o de los acuerdos adoptados en las sesiones del Consejo, procedimiento incompatible con la rapidez de la contratación mercantil y en desacuerdo con los principios de la buena fe que ha de imperar en los contratos mercantiles conforme al artículo 67 del Código de Comercio, y en el caso presente se produce, además, la posición contradictoria de la Sociedad demandada, que si bien alega como excepción del reconocimiento de la obligación reclamada la falta de atribuciones en el Presidente del Consejo de Administración para aprobar la minuta de honorarios que se le presentó por el actor, en cambio, se las reconoce implícitamente al considerar bien hecho y liberatorio de su obligación el pago de las veinticinco mil pesetas, que el mismo señor, que por cierto sigue durante todo el pleito ostentando el referido cargo de Presidente del Consejo de Administración, hizo al actor para satisfacer la minuta mencionada, habiéndose de deducir de todo cuanto queda expuesto la improcedencia de este recurso.

SENTENCIA 29 NOVIEMBRE 1949

Desahucio—prueba en apelación—diligencias para mejor proveer.

El artículo 1.586 de la L. E. C. se refiere solamente a la prueba que haya sido propuesta por las partes, pero no limita la facultad del Juez para dictar para mejor proveer las providencias a que autoriza el artículo 340 de la L. E. C.

Diligencias para mejor proveer: medios de prueba.

Si el artículo 340 no autoriza al Juez a ordenar la práctica de una información por la Alcaldía, sí le autoriza para acordar que se traiga a los autos un documento que contenga cierto informe, aunque la práctica de dicha información fuera la base del documento que había de expedirse.

Recurso de injusticia notoria: motivos.

El valor probatorio del informe emitido por la autoridad citada no puede ser materia de un recurso de injusticia por quebrantamiento, sino de un recurso de injusticia notoria, conforme al núm. 4.º del artículo 189 de la L. A. U.

SENTENCIA 2 DICIEMBRE 1949

Solares—desahucio—vigencia de la Ley de Solares—competencia para entender cuestiones que regula.

La Ley de Solares de 15 de mayo de 1945 no tenía fuerza de obligar hasta que se publicó su Reglamento.

Antes de su vigencia se habían de regir las materias referentes a solares por la legislación común.

No atribuye a las autoridades administrativas intervención en los juicios de desahucio.

ANTECEDENTES.—A, propietario de un solar en Córdoba, lo cede en arrendamiento a B y más tarde le autoriza para que lo subarriende a C. A pretende edificar en dicho solar, para lo que requiere a C repetidamente anunciándole su propósito con el fin de que deje libre el terreno que ocupa, encontrándose con la negativa de C, por lo que en 24 de febrero de 1947 presenta demanda de desahucio contra C, basándose en la Ley de 15 de mayo de 1945. El Juez de Primera Instancia declara haber lugar al desahucio y lo mismo ocurre en apelación. El demandado interpone recurso de casación por infracción de ley.

MOTIVO.—Véanse los considerandos.

CONSIDERANDO: *Que el primer motivo del recurso acusa violación por interpretación errónea del artículo 1.º del Código civil en relación al 16 de la Ley de Solares de 15 de mayo de 1945, pues dicho artículo 1.º, después de disponer que las leyes obligarán, en los territorios a que se refiere, a los veinte días de su promulgación, añade a continuación "si en ellas no se dispusiera otra cosa", y en estas palabras, que constituyen una excepción a la norma general establecida, se apoya el recurrente para deducir que habiendo dejado dicha ley en su artículo 16 al Reglamento que había de publicarse la regulación concreta de las materias a que ella en términos generales se refiere, no tenía fuerza de obligar al tiempo de la interposición de la demanda, porque entonces no se había publicado el mencionado Reglamento, pero tal argumentación no puede conducir a la casación pretendida, porque aunque haya que admitir que la repetida ley carecía de fuerza obligatoria cuando se inició el juicio, según los términos de la sentencia de esta Sala de 1.º de marzo de 1948, es consecuencia ineludible de ello que entonces subsistía la vigencia de la legislación anterior, y ateniéndose a ella hay que apreciar que ni en los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936 ni en ninguna de las disposiciones que constituyen la legislación especial de arrendamientos están comprendidos los de solares, que no son viviendas ni locales de negocios habitables, sino superficies aptas para edificar sobre ellas, y siendo esto así, se impone la aplicación de la legislación común, que en el artículo 1.565 del Código civil establece que si el arrendamiento se ha hecho por tiempo determinado concluye el día prefijado, aparte de los preceptos generales en materia de contratación, entre ellos, los artículos 1.255 y 1.258 del mismo Código, aplicables también en este caso, toda vez que el arrendamiento de que se trata fué*

concertado en 1924 por tiempo de seis años, que han transcurrido con exceso, por todo lo cual no puede ser estimado este primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo acusa haber conocido la Sala sentenciadora en asunto que no es de la competencia del Poder judicial, apoyando tal alegación en el artículo 2.º de la mencionada ley de 1945, que, a juicio del recurrente, concede, no a dicho Poder judicial, sino a las autoridades administrativas jurisdicción en las materias de su contenido, y lo mismo hace, a su entender, el *Reglamento de 23 de mayo de 1947*, pero aparte de lo contradictorio que resulta invocar una ley a la que el mismo recurrente niega fuerza obligatoria en el motivo anterior y de que es ilógico ampararse en un Reglamento que en la fecha a que el recurrente se refiere no existía, es evidente que tal alegación no puede prosperar; en primer lugar, por ser cuestión nueva no debatida en el pleito, y, además, porque *las disposiciones citadas encaminadas a resolver por medio de expropiaciones y ventas forzosas el problema de la escasez de viviendas no atribuyen a las autoridades administrativas intervención en los juicios de desahucio, materia propia de la competencia de los Tribunales ordinarios de Justicia.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 DICIEMBRE 1949

Arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma—hechos productores de indefensión.

Ha de estimarse que se produce cuando no apareciendo citada la parte recurrida al acto de celebración de la vista, se pronunció sentencia revocatoria de la de Primera instancia, que le era favorable.

ANTECEDENTES.—En un supuesto de convivencia, intentada por el arrendador la revisión de rentas, fué absuelto el inquilino. Apelada por aquél esta resolución, comparecieron ambas partes en el Juzgado de Primera instancia y por éste se acordó convocarlas a comparecencia, con fecha de 16 de diciembre de 1947, para el 3 de enero siguiente, resolución que no aparece notificada a las partes, obrando a continuación una diligencia del Secretario haciendo constar que se entregaron las cédulas de citación al Agente judicial, y otra de 3 de enero en la que el fedatario consigna que, según expresa dicho Agente, que firma con él la diligencia, se hicieron oportunamente las citaciones “no encontrándose de momento las respectivas cédulas, que tampoco aparecen unidas posteriormente”, y asimismo el día señalado tuvo lugar la comparecencia con asistencia tan sólo de la parte apelante, dictándose sentencia después de algunas diligencias para mejor proveer, providencia que no fué notificada a las partes, revocatoria de la de Primera instancia, declarando haber lugar a la revisión de la renta.

CONSIDERANDO: Que denunciada en el presente recurso al amparo del artículo 166, letra b), de la Ley de Arrendamientos Urbanos la infracción de los arts. 260, 263, 264, 266 y 267 relativo a las notificaciones, en relación

con el 270 que declara aplicables aquéllos a las citaciones en cuanto no se hallen modificados por los artículos siguientes, es obligado estimar la comisión de dichas infracciones por no aparecer citada la parte recurrida en debida forma al acto de la Vista, vicio procesal causante de indefensión a tenor de lo dispuesto en el número cuarto del art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues mediante la referida falta pudo originarse que el apelado no tuviera conocimiento de la celebración de la Vista, y al pronunciarse una sentencia revocatoria de la de Primera instancia sin ser oído pudo originársele indudable perjuicio, por lo que es procedente dar lugar al recurso con anulación de todas las actuaciones a partir de la providencia convocando a comparecencia para el día 16 de diciembre de 1947, y lo acordado.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 5 DICIEMBRE 1949

Procesal—hechos probados—recurso de casación.

No utilizado el cauce del núm. 7 del art. 1.692 LEC., el recurrente viene obligado a prestar acatamiento a los hechos que en la instancia se declaran probados.

SENTENCIA 30 JUNIO 1949

Procesal—recurso de casación por quebrantamiento de forma—necesidad de reclamación oportuna de la falta alegada.

Es necesario hacerlo para que pueda ser admitido el recurso de casación, a tenor de los arts. 1.754 y 1.752, 4.º LEC.

Procesal—recurso de casación—causas de inadmisión.

Según constante jurisprudencia lo son también de desestimación del mismo.

SENTENCIA 6 DICIEMBRE 1949

Arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma: su ámbito.

No cabe impugnar en él la apreciación de la prueba ni la incongruencia del fallo, por referirse al fondo del asunto.

Arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma—requisitos—necesidad de reclamación en tiempo y forma de la infracción alegada.

El no haberlo hecho impide en todo caso su estimación.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso de injusticia por quebrantamiento de forma se funda en primer lugar en la infracción de los artículos 504, 506 y 597 núm. 3.º de la Ley de trámite y de las bases tercera y sexta de la Ley de Justicia Municipal de 19 de julio de 1944, porque se admitieron por el Juzgado certificados de la Junta del Censo, del padrón del Ayuntamiento de Barcelona y un oficio de la Delegación de Abastecimientos, sin cumplir la exigencia del art. 504 citado, así como por haberse admitido en el trámite de prueba, un certificado de nacimiento y un acta de requerimiento sin que pudiera la parte contraria ejercitar el derecho que le confiere el art. 597 en su número primero, y finalmente por haberse infringido los arts. 602 y 605 de la Ley primeramente citada al carecer del debido control judicial, según el recurrente, la exhibición que hiciera una de las partes de las cartillas de Abastecimientos.

CONSIDERANDO: Que la sola enumeración de estos motivos del recurso evidencia la necesidad de su desestimación porque los vicios procesales que lo originan no hacen referencia a la indebida admisión de probanzas, y sí a su denegación, y por ello sólo procede desestimar el recurso en el que *lo que se pretende en definitiva es invalidar la apreciación de las pruebas realizadas por el juzgador, lo que en ningún caso puede hacerse en recurso de la naturaleza del presente.*

CONSIDERANDO: Que respecto del otro vicio de forma que también se alega, consistente en no haber dado tramitación especial con vista a la parte contraria y prueba de un escrito tachando a algunos testigos, *aparte de que este defecto, si existiera, no estaría incurso en el art. 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con el 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es lo cierto que nada se pidió sobre el particular ni contra la falta de tramitación del incidente de tachas se formuló protesta alguna, lo que impediría en todo caso su estimación.*

CONSIDERANDO: Que respecto de la incongruencia de la sentencia a la que hace referencia en último término el recurso *no puede ser alegado con éxito en el presente por afectar al fondo del asunto.*

SENTENCIA 9 DICIEMBRE 1949 (1)

Daño moral y material—cuantía de la indemnización.

No se puede admitir la tesis de que si se condena a indemnizar perjuicios materiales no se pueden estimar al mismo tiempo los de índole moral con sustantividad independiente, porque no hay precepto legal ni doctrina jurídica que lo autorice, pues con la apreciación conjunta de unos y otros no se indemniza doblemente un mismo hecho, sino que se concede por un hecho único una sola indemnización, que será de mayor cuantía si los daños y perjuicios ocasionados tienen mayor extensión en la esfera material o en la moral y en ambas conjuntamente si a las dos alcanza la perturbación indemnizable.

(1) Véanse Sentencias anotadas, pág. 225.

SENTENCIA 12 DICIEMBRE 1949

Diferencias entre competencia en relación a la materia o grados de jurisdicción y la que se deriva de la preferencia entre Juzgados o Tribunales de igual grado.

CONSIDERANDO: Que la jurisprudencia de esta Sala tiene reiteradamente establecida la distinción entre las dos clases de incompetencia que pueden producirse: una, que se da cuando el Tribunal carece de competencia por razón de la materia o del grado de la jurisdicción, y es ésta la que sirve de fundamento al recurso de fondo, que ampara el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley procesal; y otra, cuando se discute la preferencia entre Juzgados o Tribunales de igual grado, dentro de la jurisdicción ordinaria, para conocer del pleito, y es la única que puede dar lugar al recurso por quebrantamiento de forma, que autoriza el número 6.º del artículo 1.693.

CONSIDERANDO: Que como la incompetencia que el recurrente alega la funda en el número 6.º del precitado artículo 1.693, en relación con el 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el recurso no puede prosperar, por cuanto se apoya en que debió conocer de la litis, en primera instancia, el juez de este grado y no el municipal, por haber instalado el recurrente, en el piso litigioso, las oficinas de su industria de asentador de frutas.

CONSIDERANDO: Que, a mayor abundamiento, procedería también denegar el recurso, porque la naturaleza de la acción es notorio que ha de inferirse de los términos del contrato que la sirve de base y de los fundamentos legales del escrito de demanda; y como quiera que lo que en ésta se pretende es el desahucio de un piso, por subarriendo incontestado, no obsta a la competencia general que al juez municipal asigna el párrafo primero del artículo 160 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la circunstancia de que el subarrendatario y recurrente transformase la habitación subarrendada en oficina que mereciese conceptualización de vivienda, porque toda actuación del subarrendatario es intrascendente a los fines de la acción ejercitada, por lo mismo que ningún vínculo jurídico le une con el arrendador.

SENTENCIA 13 DICIEMBRE 1949

Arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma: requisitos—amplitud—providencias para mejor proveer.

Tiene que haber producido indefensión, lo que no ocurre cuando se han observado todas las formalidades prescritas con mayores seguridades y amplitud.

No procede cuando se basa en deficiencias de la notificación hecha por el propietario al arrendatario.

No concede la Ley recurso contra las providencias para mejor proveer, y por ello no pueden impugnarse en este recurso.

CONSIDERANDO: Que la procedencia del recurso interpuesto, exige, según el art. 172 de la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos, no sólo

un quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, sino, además, que ese quebrantamiento haya producido la indefensión del recurrente, y éste ni ha alegado haya sufrido indefensión, ni podía sufrirla por haberse sustanciado el juicio por un procedimiento en el que, no solamente se han observado todas las formalidades prescritas para el que el recurrente estima debió seguirse sino que se han observado con mayores seguridades y amplitud por lo que es improcedente el recurso por la primera causa alegada al efecto.

CONSIDERANDO: Que presentada con la demanda certificación del acto de conciliación intentado, sin efecto, por el demandante, como notificación y requerimiento al demandado para desalojar la vivienda arrendada, por necesitar ocuparla aquél, las deficiencias que tanto respecto a las circunstancias que debe comprender dicha notificación, como el tiempo en que debe hacerse e indemnización ofrecida, puede afectar si las hubiese, al derecho sustantivo del arrendador para negar la prórroga del arrendamiento, pero no a la validez y eficacia de las actuaciones del juicio entre cuyas normas de sustanciación no hay ninguna que imponga negar la admisión de la demanda, por tales deficiencias, si bien podrán ser apreciadas en la sentencia al definir el derecho invocado en la demanda, pero en las cuales no puede, en consecuencia, fundarse un recurso por quebrantamiento de forma.

CONSIDERANDO: Que por no dar la Ley recurso alguno contra las providencias para mejor proveer, no puede impugnarse en éste, de injusticia por quebrantamiento de forma, la que, con fecha de 23 de noviembre de 1948, dictó el Juez de Primera Instancia, en apelación, acordando llevar a los autos certificación de la demanda de conciliación por lo que tampoco es procedente dicho recurso por su causa segunda.

SENTENCIA 13 DICIEMBRE 1949

Arrendamientos urbanos—personalidad para interponer la demanda.

La condición de dueña de un inmueble y arrendadora de determinados cuartos, faculta para ejercitar la acción de resolución del contrato de arrendamiento en beneficio propio y de los coparticipes.

CONSIDERANDO: Que aun cuando la demandante, al contraer matrimonio, era de estado viuda y, por tanto, había perdido la patria potestad sobre sus hijos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 168 del Código civil, y no podía comparecer en el juicio en su nombre, como lo hizo, esta falta de personalidad no es bastante para determinar la injusticia por quebrantamiento de forma de la sentencia recurrida, porque la demandante tiene por su propio derecho e independientemente de la representación que se atribuía a sus hijos, facultad bastante para ejercitar la acción entablada desde el momento en que la casa donde está enclavado el cuarto en cuestión pertenece en proindivisión la mitad a ella y la otra mitad a sus hijos, según el testimonio notarial obrante en autos, y

esto establecido, resulta evidente y conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, que como conduena del inmueble y arrendadora del expresado cuarto puede por sí sola ejercitar la acción de resolución del contrato de arrendamiento en beneficio suyo y de todos los partícipes.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 DICIEMBRE 1949

Inexistencia de sumisión expresa en el contrato de compraventa.

No existiendo sumisión expresa a Tribunal determinado, es competente para conocer del juicio el juez del domicilio donde se halle situado el establecimiento mercantil del actor, según la unánime y repetida jurisprudencia en aplicación del artículo 1.º de la Ley de 17 de julio de 1948 y número 1.º del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA 14 DICIEMBRE 1949

Transporte marítimo—cláusulas de irresponsabilidad—carga de la prueba.

La cláusula "ignoro peso y contenido" no significa una liberación de responsabilidad por incumplimiento de la obligación de entrega, sino una inversión de la carga de la prueba que incumbía en este caso al consignatario, el cual no ha intentado practicarla, y ello no es opuesto a la ley, a la moral ni a las buenas costumbres, sino que, por el contrario, está generalmente admitido para el tráfico marítimo.

Carece de todo fundamento legal y doctrinal la teoría sostenida en el motivo primero de este recurso de que la repetida cláusula sexta del conocimiento de embarque sea una reserva que faculte al portador para realizar una prueba a fin de acreditar que el peso y contenido declarado en el conocimiento de embarque no era el entregado para el transporte, pues siguiendo la norma del artículo 1.214 del Código civil la prueba de la existencia de la obligación y de los hechos de que se deriva corresponde a quien reclama su cumplimiento.

La afirmación de la sentencia recurrida de que el cargador demandante y recurrente no ha probado la certeza de los datos que unilateralmente consignó en el conocimiento de embarque no ha sido impugnada en este recurso por el medio adecuado, que es el número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues sólo hay en su contra la mera alegación hecha en el motivo primero del recurso de que el mismo cargador ha probado con los documentos atinentes la clase, cantidad y peso de las mercancías embarcadas.

SENTENCIA 14 DICIEMBRE 1949

Civil—divorcio—causas—malos tratamientos.

No son causa legítima en caso de levedad.

Civil—divorcio—recurso de casación—legitimación activa.

Consentida la sentencia por quien sufrió el daño, no es lícito al causante del mismo valerse de él.

CONSIDERANDO: Que pedido en la demanda y en su reconvención, deducidas respectivamente, por los cónyuges don A. D. y doña A. L., que se declarase su divorcio, y desestimadas ambas en la sentencia recurrida por la fundamental apreciación de no hallarse justificada la existencia de las causas alegadas, y sí tan sólo la condena a la mujer en juicio de faltas por una lesión leve a su marido, la certeza de este hecho, del que en absoluto se desconocen las circunstancias en que se produjo, además de ser insuficiente por su levedad, según estima la Sala sentenciadora, para constituir la causa segunda de las que el art. 105 del Código civil señala como legítimas de divorcio, no puede servir de base a la recurrente para su alegación de haberse infringido el precepto citado, porque consentida la sentencia por el litigante que sufrió la lesión y lo alegó en el pleito, no es lícito a aquella a quien es imputable el hecho valerse de él.

SENTENCIA 15 DICIEMBRE 1949

Procesal—competencia—sumisión—principio de prueba por escrito—valor de las condiciones generales—negación de firma.

Constituye principio de prueba por escrito la nota de pedido en el dorso de la cual figuran las condiciones generales, y entre ellas la del pacto de sumisión, aunque solamente aparezca firmada por el comprador en el anverso, indicándose aquí que el contrato se sometía a las estipulaciones consignadas al dorso, no siendo obstáculo para apreciarlo así la negación de la firma, según constante jurisprudencia.

Procesal—competencia—lugar de cumplimiento del contrato—presunción en favor del lugar en que se hayan realizado los primeros actos de consumación.

No basta tomar en cuenta uno de ellos, sino todos los que se hayan ejecutado antes de la reclamación judicial.

AUTO 19 DICIEMBRE 1949

Suspensión de pagos—procedimiento.

CONSIDERANDO: Que con arreglo al artículo 1.º de la Ley de 22 de julio de 1922, estableciéndose en el artículo 17 la tramitación especial a que han de ajustarse los incidentes de oposición al convenio propuesto por el suspenso y disponiéndose en el último párrafo del mismo que contra la sen-

tencia dictada en él por la Audiencia Territorial, sólo se dará el recurso de súplica, es visto que en el caso presente hay que declarar, con arreglo al artículo 1.628 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no haber lugar a la admisión del recurso de casación interpuesto por el recurrente B. de E., susursal de V., con imposición al mismo de las costas causadas.

SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1949

Arrendamientos urbanos—juicio de desahucio: inexistencia de citación a la parte recurrida que causa indefensión.

CONSIDERANDO: Que, incuestionable el vicio de forma en que se incurrió por el Juzgado de Primera Instancia al no efectuar la citación de la parte recurrida para el acto de la comparecencia en los estrados del Juzgado conforme a lo prevenido en el artículo 735 y demás concordantes de la Ley de Enjuiciamiento civil, las únicas cuestiones a resolver son si este vicio de forma puede calificarse de esencial y si se originó la indefensión del apelado, ya que el recurrente no pudo protestar contra él hasta después de notificada la sentencia recaída en la apelación, como lo ha hecho por medio del presente recurso.

CONSIDERANDO: Que estando reputada por el número cuarto del artículo 1.693 de dicha Ley, que es aplicable como supletoria, a tenor de lo preceptuado en el artículo 179 de la Ley de Arrendamientos urbanos, la falta de citación para sentencia definitiva en primera o segunda instancia como vicio esencial de forma, no puede menos de atribuirse este carácter a la falta de notificación de la providencia convocando a comparecencia en la apelación, aun reconociendo el aspecto formulario de hecho de esta diligencia cuando el citado se halla constituido en rebeldía, porque es indudable que enterándose de ella pudo asistir al acto de la comparecencia.

CONSIDERANDO: Que por esto mismo y pronunciada la sentencia en segunda instancia, que por cierto fué revocatoria de la de primera, después de verificarse la comparecencia con el defecto aludido de falta de citación de una de las partes, no puede menos de apreciarse también la existencia de indefensión, por lo que procede dar lugar al recurso, anulando las actuaciones a partir de la providencia convocando a las partes a la comparecencia de la apelación.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 29 DICIEMBRE 1949

Contrato de compraventa—simulación relativa en el contrato de compraventa con pacto de retro por encubrir un verdadero negocio de préstamo—calificación de usurario: aplicación de las normas del artículo 1.964 del Código civil a la acción de nulidad de préstamos usurarios.

CONSIDERANDO: Que por la demanda inicial de estos autos se ejercitó la acción de nulidad de una escritura pública de compraventa de fincas,

por estimar fundamentalmente el actor que la compraventa encubría un contrato de préstamo usurario, y la Sala sentenciadora absolvió de la demanda por apreciar que en la compraventa iba embebido un préstamo, como contrato realmente celebrado, pero que no concurrían en él las características propias de la usura, y en todo caso la acción de nulidad del contrato habría prescrito al tiempo de la demanda por haber transcurrido con exceso los quince años que para la extinción de las acciones personales, que no tengan término especial de prescripción, señala el artículo 1.964 del Código civil, aplicable a la acción de nulidad de préstamos usurarios, según declaraciones de esta Sala a partir de la sentencia de 29 de diciembre de 1942.

CONSIDERANDO: Que ante esta posición de la Sala sentenciadora que apoya el fallo absolutorio recurrido en que, aun existiendo simulación relativa en el contrato de compraventa con pacto de retro, por encubrir un verdadero negocio de préstamo, ni éste es usurario ni se mantenía viva la acción de nulidad ejercitada por haber prescrito al tiempo de ser entablada la demanda, la impugnación eficaz del fallo exigía que se combatesen en forma adecuada estos dos fundamentos jurídicos invocados en la instancia, porque cada uno de ellos por sí solo es suficiente para justificar el pronunciamiento absolutorio, pero el recurrente se ha desentendido del fundamento alusivo a la prescripción extintiva, tal como ha sido apreciado por el Tribunal *a quo*, a base de que por aplicación del artículo 1.964 del Código civil se ha extinguido la acción de nulidad de préstamo, aun en el supuesto de que fuera usurario, por inactividad del demandante desde la fecha en que fué celebrado hasta la de formulación de la demanda, pues sólo el motivo cuarto del recurso plantea el tema de la prescripción, desorbitando el problema planteado y decidido en la sentencia recurrida, ya que no se acusa la infracción del citado artículo 1.964, sino que se denuncia la aplicación indebida del artículo 1.301 del Código civil referente a las prescripción genérica de la acción de anulabilidad de los contratos por el transcurso de cuatro años desde la fecha en que pudo ser ejercitada, y como quiera que la Sala de instancia no hizo aplicación del artículo 1.301, declarando expresamente que no regía en materia de nulidad de préstamos usurarios, es visto que el recurrente en vez de combatir la tesis de la sentencia recurrida se muestra conforme con ella en este aspecto y no impugna la apreciación estimatoria de la prescripción establecida en el repetido artículo 1.964, por lo que, al quedar firme en casación la tesis de instancia sobre prescripción de la acción de nulidad; que por sí sola mantiene el fallo recurrido, procede desestimar dicho motivo cuarto, sin que sea preciso examinar los restantes motivos encaminados a demostrar que el préstamo es usurario, pues aunque lo fuese resultarían inoperantes los motivos por haber prescrito la acción de nulidad ejercitada.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 DICIEMBRE 1949

Civil—simulación absoluta: insubsanabilidad.

Constituye un vicio insubsanable.

Valor probatorio del documento público: manifestaciones de los interesados.

No se demuestra por esta sola circunstancia su propia veracidad, y pueden ser desvirtuadas por los demás medios de prueba.

Procesal—recurso de casación—cuestiones nuevas.

No tienen acceso a él.

Valor de las presunciones legales.

No pueden prevalecer si la parte a quien favorecen reconoce hechos contrarios a los presumidos por ellas.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida contiene, entre otras, las siguientes declaraciones: A) El contrato de compraventa celebrado por los ahora litigantes es inexistente por simulación absoluta, la transmisión de la finca fué aparente, no medió pago real del precio y las manifestaciones consignadas en la escritura constituyen una declaración de las partes deliberadamente disconforme con su voluntad real; B) El fin perseguido por los interesados al simular la venta fué el de sustraer la finca a cualquiera reclamación que la esposa del actor pudiese interponer contra éste; C) Habiendo sido requerida la demandada, unos meses antes de la presentación de la demanda, para que pusiese la finca a nombre del actor, reconoció que dicha finca pertenece a éste, pero se negó a lo pretendido en atención a su mal comportamiento y al temor de que pudiese ocasionarse algún perjuicio a la hija legítima del mismo.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso se sostiene que no existe documento alguno en que puedan apoyarse las declaraciones de la sentencia, añadiendo que el actor afirmó haber simulado la venta de la finca a su hermana, para que ésta consiguiese racionamiento al ausentarse el primero, mientras que la Sala de instancia estima que el fin perseguido con la simulación era el de sustraer el inmueble a posibles reclamaciones de la esposa del actor, añadiendo dicho motivo que la recurrente, después de celebrada la venta, otorgó dos escrituras de hipoteca en garantía de obligaciones de aquél, por lo cual no puede llegarse a declarar simulada la compraventa sin que esta declaración afecte también a tales escrituras, y alega que el hecho de haber solicitado la recurrente la posesión judicial de la finca objeto de la compraventa confirma la tesis de la validez del contrato, para sentar finalmente la conclusión de que el fallo, al negar virtualidad a la escritura, se apoya en elementos de menos valor

del que la misma encierra; pero, frente a tales alegaciones, es evidente, en primer término, que la intervención notarial dando fe de las declaraciones de las partes no excluye la posibilidad de simulación en las mismas, porque como ha establecido la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 29 de noviembre de 1935, 8 de enero de 1936 y 4 de julio de 1941, entre otras) *las manifestaciones que en el documento público hacen los interesados no demuestran por esta sola circunstancia su propia veracidad y pueden ser desvirtuadas por los demás medios de prueba admitidos en la ley*, siendo de advertir también que la apreciación de la inexistencia por simulación que hace el Tribunal de instancia no se impugna en el caso actual en adecuada forma; y, bajo otro aspecto, es indudable que el hecho de haber instado la recurrente la posesión judicial del inmueble con posterioridad a la fecha del otorgamiento de la escritura carece de virtualidad para atribuir validez a un contrato inexistente por simulación absoluta, porque, como declararon las sentencias de esta Sala de 11 de enero de 1928 y 10 de abril de 1933, *tal defecto es insubsanable*.

CONSIDERANDO: Además, que no habiendo sido controvertida en instancia la validez o nulidad de las escrituras de hipoteca otorgadas, por la recurrente, no puede ser traída esta cuestión al recurso, ello aparte de que, con arreglo al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el tercero que de buena fe hubiese adquirido a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo será mantenido en su adquisición una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el Registro.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo afirma hallarse amparada la recurrente por una presunción legal dimanada de lo dispuesto en los artículos 1.218, 1.250 y 1.277 del Código civil y acusa error de derecho en la apreciación de la prueba, sosteniendo que los elementos probatorios invocados por el juzgador de instancia para apoyar su fallo sólo merecen el calificativo de indicios, argumentación que aparece totalmente desprovista de base si se tiene en cuenta que, según declaraciones no impugnadas de la Sala sentenciadora—de las que queda hecha mención—, habiendo sido requerida la demandada antes de promoverse el litigio para que pudiese la finca a nombre del actor, *reconoció que dicha finca pertenece a éste*, si bien se negó a lo pretendido en razón al mal comportamiento de él y al temor de que la operación perjudicase a la hija legítima del mismo; y al quedar en pie estas categóricas declaraciones, ellas por sí solas bastan para desvanecer toda presunción legal que pudiese existir a favor de la recurrente y para destruir la alegación de que el fallo se apoya en meros indicios.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 DICIEMBRE 1949

Reclamación de cantidad—valor de las cláusulas contractuales: supuesto de infracción.

CONSIDERANDO: Que fundado exclusivamente en esta apreciación el fallo recurrido es fácil *advertir* que, cualquiera que sea el grado de acierto atribuible a aquélla, sólo podría ser impugnado con eficacia en casación demostrando que la Sala sentenciadora había interpretado con error las cláusulas segunda y tercera de la escritura pública de 4 de agosto de 1938, básicas del criterio que condujo a la desestimación de la demanda; y como el recurrente, si bien pone al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal el único motivo de su recurso, no cita como infringido ninguno de los artículos 1.231 y siguientes del Código civil, ni combate el concepto de erróneo, según los mismos, la interpretación fundamental de lo resuelto en el fallo, sino que se limita a suponer violados los artículos 1.091, 1.255 y 1.125 del Código dicho, y aplicados indebidamente los 1.128 del propio Código y 62 y 337 del de Comercio, siendo así que en la sentencia de la Sala inferior no se ha desconocido que los contratos, sus cláusulas y condiciones tienen fuerza de ley entre los contratantes, ni que las obligaciones son exigibles cuando llega el día señalado para su cumplimiento, sino que conforme a estos principios legales sustantivos ha decidido la cuestión litigiosa refiriéndolos a su apreciación, no combatida, de las cláusulas contractuales por ella interpretadas y que los otros dos preceptos citados no han servido de fundamento al fallo recurrido, se ha de concluir que el motivo, y con él el recurso, no puede prosperar.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 ENERO 1950

Procesal—competencia—cuestiones accesorias o derivadas de un contrato.

Es competente para conocer de ellas el Juez competente para conocer del contrato, según reiterada jurisprudencia.

Procesal—competencia—sumisión tácita—hechos que la suponen.

Es de apreciar cuando el demandado, además de no proponer la declinatoria, solicita certificación de particulares y ampliación del término de contestación a la demanda.

SENTENCIA 9 ENERO 1950

Procesal—proceso del art. 41 LH—naturaleza jurídica: sentido en que se afirma su carácter de proceso incidental—consecuencia en cuanto a las formalidades de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que, por ser inadmisibile, ha de rechazarse, en primer lugar, la tesis que pretende hacer valer el recurrente de que, si bien el

artículo 41 de la vigente Ley Hipotecaria remite a los arts. 749 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil la tramitación que ha de darse a los litigios que se establecen al amparo del mencionado precepto hipotecario, no ha de entenderse que tales reclamaciones tengan carácter o naturaleza de incidentes, sino de asuntos ordinarios general o principal, *prentendiendo con estas afirmaciones que la resolución de los aludidos litigios debe estar revestida de aquellas formalidades procesales que corresponden a los juicios declarativos ordinarios*, tesis que sólo tiene de cierta que, en efecto, la reclamación que en defensa de un derecho real inscrito se formula, al amparo del antes citado art. 41 del ordenamiento hipotecario, no es cuestión derivada de otro negocio jurídico en litigio ni surgida en el desarrollo de un pleito referente a otra cualquiera acción ejercitada judicialmente, sino que se trata de una acción que puede estimarse originaria por emanar directamente de un derecho y con propia individualidad y subsistencia, pero para su ejercicio ha establecido la Ley un procedimiento especial en el cual, después de señalar las normas pertinentes sobre competencia e iniciación de la litis, al quedar constituida ésta mediante la presentación de la llamada demanda de contradicción, remite la continuación del procedimiento hasta su final a los trámites que la Ley procesal civil tiene ordenados para los incidentes, partiendo precisamente del art. 749 de la Ley en que, promovido ya el incidente y formada en su caso la pieza separada, sigue ya el curso del proceso hasta su resolución y apelación, en su caso, regido por las normas peculiares de este procedimiento incidental, por lo cual, *y en esto estriba el error de la tesis aludida del recurrente, la sentencia en ambas instancias de los procedimientos especiales como el que origina este recurso, sólo estará revestida en su aspecto procesal de aquellas formalidades que integran las que se dicten en los incidentes ordinarios.*

Procesal—recurso de casación por quebrantamiento de forma—necesidad de previa reclamación en tiempo oportuno, si ha sido posible hacerlo.

Procesal—requisitos de la sentencia—proceso del art. 41 LH—número de magistrados.

CONSIDERANDO: Que al examinar el único motivo del recurso que se ha articulado se advierte que contra lo que previene el art. 1.696 de la Ley rituaria *no se formuló la reclamación de la falta procesal denunciada cuando ésta, según el recurrente, se cometió, habiendo podido hacerlo*, porque constituida la Sala para ver y fallar la apelación interpuesta con tres Magistrados, pudo la parte, al advertir, ya que ante ella comparecía a defender su derecho, hacer constar su protesta al amparo de lo que previene el art. 334 de la Ley rituaria civil, y no habiéndolo hecho *carece de eficacia esta tardía alegación de la infracción procesal que se supone cometida, por haber sido consentida*, pues asimismo tiene declarado esta Sala (sentencia de 5 de febrero de 1934, entre otras), que no puede admitirse como norma utilizable al fin que se pretende, que prestando una parte su tácito asentimiento a que el Tribunal se constituya, integrado

en determinada forma, para la vista, votación y fallo de un pleito, se espere a conocer la resolución que dicte para aceptarla, si es favorable, o recurrir contra ella, en caso de ser adversa, por lo cual es evidente que ha de ser desestimado el recurso, y aun dejando aparte este fundamento, tampoco podría prosperar aquél, porque *no se ha cometido infracción procesal alguna al ser únicamente tres los Magistrados que vieron, votaron y fallaron la apelación de este litigio*, ya que al tratarse de procedimiento incidental tres Magistrados pueden, según el art. 317 de la Ley rituaría resolver los incidentes, y aparte lo dispuesto en la Ley de 7 de julio de 1934, para las apelaciones de los juicios de menor cuantía, en todo caso, por aplicación del principio general contenido en el art. 348 de la Ley procesal aludida, hay Sentencia en las Audiencias habiendo tres votos conformes, como ocurrió en el caso presente, según acredita la certificación negativa de votos reservados que figura en los autos, y por la interpretación que la doctrina jurisprudencial viene dando al dicho art. 348 (sentencias de 8 de marzo de 1933, entre otras), se establece que las vistas de los pleitos pueden celebrarse con sólo tres Magistrados y dictada sentencia por los mismos con votos de toda conformidad, no existe el quebrantamiento de forma a que se refiere el número octavo del art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA 10 ENERO 1950

Fideicomiso catalán—interpretación de cláusula testamentaria.

En el sistema de legítima de Cataluña, el disponer el testador la sustitución de uno por otro de sus hijos, en el caso de que el que llegue a ser heredero no tenga a su vez hijos, ya que en el de tenerlos puede disponer de los bienes, revela claramente la intención del testador de que los bienes pasen a sus nietos.

ANTECEDENTES.—El abuelo del demandante otorgó testamento, en Cataluña, disponiendo que en todos sus bienes, muebles o raíces, presentes y futuros, derechos y acciones, instituya herederos universales a los hijos que dejara el día de su muerte, nacidos o póstumos, no a todos juntos, sino el uno después del otro, prefiriendo los varones a las hembras y observando entre los de un mismo sexo el orden de primogenitura, pudiendo el que de dichos hijos fuera heredero y llegase a tener hijos o hijas, legítimos o naturales, disponer libremente de dichos bienes, y, en caso contrario, hacer tránsito al otro hijo del testador a quien correspondiere. El testador dejó un hijo, que fué el que adquirió la herencia a la muerte de su padre, y que murió sin descendencia, y dos hijas, de la mayor de las cuales nació el demandante. Habiendo muerto esta última, el fiduciario, para garantizar la devolución de unos préstamos cedió en favor de su acreedor, y ahora demandado, todos cuantos derechos legítimos y acciones tenía sobre la herencia de su padre, y en la misma extensión y en su rango de heredera sustituta lo hizo su hermana, que le premurió. Muerto también el fiduciario, su sobrino, hoy demandante, reclama la herencia fundándose en que el testador no llamaba nominalmente a sus hijos, sino que repetidamente usaba la voz hijos, que comprendía a los nietos, como se deducía del conjunto armónico de la cláusula testamentaria. El

demandado alega que la madre del actor premurió al fiduciario y que sólo se entiende que hay fideicomiso cuando existe una persona expresamente designada para que a ella se restituya la herencia. El Juzgado absuelve al demandado, pero la Audiencia revoca la sentencia apelada. El demandado interpone recurso de casación por los siguientes

MOTIVOS.—Comprendidos todos en el número 1.º del artículo 1.692:

1) Infracción de la Ley 78, parr. 3.º, "De legati", Libro 30, y de la Ley 78, parr. 3.º, Tit. único, Lib. 31 del Digesto.

2) Infracción de las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1864, 6 de febrero de 1865 y 22 de mayo de 1880.

CONSIDERANDO: Que en la sentencia recurrida se interpreta con acierto la cláusula de sustitución del testamento, porque en esa cláusula sólo se dispone la sustitución de uno por otro de sus hijos, en el caso de que el que llegue a ser heredero, no tenga a su vez hijos, ya que, en el de tenerlos, no le sustituiría otro hermano, sino que podría disponer libremente de los bienes, lo que en relación con el sistema de legítimas, en el Derecho de Cataluña, revela claramente la intención del testador de que sus bienes pasasen a sus nietos, sin determinar a cuáles, con preferencia a aquel de sus hijos que sobreviviese al que llegó a ser heredero con hijos.

CONSIDERANDO: Que si la voluntad del testador fué el paso de sus bienes a nietos indeterminados, con preferencia a que pasasen al que, de sus propios hijos, hubiesen correspondido por la sustitución del hermano heredero, si no hubiese a su vez tenido hijos, *con mayor razón hay que concluir que esa preferencia de los nietos estaba también en la intención del testador, en relación con extraños, si el hijo heredero, fallecido sin descendencia, no podía ser sustituido por un hermano, que es el caso del pleito.*

CONSIDERANDO: Que los fragmentos del Digesto y la doctrina de las sentencias en cuya alegada infracción se fundan los dos motivos del recurso, regulan supuestos de institución con prohibición de salir ciertos bienes de la familia de los hijos y de falta de sustituto por haber muerto antes que el primer heredero, supuestos distintos al resuelto en la sentencia recurrida, en la que, mediante una interpretación acertada de la cláusula testamentaria en cuestión, se determina el destino que a sus bienes quiso dar el testador, por lo que no procede el recurso por ninguno de ambos motivos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 ENERO 1950

Gastos de testamentaria—interpretación de cláusula testamentaria—legado de parte alicuota.

La interpretación del testamento ha de hacerse de modo que armonice la voluntad del causante con la ley.

No cabe alegar que no se perjudica la legítima del viudo cuando en forma de legado se le hace una atribución patrimonial que cubre con exceso la cuota usufructuaria.

Aunque la posición jurídica del cónyuge supérstite no es absolutamente idéntica a la del sucesor universal, existe identidad en orden a la responsabilidad por gastos comunes de partición en herencia.

El legado de parte alicuota es una modalidad irregular intermedia entre el legado y la herencia propiamente dicha.

ANTECEDENTES.—El marido de la demandante falleció bajo testamento en que se disponía que legaba a su esposa en plena y absoluta propiedad la participación que al testador corresponde por gananciales de su matrimonio, que el usufructo del remanente de todo su caudal lo lega a su esposa por los días de su vida, relevándola de la obligación de formar inventario y prestar fianza; que, sin perjuicio de este legado de usufructo, instituye herederos en el propio remanente a sus hermanos (demandados), y les impone la obligación de respetar en absoluto el usufructo que deja a su esposa por los días de su vida, sin que nada le pidan por ningún concepto que con la herencia se relacione ni la molesten con ninguna pretensión judicial ni de ningún otro orden. En el juicio de testamentaria aparece una hijuela adjudicada a la demandante para gastos de dicho juicio. El debate se concreta a la cuestión de si la actora como legataria de la totalidad de los bienes de la herencia, según sostiene, debe recibirlos sin merma ni detracción alguna y es ajena, por tanto, a los gastos producidos en las operaciones particionales o, como sostienen los demandados, debe pagarlos porque tiene el carácter de heredera también y obtiene beneficios concretos y precisos en la primera liquidación de la sociedad conyugal y la determinación consiguiente de los bienes que por este concepto le pertenecen. El Juez de primera instancia desestimó en su integridad la demanda, y la Audiencia la revoca en parte, al disponer que los gastos de la hijuela deberán satisfacerse por la viuda y los demás herederos. La demandante interpone recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—1) Violación del artículo 675 del C. c. e interpretación errónea del 1.064 del mismo Cuerpo legal.

2) Aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 882, 883, 1.064 y sentencia del T. S. de 24 de junio de 1911.

3) Violación e interpretación errónea de los artículos 882, 883 y 837 en relación con el 1.064.

4) Error de hecho en la interpretación del testamento, y de derecho al violar la sentencia recurrida el artículo 675 en relación con el 1.218 del C. c.

CONSIDERANDO: Que el testamento como norma fundamentalmente rectora de la sucesión ha de guardar acatamiento a las formalidades intrínsecas y extrínsecas impuestas por la ley. Si ésta restringe la libertad de disposición mandando que se respeten los derechos reservados a los herederos forzosos, *la recta y lógica interpretación del testamento exige que se conjugue y armonice la voluntad declarada por el causante con las reglas de derecho necesario establecidas por el legislador, y así, en casos como el de autos en que el testador legó a su mujer el remanente del caudal hereditario, en usufructo, una vez deducido el legado en pleno dominio ordenado en favor de la misma, se ha de entender, como acertadamente apreció la Sala sentenciadora, que el testador quiso acomodarse a la ley al llamar a su mujer al disfrute del remanente de la herencia, y como quiera que el cónyuge viudo es legitimario en la cuota que en concurrencia con hermanos le señala el artículo 837 del Código civil, es visto que*

el causante no pudo enfrentarse válidamente con la ley asignando a todo el remanente el concepto de legado, que sólo puede ser eficaz si recae sobre la parte de herencia de libre disposición, *y que no cabe alegar frente a esta tesis que no se perjudica a la legítima del viudo cuando en forma de legado se le hace una atribución patrimonial que cubre con exceso su cuota usufructuaria, pues no es indiferente que la atribución se efectúe en concepto de herencia o en el de legado, porque ni el derecho positivo lo consiente ni, en términos generales, dejando a salvo lo que después se dirá respecto del legado parciario, tiene iguales efectos jurídicos la asignación en una u otra forma, en particular por lo que se refiere a deudas y gastos de la herencia.*

CONSIDERANDO: Que la cláusula testamentaria por la que el causante impone a los herederos voluntarios instituidos en la nuda propiedad del aludido remanente de bienes la obligación de respetar el usufructo legado a su esposa, sin que nada le pidan dichos herederos por ningún concepto que se relacione con la herencia, ni la molesten con ninguna pretensión judicial ni de otro orden, no tiene la significación que le atribuye el recurrente de que aquellos herederos, al promover el juicio de testamentaría, correrán con los gastos que en el mismo se originen, para que por este concepto no resulte mermado el usufructo concedido a la viuda; pues ni el testador prohibió la intervención judicial en los términos previstos en el artículo 1.045 de la Ley de Enjuiciamiento civil ni los efectos de juicio de testamentaría en cuanto tienden a fijar, mediante la correspondiente partición, los bienes que han de ser disfrutados por la viuda, implican falta de respeto o acatamiento al derecho de usufructo que le corresponde, no ya en todo el activo de la herencia, sino en la parte líquida del remanente de bienes, una vez deducido el pasivo que sea procedente, pues *otra interpretación significaría que el testador quiso gravar a los nudos propietarios imponiéndoles el pago de todos los gastos que ocasionase la liquidación de la herencia, y ni literal ni lógicamente debe entenderse que las palabras con que el testador exteriorizó su voluntad tengan el alcance de cláusula modal, que pudo usar y no usó.*

CONSIDERANDO: Que, por lo expuesto, la viuda demandante es heredera forzosa en el usufructo de la mitad del remanente de bienes que en forma de legado le otorgó su marido, *aunque por su carácter de usufructuaria, por la temporalidad de su derecho y por la modalidad especial que para la efectividad de su legítima establece el artículo 838 del Código civil, su posición jurídica no sea absolutamente idéntica a la del genuino sucesor universal, particularmente en el aspecto de responsabilidad por deudas hereditarias, pero es indudable que tal identidad existe en punto a responsabilidad por razón de gastos comunes de la partición,* porque el artículo 1.064 del Código civil no establece distinción en este respecto, en el cual están situados en el mismo plano la usufructuaria y los nudo-propietarios por el interés común que les liga en la liquidación de la herencia, como partícipes de un derecho abstracto en el *universum ius defuncti* o en una cuarta parte del mismo, procediendo, en consecuencia, la desestimación de los dos primeros motivos del recurso, en los que, partiendo de la base equivocada de que la viuda es legataria de la totalidad del rema-

nente de bienes, se denuncia la infracción de los artículos 675, 882, 883 y 1.064 del Código civil y la doctrina jurisprudencial que invocan.

CONSIDERANDO: Que en forma subsidiaria, para el caso de que no prosperen los dos primeros motivos, se discurre en el motivo tercero sobre la base, admitida por la sentencia de instancia, de que la viuda tenga el carácter de legataria solamente en cuanto el total remanente de bienes exceda de la mitad legitimaria, manteniendo el recurso la tesis de que en esta parte en que la institución reviste caracteres de legado no le es imputable a la viuda participación alguna en los gastos comunes de la partición; pero si esta tesis es exacta en materia de legado propiamente dicho o que recae sobre cosa determinada, respecto del cual el legatario adquiere la propiedad de la cosa desde la muerte del testador y puede pedir a los herederos que se la entreguen, una vez formado el inventario y transcurrido el término para deliberar, sin deducción alguna, incluso por gastos de entrega, que serán a cargo de la herencia, según prescriben los artículos 882, 883, 886 y 1.025 del Código civil, es preciso no perder de vista que en el caso ahora controvertido se trata de un legado de parte alicuota, que ofrece como contenido la mitad del repetido remanente de bienes, y no se gobierna exactamente por las normas del legado de cosa específica, porque, como dijo la sentencia de 16 de octubre de 1940, aunque nuestro derecho positivo—artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 42, número séptimo, de la Ley Hipotecaria—, en desacuerdo con una corriente doctrinal muy nutrida e inspirada en el criterio objetivista de la herencia, admite la calificación de legado dada por el testador a la institución de una cuota parte del caudal hereditario en su porción libre, esta modalidad irregular de la institución constituye una figura intermedia o "sui generis" entre el legado y la herencia propiamente dichos, con múltiples aspectos de coincidencia entre uno y otra por la nota común que los preside de atribución de bienes indeterminadamente, y esta nota común se traduce singularmente en que a la muerte del causante el legatario como el heredero adquieren un derecho abstracto que es preciso concretar o determinar mediante la partición, para poder fijar materialmente el contenido económico de la herencia y del legado, previa deducción de cargas y gravámenes, quedando así equiparados en este aspecto por idéntico interés el heredero y el legatario de parte alicuota, a los que afecta por igual la responsabilidad referente a gastos comunes de la partición, bien mediante la fórmula admitida de hijuela especial detráida de la herencia, si es aceptada por todos los interesados, bien por imputación a los mismos proporcionalmente al haber líquido que se les adjudique, razón por la que no se aprecia tampoco la infracción acusada en el motivo tercero de los artículos 882, 883, 837 y 1.064 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que a la misma conclusión se llega si se tiene en cuenta que se trata de imputación de gastos ocasionados en el juicio de testamentaría, que deben correr a cargo de los litigantes en los términos que para esta clase de juicios prescribe el artículo 1.064 del Código civil, debidamente aplicado por la Sala sentenciadora, ya que el cónyuge viudo ha sido en él parte litigante como interesado en la determinación o concreción de su haber líquido en la herencia.

CONSIDERANDO: Que el cuarto motivo del recurso es asimismo desestimable, porque por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se reproduce el tema de interpretación del testamento, planteado ya en el motivo primero por el cauce del número primero del mismo precepto legal, que sería, en su caso, el cauce procedente en casos como el discutido en que la Sala de instancia no desconoce los términos en que ha sido expresada la voluntad del causante, sino que partiendo de esos mismos términos fija su sentido jurídico, lo que supone, a efectos de casación, error de interpretación y no error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, según reiterada y más reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 ENERO 1950

Competencia—cuasicontrato—contrato imperfecto—acción personal—compraventa mercantil.

CONSIDERANDO: Que aun cuando es cierto que para resolver las cuestiones de competencia hay que atenerse a los términos en que se ha planteado la demanda esto no quiere decir que no se deba también atender a las alegaciones del demandado en el escrito planteando la inhibitoria, sin prejuzgar en todo caso lo que constituya el fondo del pleito, ni sobre todo que los Tribunales en caso de evidente disparidad entre los hechos alegados por la parte actora y los fundamentos de su demanda vengán obligados a aceptar tesis jurídicas evidentemente inadmisibles y que hayan podido ser invocadas precisamente para apartar la competencia para conocer del litigio de sus cauces naturales.

CONSIDERANDO: Que siendo evidente, como se expresa en ambos escritos, el de demanda y el de inhibitoria, que el demandante, industrial avecindado en Bilbao, pidió al demandado, de igual profesión y avecindado en Madrid, las máquinas a que se refiere la demanda, por medio del agente del segundo en la última de dichas poblaciones, entregándole al propio tiempo la cantidad de dieciséis mil pesetas como adelanto del precio pactado, es manifiesto que las relaciones jurídicas a que estos hechos puedan dar lugar entre las partes alejan totalmente la idea de haberse producido entre las mismas un cuasicontrato de cobro de lo indebido a que se alude en la demanda, puesto que se trata en principio, y a los solos efectos de la competencia, de una manifestación de voluntad para crear una relación de derecho, haya llegado o no ésta a su perfeccionamiento por la coincidencia de voluntad entre comprador y vendedor, que es precisamente el fondo del litigio, sin que impida estimarlo así la alegación hecha por el actor de que el desistimiento del contrato por la parte fué anterior a la aceptación del pedido por el vendedor, porque esto afectará a que el contrato se haya perfeccionado o no entre las partes; pero no permite apreciar entre ellas la existencia del aludido cuasicontrato, sin perjuicio de la obligación de devol-

ver la cantidad recibida que pueda incumbir al vendedor si se estimase en el pleito que el contrato no había logrado su perfección.

CONSIDERANDO: Que reclamada por la parte demandante la devolución de la cantidad entregada al vendedor por razón del proyectado contrato, es evidente que tratándose del ejercicio de una acción personal el asunto es de la competencia del Juez del lugar donde deba cumplirse la obligación, a tenor de la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y tratándose de una compraventa de carácter mercantil y no existiendo principio de prueba escrita demostrativa de la sumisión expresa de una de las partes a determinado Tribunal, debe resolverse la competencia en favor del Juez del lugar donde radica el establecimiento vendedor, a tenor de reiteradísima y conocida jurisprudencia de esta Sala, que es, en este caso, Madrid.

CONSIDERANDO: Que si se estimara que por ser punto litigioso si el contrato había o no adquirido su perfeccionamiento no podía prevalecer esta última regla, siempre sería de estimar competente el Juez del domicilio del demandado, que radica en Madrid, como se ha indicado anteriormente.

CONSIDERANDO: Que aun en la inaceptable hipótesis de que se tratara de una acción nacida de un pago verificado con error siempre se llegaría a la propia conclusión, porque entregadas las dieciséis mil pesetas al agente del demandado en Bilbao para su remisión a Madrid, el pago, en todo caso, habría de reputarse verificado en esta capital, que es donde había de surtir sus efectos, sin que la entrega por medio de un Banco tenga relevancia alguna a estos efectos.

FALLO.—El conocimiento de la demanda corresponde al Juzgado de Madrid.

SENTENCIA 16 ENERO 1950

Arrendamientos urbanos—Arrendamiento de local para industria: valor novatorio de las adiciones, al contrato.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida no ha infringido el artículo 1.240 del Código civil, como la atribuye el motivo tercero del recurso, porque esa sentencia no estima la adición firmada en 1.º de mayo de 1945 como una novación extintiva, con sustitución de una obligación por otra a que se refiere ese artículo, sino una liquidación de lo pagado por ambos contratantes y la modificación de unas condiciones o modalidades de contrato como eran, además de la participación en los gastos de la instalación de maquinaria, el de la fecha en que había de empezar a contarse su duración, que no puede ser otra que la de 15 de junio de 1944, al computar desde ese día el devengo de alquileres, ya que iría contra la naturaleza de ese género de contratos que debiera pagarse la renta desde antes de que por la entrada en el disfrute de la cosa arrendada se consumara aquél, y por decir claramente ese convenio de 1.º de mayo de 1945 que quedaba en vigor el contrato inicial, excepto en lo que quedase modificado por el adicional.

CONSIDERANDO: Que el motivo primero se apoya en el número siete del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil para sostener que constituye error de hecho en la apreciación de la prueba el suponer que el plazo de duración del arrendamiento debe empezar a contarse desde que empezó a regir el contrato y devengarse la renta estipulada, pero esa determinación no es una cuestión de apreciación como prueba de los documentos alegados, sino de su interpretación, porque estos no hacen declaración expresa sobre ello y se ha de deducir o investigar sobre su sentido, que es lo que constituye en realidad la interpretación, y, por tanto, no puede discutirse en casación en amparo de ese número siete ni procede en el caso actual.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 ENERO 1950

Arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma: falta de legitimación procesal activa.

CONSIDERANDO: Que en virtud de lo expuesto, procede la estimación del recurso; porque, según se denuncia en el motivo 3.º, la arrendadora no compareció en el juicio, ni por sí ni debidamente representada, ya que el letrado que firmó la demanda, por carecer de poder y no haber sido designado mandatario *apud acta*, no pudo intervenir como órgano de representación, y, consiguientemente, no constituída la relación jurídica procesal por falta de sujeto activo de la misma, no era dable al juez resolver sobre el fondo sin quebrantar forma tan esencial del proceso, con manifiesta indefensión del recurrente; por lo que debe ser anulada la sentencia, devolviéndose los autos al Juzgado de procedencia para que, reponiéndolos al estado de presentación de la demanda, se provea con arreglo a derecho.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 24 ENERO 1950

Arrendamientos urbanos—recurso por quebrantamiento de forma.

La incompetencia de jurisdicción, a pesar de su aspecto procesal, no puede dar lugar a recurso de injusticia por quebrantamiento de forma.

CONSIDERANDO: Que el artículo 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, aplicado al recurso que se trata de resolver, disponía que únicamente había de fundarse en el quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio que hubieran producido la indefensión del recurrente, y como el artículo 169 de la propia Ley, al de-

terminar las causas por las que puede interponerse el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma distingue en su número 1.º la incompetencia de jurisdicción del número 2.º, que hace referencia al quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, claro es que la incompetencia de jurisdicción, a pesar de su aspecto procesal, no puede dar lugar al recurso de injusticia por quebrantamiento de forma.

CONSIDERANDO: Que con la Ley de Enjuiciamiento civil supletoria en materia de procedimientos, a virtud de lo prevenido en el artículo 169 de la Ley, se llegaría a idéntico resultado, puesto que aunque el artículo 1.693, en su número 6.º, autoriza el recurso por quebrantamiento de forma por incompetencia de jurisdicción cuando este punto no haya sido resuelto por el Tribunal Supremo y no se halle comprendido en el número 6.º del artículo 1.692, que se refiere al caso de que por razón de la materia haya habido abuso, exceso o defecto en la jurisdicción, la jurisprudencia reiterada de esta Sala tiene declarado que la incompetencia por razón del grado de jurisdicción no puede ser combatida más que al amparo de dichas normas mediante el recurso de casación por infracción de ley, y como lo que se sostiene en el juicio es que debió conocer del litigio el juez de primera instancia y no el municipal, es obligada su desestimación.

SENTENCIA 30 ENERO 1950

Competencia—reclamación de cantidades derivada del otorgamiento de una póliza de seguros: sumisión expresa.

Constando en el artículo 30 de las pólizas suscritas la sumisión de los contratantes para las cuestiones que se plantean con ocasión del cumplimiento o interpretación de las mismas, salvo excepciones que no afectan a lo que es materia de la demanda a los Juzgados y Tribunales de Madrid, donde la sociedad demandante tiene su domicilio social, se ha de atribuir en virtud de este pacto sumisorio el conocimiento del asunto al Juzgado municipal número 16 de los de esta capital, con arreglo a la norma de competencia, fijado en su artículo único por la Ley de 21 de mayo de 1936, aplicable en razón del tiempo en que la demanda se dedujo.

SENTENCIA 30 ENERO 1950

Interpretación de contrato.

En orden a la interpretación de los contratos, la determinación del alcance e inteligencia de las estipulaciones que en ellos establezcan los contratantes es en principio función propia de los Tribunales de instancia y el criterio de éstos debe prevalecer en casación, excepto cuando se demuestre, en la forma prevenida por el núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, error de hecho o de derecho al fijar los hechos en que la interpretación se apoye o cuando se justifique al amparo del número 1.º

del mismo artículo que se ha incurrido en notoria infracción de alguna de las normas de Ley que regulan la hermenéutica contractual.

Valor de marca industrial.

El recurrente entiende que al valorarse en la escritura de disolución de la sociedad y adjudicársele por el importe de los gastos hechos para la obtención de una marca, tal declaración implica la adjudicación de la misma marca, pero esta interpretación no puede aceptarse porque una marca de fábrica tiene un valor real que se determina en relación con la importancia del negocio o del producto a que la misma se refiere, y es lo que lógicamente habrá de tenerse en cuenta cuando se trate de valorarla como parte del capital de una sociedad, valuación que no se hizo en ningún momento de la vida social ni en la propia escritura de disolución de la sociedad y que no puede identificarse con la de los gastos que originó el obtener la concesión de la marca.

SENTENCIA 31 ENERO 1950

Compraventa mercantil—error de hecho—valor de la prueba.

Además de la información testifical referida la Sala sentenciadora apreció la concurrencia de prueba documental múltiple que, sin ser concluyente, ofrece elementos indiciarios que corroboran las declaraciones de los testigos, y así resulta que ni se ha infringido en la sentencia recurrida el artículo 51 del Código de Comercio, que, a contrario sensu, admite la probanza de contratos en cuantía superior a 1.500 pesetas mediante información testifical en concurrencia con alguna otra prueba, ni se han vulnerado los artículos del Código civil que se citan: el 1.214, porque regula la carga de la prueba y no su valoración, que es lo que ahora se denuncia como error de derecho; el 1.248, en relación con el 659 de la Ley procesal, porque, dado su carácter admonitivo y no preceptivo, son inoperantes en casación, y el 1.279 y el 1.280 porque, conjugados con el 1.278, llevan a concluir que el requisito de constancia por escrito de ciertos contratos puede ser suplido por otros elementos de juicio en casos como el de autos en que el requisito de forma por escrito se exige "ad probationem, no ad solemnitatem", aparte de que los preceptos del Código civil ceden ante las normas específicas del Código de Comercio en materia de contratación mercantil, carácter que indudablemente reviste la compraventa a que se refiere este litigio, conforme a lo dispuesto en el artículo 325 del Código últimamente citado por recaer sobre mercancías destinadas a la reventa con ánimo de lucro, según afirmación de la sentencia recurrida, sin impugnación adecuada en el recurso.

En el recurso no se combate por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil el hecho afirmado en la sentencia impugnada de que al tiempo de la celebración del contrato entregó el comprador al vendedor mil pesetas a cuenta del precio estipulado, por

lo que falta base de sustentación al motivo en el que se atribuye el concepto de arras o señal a tal entrega, pero aunque así no fuera, la consecuencia jurídica sería la misma: Primero. Porque en todo caso habría de aplicarse el artículo 343 del Código de Comercio y no el 1.454 del Código civil, dado el carácter mercantil de la compraventa discutida, en la que las cantidades entregadas como señal se reputan siempre dadas a cuenta del precio, salvo pacto en contrario, que en el caso litigioso no existe; y Segundo. Porque el tema que plantea dicho motivo ofrece en casación el aspecto de novedad y consiguiente inadmisibilidad, ya que en la instancia no formuló el demandado vendedor pretensión alguna sobre resolución del contrato mediante devolución del duplo de la suma recibida, pues concretó su defensa a la alegación de que él no había contratado y, en consecuencia, pidió escuetamente que se le absolviese de la demanda.

SENTENCIA 31 ENERO 1950

Arrendamientos urbanos—arrendamiento de solar—su diferencia del local de vivienda o de negocio: no aplicación a los mismos de la legislación que regula los primeros.

CONSIDERANDO: Que el recurrente inicia el primer motivo de su recurso, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, con la afirmación de que el objeto del contrato de arrendamiento, cuya terminación es el motivo del litigio presente, es una finca urbana, un solar con construcciones provisionales, arrendado para fines industriales, y sobre este supuesto dirige su argumentación a demostrar que dicho contrato se halla comprendido en las normas especiales que regulaban, en la época de otorgarlo y en el momento de presentarse la demanda, los contratos de arrendamientos urbanos, por lo cual estima que han sido infringidos los preceptos que cita correspondientes a la mencionada legislación especial, al declarar, por el contrario, el Tribunal *a quo* aplicables al caso las pertinentes disposiciones del Código civil; pero esta argumentación, que en concreto es la expresión del criterio del recurrente opuesto al del juzgador, sin atacar las razones en que éste se apoya, cae por su base con sólo tener presente la interpretación que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han dado al concepto de solar como objeto de la relación arrendaticia, diferenciándolo con precisión del local de vivienda o del local para negocio, que son construcciones permanentes aptas, de modo fundamental, para ser habitadas, en tanto que el término solar hace referencia a una superficie enclavada, en efecto, en zona urbana o en vías de urbanización, pero inadecuada para ser habitada, aunque existan en su ámbito algunas edificaciones, cubiertas o no, y con mayor o menor solidez fabricadas, y por ello la doctrina de esta Sala enseña (sentencia 2 marzo 1948, entre otras), que los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, invocados como infringidos en varias de sus disposiciones por la Sala sentenciadora, se refieren únicamente a arrendamientos de locales y a relaciones entre inquilinos y pro-

pietarios, sin hacer objeto de su especial protección a los arrendamientos de solares, que no pueden ser denominados inquilinos, término que designa a los arrendatarios de una casa o parte de ella, ni tampoco se incluyen en el concepto de arrendatarios de locales, puesto que la relación arrendaticia no se ha establecido de modo principal sobre ningún género de edificaciones, sino sobre una superficie apta para construir sobre ella, y sin que lo que acaso en la misma existe edificado, además de ser accesorio, reúna condiciones de habitabilidad, como acontece en el caso presente, en que lo convenido entre las partes fué el arrendamiento de un solar para depositar sobre su superficie las mercancías propias del tráfico de los arrendatarios, ocupando una parte reducida lo edificado, que se destina, según revela el resultado de la prueba, a oficinas, resguardo de las dichas mercancías y de la báscula para comprobación de pesos, y afirmadas expresamente todas estas condiciones por la Sala sentenciadora, sin la adecuada impugnación por el recurrente, es incuestionable que, por no ser aplicables, no han sido infringidos los preceptos de la legislación especial que se citan, y procede la desestimación del primer motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 FEBRERO 1950

Arrendamientos urbanos—recurso por quebrantamiento de forma: requisitos.

La no indicación clara de los hechos de la demanda no permite la interposición del mismo por no producir la indefensión del artículo 192 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

SENTENCIA 3 FEBRERO 1950

Arrendamientos urbanos—Quebrantamiento de forma.

No motiva este recurso la mera circunstancia del error material en la consignación de un apellido, así como tampoco el hecho de la no presentación de la lista de preguntas, a tenor de las cuales debían de ser examinados los testigos en la proposición de la prueba testifical, que no rige en el proceso de cognición.

AUTO 6 FEBRERO 1950

No cabe interponer recurso de casación cuando, a pesar de existir determinadas declaraciones de incompetencia, cabe promover juicio de propiedad sobre la misma cosa.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso de casación por infracción de Ley se interpone contra sentencia que resuelve un interdicto de obra

nueva entablado para amparar un pretendido derecho posesorio de aguas, como evidentemente aparece de las peticiones de las partes y de las resoluciones dictadas en él por los órganos judiciales, a causa de lo cual está sin duda alguna comprendido nominalmente, lo mismo si resolviera su fondo que al resolver las excepciones propuestas, en el número 3.º del artículo 1.694 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues la declaración de incompetencia no impide que se promueva juicio de propiedad sobre la misma cosa y, por ello, no se da contra tal sentencia el recurso de casación interpuesto y procede denegar su admisión con arreglo al número 3.º del artículo 1.729 en relación con el 1.728, número 1.º, todos de la misma Ley procesal.

SENTENCIA 7 FEBRERO 1950

Aprovechamiento de pastos y leñas—inscripción posesoria del monte en el Registro—inclusión en los catálogos de utilidad pública.

La inclusión de un monte en el Catálogo entre los de utilidad pública no puede destruir un título de derecho civil que atribuye su posesión a unos particulares.

Los particulares que se consideran dueños en virtud de inscripción en el Registro de un monte incluido en el Catálogo de utilidad pública pueden acudir ante la jurisdicción ordinaria a ventilar cuestiones relativas a pastos y leñas de ese monte.

ANTECEDENTES.—Los demandantes, en virtud de una información posesoria, conforme a la Ley Hipotecaria de 1909, inscribieron a título de dueños un monte en el Registro de la Propiedad y se les confirió posesión judicial, requiriendo a los vecinos de un pueblo colindante para que se abstuvieran de realizar actos que perturbasen la posesión, siendo condenados los que aprovecharon pastos o leñas en juicio de faltas. Solicitan se declare por sentencia que los demandados no tenían derecho a cortar ni a utilizar las leñas de la finca litigiosa, ni apacentar sus ganados en la misma y aprovechar los pastos de ella. Los demandados oponen que se trata de un monte declarado de utilidad pública y, por tanto, exceptuado de venta desamortizadora, por lo que su propiedad corresponde a los pueblos o vecinos del término municipal, que tenían una posesión inmemorial y la parte demandante carece de acción. Oponen la excepción de la falta de agotamiento de la vía gubernativa y formulan reconvencción para declarar la nulidad de la inscripción por no ajustarse a las formalidades del Decreto de 1.º de febrero de 1901. El Juez declara no haber lugar a la excepción planteada como perentoria de falta de jurisdicción, ni a la reconvencción, reconoce el derecho de los demandantes y que los demandados habían acreditado suficientemente su derecho a apacentar los ganados y a aprovechar las leñas, quedando así mermado el dominio de los primeros. La Audiencia revoca la sentencia, estimando que el monte es de utilidad pública y pertenece al pueblo en que está enclavado. Los demandantes recurren en casación.

MOTIVOS.—1) Violación por falta de aplicación del artículo 41 de la Ley Hipotecaria de 1909, redactado en la forma prescrita por el Real Decreto-Ley de 13 de junio de 1927, y del artículo 46 del Código civil, con indebida aplicación de los artículos 1.º y 10 del R. D. de 1.º de febrero de 1901.

- 2) Incongruencia entre la sentencia recurrida y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.
- 3) Interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.º del Real Decreto de 1.º de febrero de 1901.
- 4) Error de hecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que para resolver este recurso de casación hay que dejar bien sentado que en el pleito que se ha interpuesto no se discute la posesión del monte en litigio, pues en la súplica de la demanda y la réplica se pide que se declare únicamente que los demandados no tienen derecho a cortar ni utilizar las leñas de esa finca ni a aprovechar sus pastos y en la contestación y en la réplica se solicita que absolviendo a los demandados se les reconozca el derecho a esos aprovechamientos y por reconvencción que se declare la nulidad de la inscripción de la información posesoria del repetido monte, y que se estimen ciertas excepciones de carácter netamente procesal que no atañen al derecho de posesión en que fundan los actores su acción, y, por tanto, no atacan los demandados tal derecho, acreditado por una información posesoria, sino sólo su inscripción, propugnando nada más que su limitación por el derecho de pastos y leñas que defienden, y esto último es el único problema del presente recurso, pues la denegación por la Audiencia de la nulidad objeto de la reconvencción ha sido consentida por los reconvinientes, por lo que hay que tener como base para esta sentencia la validez y eficacia de tal inscripción en el Registro de la Propiedad.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida infringe, como alega el motivo primero del recurso, el artículo 41 de la Ley Hipotecaria con la redacción que tenía al entablarse este pleito, y el 446 del Código civil, pues no reconoce a los actores el derecho de posesión que tienen inscrito en el Registro con todas sus derivaciones de libre disfrute de la finca inscrita sin limitación por usos de derechos que aleguen terceras personas, y con la *garantía y publicidad que otorgaba el artículo 41 citado, mientras no declararan los Tribunales que había otro poseedor de mejor condición, derechos que están perfectamente definidos en ese artículo 446 del Código civil.*

CONSIDERANDO: Que no pueden admitirse en contra de esto las afirmaciones que sin razonarlas y sin apoyo legal hace la sentencia recurrida en su considerando primero de que por la inclusión de un monte en el Catálogo entre los de utilidad pública ha de estimarse como único poseedor a la entidad a quien aparece atribuida su pertenencia, cualquiera que sean los títulos de derecho civil que contradigan esa posesión, porque entra así a dar preferencia a la posesión consignada en un acto administrativo para el que estableció la protección adecuada el artículo 10 de uno de los Reales Decretos de 1.º de febrero de 1901, sobre la posesión civil inscrita en el Registro de la Propiedad, cuestión que no es objeto del presente pleito, ni podía serlo, porque sólo pueden discutirla las personas o entidades que tengan hechas tales inscripciones a su favor, o quienes los representen legalmente, condición de que carecen los demandados.

CONSIDERANDO: Que tampoco es acertada la afirmación del considerando segundo de la misma sentencia recurrida de que carecen de acción los

particulares que se consideren dueños por título de derecho civil como es la información posesoria y su inscripción en el Registro de la Propiedad para acudir ante la jurisdicción ordinaria a ventilar cuestiones relativas al aprovechamiento de pastos y leñas de fincas incluidas en los citados Catálogos, pues esa petición ante los Tribunales constituye el ejercicio de un derecho civil que solamente ante ellos puede ejercitarse, como reconocen todos los Decretos resolutorios de competencias de jurisdicción, y constituyen derechos plenamente protegidos por los artículos citados en el considerando anterior, y su regulación por las autoridades administrativas que sostiene la Audiencia únicamente es posible cuando se trata de derechos de la misma índole administrativa fundados en un acto administrativo, sin oposición de otro título.

CONSIDERANDO: Que estimada la procedencia de un motivo del recurso para casar la sentencia no hay que tratar de los demás que tienden al mismo fin y no están en contradicción con él, como son los tres restantes de este recurso.

FALLO.—Se estima el recurso, casando la sentencia de la Audiencia y revocando en parte la del Juez de primera instancia en cuanto concede un derecho a los demandados que no se estima suficientemente probado.

SENTENCIA 7 FEBRERO 1950

Arrendamiento urbano—falta de contrato—presunción contraria.

En ningún momento aparece acreditada la concurrencia de voluntades concordantes por la que los contratos se establecen ni es de presumir la existencia de tal nexo contractual, por parte del actor, porque como dice la Sala de instancia, no es concebible que habiéndose adquirido la finca para construir viviendas protegidas fuese a concertar arrendamientos que harían imposible esa finalidad que había motivado legalmente la expropiación forzosa, y por parte de las demandadas porque su conducta no acusa voluntad dispuesta a aceptar tal vínculo arrendaticio, toda vez que no han pagado ninguno de los recibos, ni dieron contestación alguna a la oferta del actor no obstante consignarse en ella que si a los siete días no hubiera recibido el demandante escrito declarando renunciar a la indemnización se entendía que optaban por recibirla, o sea, que rehusaban aceptar la oferta de permanencia en el piso.

SENTENCIA 9 FEBRERO 1950

Obligaciones—consignación—requisitos: integridad.

El artículo 1.177 del C. c. estatuye la ineficacia de la consignación si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, y, por lo tanto, conforme al artículo 1.157 del mismo Código, cuando se le hubiese

completamente entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía, requisito éste ineludible para que se produzca la liberación del deudor.

Compraventa—resolución por incumplimiento de la de inmuebles: requisitos y aplicación del artículo 1.504 del C. c.

El artículo 1.504 del C. c. sólo exige la concurrencia de dos requisitos (la expiración del término y la realización del requerimiento judicial o notarial), siendo de aplicación a la compraventa con pacto comisorio o sin él.

Casación—requisitos: impugnación de la totalidad de los fundamentos del fallo.

No da lugar a casación la inexactitud doctrinal que se advierta en alguno de los fundamentos del fallo, si éste no está mantenido por el mismo exclusivamente.

Casación—impugnación de la apreciación judicial de los hechos.

Si el artículo 1.563 del C. c. faculta para promover la resolución de la venta cuando sea de temer la pérdida del inmueble vendido y de su precio, tal motivo resolutorio se ha de fundar en hechos y circunstancias sometidos a la apreciación del juzgador, contra la que no puede prevalecer la particular del recurrente.

ANTECEDENTES.—La demandante vendió unas fincas al demandado en 1925; la mitad de su precio fué satisfecha al contado, y la otra mitad había de serlo al año siguiente. Como el demandado no pagó íntegramente su deuda en el plazo fijado, la demandante le concedió la prórroga del vencimiento mediante un interés del 5 por 100 de la cantidad debida. En fechas sucesivas, hasta 1941, se fueron pagando diversas cantidades para amortización del capital y de sus intereses.

En 1943 la acreedora interpuso demanda de resolución de la compraventa por incumplimiento del contrato. El deudor ofreció el pago de las 40.000 pesetas que debía por principal, y las consignó, ante la negativa a aceptarlas de la vendedora, que estimaba se habían dado los requisitos exigidos por el artículo 1.504 C. c. para la resolución y, además, porque se le adeudaban intereses y cantidades pagadas al fisco en concepto de contribución.

El demandado alegó que la cantidad reclamada la debía en calidad de préstamo, desde el momento en que se le permitió retrasar el pago mediante el abono de intereses, y por vía de reconvencción pidió se condenara a la demandante al otorgamiento de escritura pública relativa a la venta de las fincas.

El Juez de primera instancia estimó la demanda; pero la Audiencia Territorial revocó su sentencia, desestimando la demanda y dando lugar a la reconvencción en lo relativo al otorgamiento de escritura pública. Recurso de casación.

MOTIVOS.—V. considerandos.

CONSIDERANDO: Que en el primero de los motivos del recurso, puesto al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento

civil, supone el recurrente que la sentencia recurrida ha violado e interpretado erróneamente el artículo 1.504 y la doctrina que cita con referencia al mismo, al proclamar en uno de sus considerandos la inaplicación de aquel precepto al caso controvertido por no existir en éste señalamiento de un plazo para el pago del precio, ni pacto de rescisión, cuando sólo hace falta que hubiera expirado el término y que se hubiese llevado a efecto el requerimiento judicial o notarial; y cierto es que *la aplicación del mencionado artículo sólo exige la concurrencia de estos dos requisitos, y que la misma tiene lugar en la compraventa con pacto comisorio expreso o sin él*, incidiendo la Sala sentenciadora al no pretenderlo así en error interpretativo del precepto, pero de ello no cabe deducir un argumento útil para la casación porque *no da lugar a ésta la inexactitud doctrinal que se advierte en alguno de los fundamentos del fallo si éste no está mantenido por el mismo exclusivamente*, y el que combate el recurso lo está por el hecho, que la Sala sentenciadora estima probado, y cuya concurrencia señala el propio recurrente como uno de los dos indispensables requisitos para la resolución discutida en el pleito, de no haber expirado el término de la obligación de pago que incumplida facultaría al acreedor para resolver el contrato.

CONSIDERANDO: Que si lo que queda expresado hace desestimables los anteriores motivos no sucede lo mismo respecto al cuarto, fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley riuaria, por cuanto *al condenarse en el fallo recurrido a la demandante doña R. G. M., en conformidad con la primera de las peticiones deducidas en el escrito de reconvencción, a otorgar a favor del demandado reconviniente don D. S. R. escritura pública de venta de las fincas por éste compradas en el documento privado de 15 de octubre de 1925, por haberse efectuado el pago total del precio, mediante la consignación del resto adeudado y extinguida la obligación del comprador, incurrió la Sala de instancia en la infracción que el motivo denuncia, de los artículos 1.177 y 1.157 del Código civil, que, respectivamente, estatuyen la ineficacia de la consignación si no se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, y que no se entiende pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía, requisito, éste, ineludible para que se produzca la liberación del deudor, y esta falta de concurrencia se evidencia por la misma resolución recurrida, que después de fijar la premisa de que según la cláusula cuarta del contrato privado el comprador podría reclamar el otorgamiento de la correspondiente escritura una vez completado el pago del precio de venta, estima que proceden de una liquidación que se ha de practicar en el período de ejecución de sentencia los intereses que el demandado adeude y se halla obligado a pagar, sin que, por consiguiente, estén comprendidos en la cantidad consignada, ni ésta constituya el pago completo que a la escritura pedida ha de preceder.*

FALLO.—Ha lugar, en parte. Se casa la sentencia de la Audiencia en cuanto prescribía otorgamiento de escritura pública.

SENTENCIA 15 FEBRERO 1950

Arrendamientos urbanos—quebrantamiento de forma: defectos del requerimiento.

Las deficiencias del requerimiento afectan al derecho sustantivo del propietario, pero no al juicio en que se tramitó.

AUTO 20 FEBRERO 1950

No cabe invocar la excepción de cosa juzgada cuando se trata de resolución recaída en autos incidentales.

CONSIDERANDO: Que el recurso s ampara en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que prescribe que habrá lugar al recurso de casación por infracción de ley cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada, precepto que es aplicable cuando el Tribunal *a quo* al resolver el fondo del asunto lo ha hecho en contra de la cosa juzgada, pues entonces no cabe duda de que tal sentencia, que pone término al pleito y tiene, por tanto, carácter definitivo, es susceptible de casación, pero tratándose una resolución como la recurrida en este caso, recaída en autos incidentales y por la cual se ha desestimado la excepción perentoria, no puede decirse que sea contraria a la cosa juzgada, toda vez que lo que en ella se resuelve no ha sido objeto de ningún juicio anterior, por lo que es improcedente invocar el número 5.º del artículo 1.692 de la mencionada Ley, que no puede tener aplicación antes de dictarse la sentencia definitiva resolutoria del fondo del litigio tal como se planteó en la demanda.

CONSIDERANDO: Que en el recurso, para fundar la apreciación que atribuye a la sentencia recurrida carácter de definitiva, se alega que, si bien es cierto que no termina el juicio de mayor cuantía, termina total y absolutamente el incidente de excepción cosa juzgada, pero es obvio que la calificación como definitiva de la resolución de un incidente no puede basarse en que pone término al incidente mismo en que se pronuncia, pues esto sucede en todos los incidentes y no es concebible otra cosa, sino que la apreciación de tal carácter definitivo ha de resultar de la contemplación de la resolución incidental en relación con el curso del pleito principal examinando si le pon término haciendo imposible su continuación, cosa que no sucede en este caso en que la propia Sala sentenciadora ordena la continuación del juicio de mayor cuantía, conforme al criterio de esta Sala, que tiene declarado en sentencia de 19 de enero de 1914 que desestimada la excepción de cosa juzgada es ineludible entrar en el fondo del asunto y fallar sobre el mismo, lo cual no ocurrirá en el contrario caso en que se haya estimado dicha excepción perentoria, pues entonces la sentencia terminará el pleito y podrá interponerse contra ella recurso de casación.

CONSIDERANDO: Que el recurrente alega que de no admitirse la casación en casos como el presente no podría venir a examen de este Tribunal

Supremo la cuestión planteada en la excepción, siendo uno de los motivos específicos y muy señalados de casación el de la cosa juzgada, pero ello es consecuencia ineludible de la vía procesal legida por el recurrente al pedir que se tramitara la excepción por los trámites de los incidentes en vez de ser resuelta al mismo tiempo y en la misma forma que la cuestión principal del pleito con arreglo al artículo 544 de la mencionada Ley procesal.

CONSIDERANDO: Que en méritos de lo expuesto es obligado declarar que la sentencia contra la que se ha interpuesto este recurso no es definitiva a los efectos del artículo 1.690 de la Ley procesal y que, por tanto, el recurso incurre en la causa de inadmisión señalada en el número 3.º del artículo 1.729 de la misma.

SENTENCIA 10 MARZO 1950

Casación—recursos contra resoluciones dictadas por las Audiencias en período de ejecución de sentencia—puntos no dilucidados en la sentencia principal.

A los efectos del artículo 1.695 de la L. E. C., hay que entender como puntos decididos en la sentencia principal no sólo los expresamente mencionados en el fallo de origen, sino también todos aquellos que sean consecuencia ineludible de la situación que éste resuelve. En este sentido es consecuencia ineludible de la disolución de una unión civil la liquidación de la sociedad de gananciales, pero no el que se atribuya una indemnización al cónyuge perjudicado.

Casación—resoluciones dictadas por las Audiencias en ejecución de sentencia: cuáles son recurribles.

Es totalmente indiferente, a los efectos de la posibilidad de recurrir establecida por el artículo 1.695 de la LEC, que la Audiencia haya hecho su pronunciamiento por medio de sentencia o de auto.

Casación—resoluciones de las Audiencias sobre ejecución de sentencias dictadas para disolver uniones civiles: recursos contra ellas.

El párrafo 1.º del artículo 3.º de la Ley de 26 de octubre de 1939, que dispone que contra las resoluciones definitivas dictadas en incidentes de ejecución de sentencia objeto de esa Ley, no se dará otro recurso que el de súplica ante la misma Sala, se refiere única y exclusivamente a las reguladas por ese artículo, que son las dictadas por el Tribunal especial que la misma Ley creó, por lo cual no tiene vigor después de la cesación de ese Tribunal decretada por la disposición transitoria primera de la Ley de 17 de septiembre de 1945; y el precepto análogo que contiene el apartado E) del artículo 2 de esa Ley de 26 de octubre sólo alcanza a las sentencias declaratorias de la nulidad de las de divorcio vincular.

ANTECEDENTES.—A instancia del marido, la Audiencia Territorial de Madrid, disolvió, al amparo de la Ley de 23 de septiembre de 1939, la unión civil que aquél había contraído con una divorciada de matrimonio canónico anterior. La sentencia no aludía para nada a las consecuencias económicas de la disolución.

La mujer solicitó ejecución de la sentencia de disolución, pidiendo la liquidación de la sociedad de gananciales y, además, una indemnización de cinco millones de pesetas. La Audiencia acordó lo primero, y sustituyó la indemnización pedida por la concesión de una pensión vitalicia de 10.000 pesetas al mes. Este pronunciamiento lo fundamentaba en la existencia de un "abuso del derecho" del marido al pedir la disolución de su unión civil. El marido recurre en casación por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Para el caso de que el procedimiento seguido ante la Audiencia sea considerado como ejecución de sentencia: infracción del artículo 1.695 de la LEC, por resolver la Audiencia sobre cuestiones sustanciales no decididas en el fallo a ejecutar.

CONSIDERANDO: Que debe examinarse en esta sentencia como cuestión previa, para poder tratar luego las demás planteadas en el recurso de casación, la de si cabe el mismo contra la resolución impugnada, y ésta tiene que ser decidida en sentido afirmativo, en primer lugar en cuanto a la legislación aplicable porque el párrafo 1.º del artículo 3.º de la Ley de 26 de octubre 1939, que dispone en su final que contra las resoluciones definitivas que se dicten en incidencias de ejecución de sentencia objeto de esa Ley no se dará otro recurso que el de súplica ante la misma Sala, se refiere única y exclusivamente a las reguladas por ese artículo, que son las dictadas por el Tribunal especial que la misma Ley creó, por lo cual no tiene vigor después de la cesación de ese Tribunal decretada por la disposición transitoria primera de la Ley de 17 de septiembre de 1945, y el precepto análogo que contiene el apartado E) del artículo 2.º de esa Ley de 26 de octubre, sólo alcanza a las sentencias declaratorias de la nulidad de las de divorcio vincular, y en segundo término en cuanto a la forma de esa resolución, porque es totalmente igual, a los efectos de la posibilidad de recurrir establecida por el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que la Audiencia haya hecho su pronunciamiento por medio de sentencia o de auto, siendo lo esencial que lo haya efectuado, como ha ocurrido en el presente caso en virtud de los artículos 55 y 919 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que de los motivos en que se funda el recurso, el primero se formula para el caso en que se estime que todo el procedimiento que ha dado lugar a él se ha seguido en ejecución de la sentencia de disolución de unión civil, y los tres restantes, para el caso de que, por el contrario, se conceptúe que este litigio tiene una sustantividad propia, aunque sea su origen aquella sentencia y se persiga con él algo más que su ejecución, por lo cual hay que determinar, ante todo, el verdadero carácter procesal de este procedimiento.

CONSIDERANDO: Que sin atender por el momento a las varias pretensiones que ha reunido la actora en la demanda, lo mismo por la forma procesal de ésta que por el Tribunal ante el cual se presentó, y las normas de tramitación invocadas, todo ello aceptado por la parte contraria

y seguido por el Tribunal *a quo*, es incuestionable que a todas las pretensiones aquí deducidas se les dió unánimemente el carácter procesal de una ejecución de la sentencia de disolución de la unión civil, y de todos los extremos del fallo de la resolución recurrida el único que se ha hecho objeto de este recurso es el de la condena al pago a la actora por el demandado recurrente de una indemnización de perjuicios.

CONSIDERANDO: Que por disposición clara y terminante del artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento civil, contra los autos, y ya se ha consignado en el Considerando primero que lo mismo contra las sentencias que dicten las Audiencias en los procedimientos para la ejecución de la sentencia sólo había lugar a recurso de casación en dos casos: el primero de ellos cuando resuelvan *puntos* sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia principal, y hay que entender como tales, no sólo los expresamente mencionados en ese fallo de origen, sino todos los que sean consecuencia natural ineludible de la esencia jurídica de la situación que resuelvan o por los efectos personales que ha de surtir por circunstancias que se hayan unido expresamente y discutido con la amplitud debida en aquel pleito en cuya ejecución se está, como pueden ser en el proceso actual la liquidación de la sociedad de gananciales, lo mismo que esté la petición bien o mal formulada y que se acceda o no a ella, porque ésta es un resultado forzoso de toda disolución de las uniones de aspecto matrimonial, y tal carácter de ejecución precisamente es lo que ha caracterizado este procedimiento; pero en manera alguna puede reputarse lo mismo la indemnización de daños y perjuicios por la disolución de la unión, porque esto ya no es una consecuencia legal de esa clase de disoluciones, por lo cual al acordar la Audiencia una indemnización resuelve indebidamente un punto sustancial no controvertido en el pleito de origen ni decidido en su sentencia, por muy ampliamente que se conciba la ejecución de ella, y esto aun hecha abstracción de que ha convertido la indemnización en una pensión vitalicia no solicitada, y debe ser casada en ese extremo la resolución recurrida.

CONSIDERANDO: Que por ser el procedimiento en que se ha interpuesto este recurso de casación, como queda sentado, de ejecución de sentencia, y consignarse expresamente en el escrito del recurso que se formulan sus otros tres motivos sólo para el caso de que no se le estimara de ese carácter, y además por no estar ninguno de ellos fundados en el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento civil, únicos supuestos en que son recurribles las resoluciones dictadas en ese trámite de ejecución, no procede el examen de los mismos para dictar la presente sentencia.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 10 MARZO 1950

Contrato de obra por administración—reclamación de cantidad—rendición de cuentas: valor del pacto de rendición semanal.

No cabe existir rendición final de cuentas cuando se trata de obra ejecutada por administración, en la que se pactó la rendición semanal de cuentas.

CONSIDERANDO: Que el único motivo del recurso impugna el pronunciamiento de la sentencia recurrida desestimatoria de la reconvencción que formuló el demandado sobre rendición por el demandante de la cuenta final de la obra que construyó por administración, y estima el demandado recurrente que el hecho de que el actor le haya rendido cuentas semanales de la administración de la obra no lo libera de la obligación de presentar y justificar la cuenta final, invocando al efecto lo dispuesto en los artículos 1.010 y 1.012 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que imponen al administrador en los juicios de abintestato el deber de rendir cuentas justificadas en los plazos que el juez señale y además una cuenta final complementaria al cesar en el desempeño de su cargo; pero no se puede olvidar, de una parte, que estas normas, en cuanto afectan al deber de rendir cuentas parciales y cuenta general, sólo supletoriamente se podrán aplicar a obras realizadas por administración en virtud de convenio entre los interesados, en las cuales rige primordialmente lo pactado a este respecto, y, de otra parte, es hecho probado en la instancia, sin impugnación en el recurso, que los hoy litigantes acordaron, entre otros particulares, que el administrador-demandante justificaría los gastos de la obra mediante liquidaciones semanales, que ya fueron presentadas por él y pagadas sin reparo ni protesta alguna por el demandado, dueño de la obra, quien la inspeccionaba constantemente; por lo que no es dudosa la conclusión a que llega la sentencia recurrida en el sentido de que las cuentas exigibles están ya rendidas en la forma convenida y tácitamente aprobadas por el demandado y, en consecuencia, no se aprecia la infracción de los artículos 1.255, 1.278, 1.283, 1.285 y 1.286 del Código civil, que denuncia el único motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos rústicos)

A cargo de Juan Hernández Canut, con la colaboración de José Lois Estévez, Jerónimo López y Manuel González.

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1949

Arrendamientos rústicos—retracto al amparo de la Ley de 1935—valor de la inscripción en el Registro de la Propiedad a efectos del cómputo del plazo inicial.

Indemnización de perjuicios—condiciones para que proceda la indemnización.

Retracto—diferencia entre “valor” y “precio” a efectos de su ejercicio—necesidad de atenerse al precio para su interposición.

CONSIDERANDO: Que toda inscripción en el Registro de la Propiedad es notificación y garantía de la verdad jurídica contenida en los asientos respectivos. Esta idea comparada con las tres fechas del cómputo del plazo para retraer, señalados en el art. 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, enseñan que el *concepto conservará no puede entenderse en el modo expuesto en el primer motivo de revisión de este pleito, sino ha de desvanecerse el valor jurídico del asiento registral; dicha expresión guarda relación al tiempo indefinido durante el que la inscripción puede solicitarse cuando ésta—libre en su fecha—haya de actuar como momento inicial del plazo extensivo del derecho a retraer. Para este supuesto, la inscripción notifica, y notifica *erga omnes* y plenamente los componentes biológicos del derecho real retraíble. De ahí que aunando el legislador de 1935 (no afecta al caso de antes la reforma actualmente vigente) el interés social privado del retrayente con el social público de que el estado jurídico de la propiedad no permanezca largo plazo incierto, todo en relación con el valor virtual de la inscripción de Derechos reales, notificó y señaló plazo mediante la intervención de la función y fe pública del Registro, dando vida hasta la cancelación a un estado de derecho obligatorio para los causantes directos y para terceros.*

CONSIDERANDO: Que tampoco el párrafo cuarto del art. 16 de la citada Ley empleó el vocablo “causa” en el sentido limitativo que el recurrente le atribuye, sino en otro tan amplio como convenía a una sola resultancia, cual es, la de que se haya omitido la notificación, reemplazándola en tal caso por la Registral si no ocurre el supuesto del último inciso del citado párrafo cuarto. Por otra parte ha de observarse que la Audiencia sentenciadora no declara que el fraude o la mala fe haya sido la causa de la omisión en notificar; admite esa posibilidad y la responsabilidad civil, mas reserva la declaración de la realidad de aquellos vicios para vía procesal distinta de aquella en que se pronunció el fallo recurrido.

CONSIDERANDO: Que la sentencia de instancia declara ocurrida una omi-

sión, la de incumplimiento por parte del demandado de la obligación legal de notificar al demandante la compra de las fincas objeto de la demanda a los fines que expresa el párrafo tercero del art. 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935; mas de esa omisión, sólo ha deducido una consecuencia, según la Sala sentenciadora útil a los fines de este pleito cual es la de que por ella rige la notificación registral a falta también de otro medio de conocimiento. Las demás derivaciones que de aquella omisión pudieran surgir, no las enjuicia por estimar inadecuado el procedimiento en que se demandaron, remitiendo a los litigantes a proceso diferente. Por tanto, el razonamiento del segundo motivo del recurso no demuestra el vicio sustantivo de violación del art. 1.101 del Código civil, sino que pudiera conducir a fundamentar infracción de índole procesal, aspecto bajo el cual no se ha presentado este segundo motivo, y por ello, en el que aparece formulado no puede estimarse.

CONSIDERANDO: Que el apartado (a) de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, manda que la jurisdicción ordinaria por los trámites que para cada caso regulan las tres específicas normas en aquél contenidas, conozca "de cuantas cuestiones surjan en la ejecución e interpretación de la presente Ley" (ley de la que, en virtud de su artículo primero forma parte el 16 de la de 1935). El resarcimiento de daños y perjuicios causados por actos u omisiones materia de tales leyes, evidentemente se traduce en cuestiones que en aquéllas han de encontrar solución, y en el caso de autos, siguiendo el debate el rito procesal dispuesto en la norma tercera de dicha transitoria; esta Sala entre otras, en su Sentencia de 25 de octubre de 1946, así la razonó, y en tal criterio debe perdurar. Con infracción, pues, de aquellas normas y doctrina, la Sala de instancia se abstuvo de resolver sobre reclamación de perjuicios por infracción de preceptos legales en materia de arrendamientos rústicos contenida en la demanda, y por ello, con razón legal presupuesto en los apartados tercero y sexto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil sostiene el cuarto motivo del recurso que el fallo no contiene declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito y que por razón de la materia hay defecto en el ejercicio de la jurisdicción; que viola el art. 359 de la Ley ritual por que no contiene declaración ni decide sobre lo pedido con oportunidad procesal adecuada en orden a la materia que silencia. Estas infracciones en vía de revisión deben subsanarse, y al efecto, ha de examinarse si procede condenar o absolver al demandado en orden a la petición de que se indemnicen perjuicios que se dicen causados por no haberse notificado la compra base de la demanda retratual.

CONSIDERANDO: Que el Tribunal Supremo, en su misión jurisprudencial, en múltiples sentencias, hizo exégesis cabal del art. 1.101 y concordantes del Código civil. De él son las siguientes conclusiones doctrinales y positivas. Primera: El incumplimiento de una obligación legal o contractual, no basta por sí para fundar condena de perjuicios, sino que es indispensable la plena justificación de que se han padecido (Sentencias de 26 de marzo de 1905, 30 de diciembre de 1924, 28 de marzo de 1928 y

4 de enero de 1929). Segunda: Que si existen, se hayan producido como consecuencia *necesaria* del acto infractor de la obligación (Sentencias de 19 de diciembre de 1930, 29 de febrero de 1932 y 3 de junio de 1932). Tercera: Las ganancias dejadas de percibir, no han de ser dudosas y contingentes, como lo son las que dependen de esperanzas más o menos fundadas (Sentencia de 15 de octubre de 1915). Cuarta: La condena o la indemnización de daños y perjuicios, presupone la prueba de su existencia que no puede ser inducida de esperanzas más o menos fundadas (Sentencia de 4 de enero de 1929). Quinta: No son imputables los perjuicios que en todo caso pudieron evitarse (Sentencia de 21 de marzo de 1906). Sexta: La indemnización no es inherente al mero incumplimiento de una obligación, si no se ha probado la existencia real de perjuicio, porque tal indemnización no es caución penal, a no ser que como tal la haya establecido el título creador de la obligación incumplida (Sentencias de 10 de noviembre de 1905 y 4 de enero de 1929).

CONSIDERANDO: Que cotejando el contenido de las pruebas prácticas en el pleito con la información doctrinal expuesta en la precedente consideración, da el siguiente resultado. Primero: Que no existe justificación de que a consecuencia de haberse omitido notificación de compra, el demandante haya sufrido perjuicio, y éste, preciso, concreto y determinable, directa y necesariamente derivado de tal omisión. Segundo: Que la ganancia o beneficio que alega haber perdido, además de no tener justificantes, hasta en su exposición es puramente hipotético y siempre contingente y fundado en la esperanza de que los sucesos habían de ocurrir como convenían a tal esperanza. Tercero: Teniendo en cuenta que en la fecha de autos el día de la inscripción registral, a falta de notificación o conocimiento, era la inicial del plazo para retraer, al acto es imputable la presentación de la demanda cuando su acción había decaído. Cuarto: No está probado en modo alguno que el demandado estorbara el libre acceso al examen de los asientos del Registro de la Propiedad, y bastaba *entonces* aquel examen para evitar los perjuicios que hoy acusa, si en realidad existieran. Quinto: El art. 16 de la Ley de 1935 no sanciona la repetida omisión dándola nota de suficiente para obligar al deber de indemnizar, sólo manda que el comprador remiso vea pendiente la permanencia de su compra de que el arrendatario la conozca por alguno de los modos que dicho precepto dispone.

CONSIDERANDO: Que para el caso de accederse a la demanda retratual no parece formulada oportunamente otra pretensión que la que se distribuya proporcionalmente el *precio escriturario* señalado en metálico entre las fincas vendidas por uno global; mas la sentencia, prescindiendo de tal condicionalidad lo fijó en relación al *valor* que estimó que realmente debían tener, modificó, por tanto, el tema del pleito, dando al demandado lo que no ha pedido, en adecuada forma procesal, y olvidando también que el retracto legal *subroga* en las mismas condiciones estipuladas en el contrato (art. 1.521 del Código civil) y que obliga a reembolsar el precio de la venta (art. 1.518 del mismo cuerpo legal y párrafo primero del 16 de la Ley de 1935); y sólo cuando la enajenación no se hu-

biere verificado por precio en metálico el valor de la finca o de la participación, es la que decide (art. 16, citado). Existen, pues, los vicios de incongruencia, y como derivados de ella, exceso en otorgar, acusados en el cuarto motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que es inestimable el quinto de los motivos de revisión en cuanto se funda en atribuir a la sentencia recurrida violación de los artículos 1.305 y 1.306 del Código civil; no puede aceptarse tal supuesto, porque dicha sentencia no declara probado que el señalamiento de precio de la escritura de 10 de julio de 1944 se inspirara en causa delictiva o culposa, sino que habiendo entendido que la proporcionalidad distributiva del precio global que a otras fincas señalaba dicho instrumento notarial no debía tener el tipo en el precio escriturado, sino en el valor real de aquellas razón para encontrarlo, tomando como base, primero: un hecho, cual es la opinión pericial que atribuyó *valor* de 15.000 pesetas, a parte de una de dichas heredades; segundo, otro hipotético tomado de la frecuencia en contratos de aquella índole, dotación de riqueza tributaria, sospechando—sin traspasar los linderos de la duda—que el caso de autos pudiera ser uno de ellos, mas a tal *sospecha* cabe oponer otra, o sea la de que ante la posibilidad del ejercicio de acciones retractuales, la ficción contraria sería la conveniente; en otro aspecto, si se admite la ficción contractual minorativa, resulta lógica y moralmente inexplicable porque el autor pretende aprovecharse de ella, coadyuvando, si fuera cierto, en la finalidad simulatoria a fines fiscales.

CONSIDERANDO: Que el sexto motivo acusa error en la estimación de prueba, mas tal error realmente no existe, porque la Sala de instancia no niega que la escritura de 10 de julio de 1944, señala precio global de 5.700 pesetas; tampoco pone reparos—como hechos—a la exactitud en la proporcionalidad distributiva que pericialmente fué señalada, mas, si llega a la conclusión de que el retrayente pague 8.000 pesetas, lo hace en cuanto estimó acertar anteponer el concepto *valor* de las fincas para sustituirlo al de *precio* escriturado de venta de las mismas, y ya desde este punto de vista (materia de otro de los alegados motivos de revisión) el error no puede atribuirse a equivocado criterio estimativo del dictamen pericial, distribuidor proporcional del precio según escritura de 10 de julio de 1944.

CONSIDERANDO: Que de la subrogación retractual son preceptos rectores los enunciados en el séptimo de los Considerandos de esta sentencia. Según ellos, cuando el precio de la cosa se señaló en metálico el retrayente, ínterin el título causa de la pretensión del retracto subsista con arreglo a derecho, no se le puede obligar al pago de mayor cantidad para la eficacia de su aspiración, que aquella que el comprador obligado a ceder haya declarado ante la fe pública que realmente ha sido precio de la venta en la que ha de subrogarse. Si la Sala de instancia, prescindiendo del precio estipulado en la escritura pública de 10 de julio de 1944 señala cantidad superior que el retrayente haya de desembolsar, pero sin declarar de modo expreso, y debida y suficientemente requerida para hacerlo, la ineficacia de las manifestaciones de hecho y consecuencias juri-

dicas de ellas derivadas que aquel instrumento contiene, infringe, en orden a la prueba, el art. 1.218 del Código civil, y como consecuencia, sustituyendo officiosamente *valor a precio* vulnera los preceptos sustantivos que en orden a reintegros debidos regulan los retractos legales (Considerando séptimo). En este sentido debe estimarse acertado el rechazo que preside el séptimo de los motivos de revisión.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida no declara que el precio de venta escrituraria como tal precio no es *verdadero*, sino que—a su juicio—no responde al valor intrínseco de la cosa y en nombre de tal valía, pero no en el de mendacidad de aquél, según contrato, se creyó autorizada a imponer al retrayente deber reparador. Por tanto, en los términos que el octavo motivo de revisión expone, escritura y Registro no han sido alteradas por la sentencia; la ha sufrido la cantidad que al retrayente se la obliga a reembolsar en virtud de apreciaciones jurídicas que esta Sala estima equivocada, según queda razonado. Consiguientemente, dicho octavo motivo, en el sentido de que se ha propuesto, es inestimable.

CONSIDERANDO: Que no procede hacer especial condena de costas de este recurso.

FALLAMOS.—Revisando la sentencia recurrida en los siguientes términos y conceptos: Primero, declarando que el procedimiento rituario dispuesto en la norma tercera de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940 se halla sometida la reclamación de indemnización de perjuicios contenida en la demanda y en él, con plena competencia jurisdiccional y de trámite, debe ser objeto del adecuado pronunciamiento resolutorio. Segundo, dejamos sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de instancia en cuanto reserva al demandante acción para solicitar en otro procedimiento distinto del actual la demandada indemnización de perjuicios formulada por el actor contra don S. M. y doña J. F. P., y resolviendo en este proceso tal pedimento, lo desestimamos, absolviendo de tal particular de la demanda a los demandados señores M. y P. Tercero, en lugar de las 8.000 pesetas estimadas en la Sentencia de la Sala de Oviedo, se fija en 3.000 pesetas el precio de transmisión de la finca Xenra de Abajo, que fué objeto de la escritura de compraventa autorizada el 10 de julio de 1944 por el Notario de Avilés don Tomás Albi Agero y que a efectos de consumación del sentenciado retracto debe reembolsar al demandante el demandado, con las demás expensas y gastos que la sentencia recurrida declaró y mandó reembolsar. Cuarto, no ha lugar a revisión en los términos solicitados por el recurrente, los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida y mandamos que los litigantes se atengan a ellos, desestimando en cuanto a los mismos los motivos de revisión que los tienen por materia.

SENTENCIA 14 NOVIEMBRE 1949

Arrendamientos rústicos—contrato otorgado por la usufructuaria—valor del mismo al fallecimiento de aquélla.

CONSIDERANDO: Que ha existido el contrato de arrendamiento de las fincas a que la demanda se refiere y que son objeto de este pleito, lo afirma la sentencia recurrida, sin que, por los medios prescritos en la causa cuarta de la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, se demuestre error en el juicio de prueba del que es conclusión aquel aserto. La tenencia de dichas heredades en concepto de arrendatario, la confesó como cierta el demandado. Las alegaciones en que se funda el recurso de revisión, patentizan que el recurrente se considera de hecho y de derecho arrendatario de las aludidas heredades, ya que sin tal carácter las razones en aquellos expuestas carecen de base. Es, por tanto, inestimable el aspecto del recurso.

CONSIDERANDO: Que el principio de derecho natural, promulgado axiomáticamente por la razón, según el cual nadie puede disponer de derechos que no le pertenecen ni adquirirlos de quien no está facultado para transferirlos, hállase recogido en el derecho positivo, prestando fundamento al artículo 480 del Código civil, y en la legislación especial de arrendamientos rústicos, al último inciso del penúltimo párrafo del art. 3.º y párrafo segundo del art. 9.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, con doctrina singularmente atinente al caso de extinción del derecho de usufructo a nombre del cual su titular hubiese contratado arrendamientos; y de modo general para los supuestos de resolución de contratos por extinción del derecho del arrendador, en los arts. 25 y causa segunda del 28, todos ellos vigentes en lo referente a sus respectivos supuestos, en primer término, por la influencia que reflejan del indiscutible principio de justicia antecitado, pero también porque su vigencia la declaran normas de derecho positivo, cuales son el art. 1.º de la Ley de 1940, y 13 de la de 1942, atendido que ninguno de los citados preceptos se opone a aquellos que forman la materia de estas dos últimas leyes.

CONSIDERANDO: Que si el arrendamiento pactado por la usufructuaria se extingue por la muerte de ésta, no es posible que, para hacer que subsista mediante prórrogas obligatorias según Ley, se apliquen preceptos que tienen fundamento en supuestos de hechos contrarios a aquellos que rigen la subsistencia y extinción del derecho de usufructo. Como esta subversión es la clave de la argumentación contenida en los motivos del recurso, son inadmisibles.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 NOVIEMBRE 1949

Arrendamientos rústicos—carácter del recurso de revisión—inoperancia del mismo—casos.

Queda inerte el recurso de revisión, cuando, siendo el resultado justo, se ha obtenido por razonado diferente sin salirse del marco adoptado por las partes.

Aparcería—conversión en arrendamiento—condiciones.

No procede la conversión de la aparcería en arrendamiento cuando a pesar de haber ejercitado la opción en tiempo y forma por el aparcerero, aquella ha persistido más de doce años.

CONSIDERANDO: Que el recurso de revisión con el de casación, van contra las resoluciones o fallos recaídos, donde ha de estar cometida la arbitrariedad de que se reclame, que en sus premisas pueden contener errores sin trascender a la consecuencia; por esto, si el resultado es justo, obtenido por razones diferentes, sin salirse del marco adoptado por las partes, el mencionado recurso queda inerte.

CONSIDERANDO: Que si es difícil participar en la tesis sentenciadora de que terminado el plazo contractual de la aparcería proceda al desahucio del aparcerero cultivador que no deja la finca, aunque éste utilizare en tiempo el derecho de opción y fuere pertinente, pues dicho criterio contraría la continuidad inspiradora del artículo séptimo de la Ley de 28 de junio de 1940; no menos raro parece opinar que aducir en tiempo y modo adecuados, citado derecho a seguir el arrendatario basta para enervar ese desahucio, porque siendo esto lo fundamental, ha de ser del caso, por lo menos un leve análisis de virtual eficiencia, que lleve a percibir su existencia potencial, sin la cual no habría de surtir efecto. Por lo expuesto, si parece equivocado decretar el desahucio del aparcerero cultivador con reserva de que se declare en distinto proceso el derecho a seguir como arrendatario y haya de reintegrársele en la posesión de la parte de tierra proporcional, situaciones que rompen la deseada continuidad móvil de la creación de aludida facultad de obrar, también sucedería lo propio si dejara de haber lugar al lanzamiento o denegare éste, tan sólo porque se advierte que la opción se hizo en tiempo y en modo, sin discriminar si la aparcería en cuestión la autorizaba, porque no todas la facultan.

CONSIDERANDO: Que surgido el repetido derecho de opción para compensar al aparcerero cultivador de la falta de prórroga que en el arrendamiento ocurre, parece que implica una implícita prórroga, que naturalmente ha de tener un límite análogo al de arrendamiento, pues de no tenerlo sería de mejor condición que el arrendatario, y a tanto no se cree llegue la Ley con la opción. Así lo tiene entendido alguna resolución de esta Sala que proclama que el titular de finca aparcerera cuya aparcería haya persistido más de doce años en esa situación puede recabar libremente el predio, pues en el supuesto ya no existe el motivo inspirador de la continuidad. Tal es el caso de este pleito, donde de las propias manifestaciones de ambas partes resulta que en ese régimen se estaba desde 1926, según una, o 1933, según la otra, o sea, siempre más de doce años; y por lo cual no era dado detentar mentada opción al aparcerero cultivador demandado, procediendo, por tanto, su desahucio que como justo ha de mantenerse sin dar lugar a la revisión de lo fallado en la instancia y pese a llegarse a la misma consecuencia por muy distinta razón.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 DICIEMBRE 1949

Aparcería—tácita reconducción.

El artículo 1.566 del C. c. y la técnica de la tácita reconducción no tienen ante las leyes especiales de arrendamientos rústicos igual función que antes de la promulgación de éstas.

SENTENCIA 21 DICIEMBRE 1949

Aparcería—duración del contrato—tácita reconducción.

No son aplicables a la aparcería los plazos mínimos de duración establecidos para los arrendamientos en la legislación especial.

No cabe en la aparcería la tácita reconducción.

ANTECEDENTES.—La dueña de una finca la dió en aparcería por documento privado fechado en 24 de diciembre de 1944. El contrato era por tiempo indefinido y la resolución del mismo se debía avisar con un año de antelación. El 13 de diciembre de 1946 la dueña requirió al aparcerero para que dejase libre la finca el 31 de diciembre de 1947. Llegada esta fecha, y no abandonando el aparcerero la finca, la dueña entabló demanda de desahucio. El Juzgado de Primera Instancia la desestimó, pero la Audiencia, revocando esta sentencia, dió lugar al desahucio. El demandado interpuso recurso de revisión, fundado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO.—Unico. Infracción por inaplicación del artículo 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935. Para conocer la argumentación del recurrente, véase el considerando de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que por dos modos de razonar distintos se intenta demostrar en el único motivo del recurso la infracción por inaplicación al caso del artículo 49 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935. En el primero, tomando como base la referencia que dicho artículo hace a los párrafos cuarto y quinto del artículo 9.º de la propia Ley, se pretende someter a las aparcerías a los plazos de duración de los arrendamientos, lo cual es lógicamente absurdo, porque *esos plazos de duración se hallan expresamente excluidos por el propio artículo 49, que así lo establece en su primer párrafo al disponer que no será aplicable en los contratos de aparcería lo establecido en los capítulos II, III y VII de la presente Ley, y el artículo 9.º se comprende en el capítulo III citado, de modo que no son en modo alguno aplicables a las aparcerías esos plazos, y por ello la referencia que a los párrafos cuarto y quinto del artículo 9.º se hace sólo se refiere a los contratos circunstanciales que no se reputan como arriendos y, por tanto, no sujetos a las prescripciones de la Ley especial, con lo cual se confirma la inaplicación de los mencionados capítulos en las aparcerías, resulta, pues, inadmisibile esta tesis del recurso. La segunda que se establece se razona diciendo que al concertarse la aparcería con tiempo indefinido en su duración aplicando el párrafo segundo del artículo 49 ha de dársele como mínimo de duración una rotación de cultivo, que la parte*

recurrente, aun sin la debida justificación en los autos, como afirma la Sala sentenciadora, fija en dos años. Hasta aquí puede aceptarse la tesis del recurso, mas no la infracción alegada, porque al darse el aviso para la terminación de la aparcería con un año de antelación, según lo pactado (cláusula décimosexta del contrato), había ya transcurrido en todo caso ese no demostrado ciclo de dos años, y lo que *no puede aceptarse es la afirmación de que al producirse el aviso se había prorrogado la aparcería por tácita aquiescencia del arrendador aparcerero por otros dos años, porque esa clase de prórrogas no operan en esta especie de contrato y para ser eficaces tienen que concertarse por la expresa voluntad de ambas partes*, según dice el texto que se comenta. En este sentido se pronunció ya esta Sala, en su sentencia de 22 de enero de 1946, al declarar que en la aparcería en tiempo mayor de la rotación de cultivo que como mínimo de duración exige el artículo 49 y sin otra posible prórroga que la voluntaria expresa, una vez transcurrida aquella rotación desde su pacto, se carece de derecho para tener por impuesta otra, pues su vigencia indefinida no viene del imperativo legal, si el mínimo se señala para la continuidad, que es dable cortar mediante el aviso con la antelación concertada, que es lo exactamente ocurrido en este caso de conformidad con lo expresamente pactado por las partes en la cláusula 16 del contrato.

FALLO.—No ha lugar.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

BAGOLINI, Luigi: *Notas acerca de la relación jurídica.*

VERDERA Y TUELLS, Evelio: *Algunos aspectos de la simulación.*

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La hipoteca unilateral.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

BALLARÍN MARCIAL, Alberto: *Organización del régimen de propiedad en África occidental española.*

3. VIDA JURÍDICA

JORDANO BAREA, Juan B.: *Sobre el negocio fiduciario.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.