

ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^o

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



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

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO III
FASCICULO III

JULIO-SEPTIEMBRE
MCML



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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Santiago

§ 1. De acuerdo con la doctrina, en tres grupos pueden clasificarse las legislaciones de los diversos países en cuanto a la investigación de la paternidad:

1.º Ordenamientos Jurídicos que imponen restricciones a la referida investigación, haciéndola posible cuando concurren ciertas circunstancias de hecho o existan ciertas pruebas preconstituidas. En este grupo, incluye FERNÁNDEZ CLÉRIGO (1), a los de España, Francia, Portugal, Brasil, Perú, Colombia, Uruguay, Panamá, Chile, Méjico (Federal) e Italia.

2.º Ordenamientos Jurídicos que admiten la investigación de la paternidad sin restricciones: Rusia y Argentina.

3.º Grupo que impone restricciones por razones biológicas: Ale-

S I G L A S

RML. = Revista de Medicina Legal.

RGLJ. = Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

Riv. Dir. Proc. Civ. = Rivista di Diritto Processuale civile.

Triv. Trim. Dir. Civ. Proc. = Rivista di Diritto Civile e Procedura.

AML. = Annales de Médecine Légale.

Rev. Trim. Dr. C. = Revue Trimestrelle de Droit Civil.

SchweizMW. = Schweizerische Medizinische Wochenschrift.

DRZ. = Deutsche Rechtsszeitschrift.

Niedersächs. Rpf. = Niedersächsische Rechtspflege.

JB. = Juristische Blätter.

OJZ. = Österreichische Juristen-Zeitung.

ADC = Anuario de Derecho civil.

REDC. = Revista Española de Derecho Canónico.

(1) Cfr. FERNÁNDEZ CLÉRIGO: *El Derecho de familia en la legislación comparada*, México, 1947, pág. 236 y ss. Cfr.; también CASTRO PÉREZ: *La investigación de la paternidad y las modernas orientaciones biológicas*, en RGLJ., 1944, I, pág. 163 y ss.

mania, Suiza. Lo que interesa es investigar en cualquier caso sobre la existencia de la cohabitación; sobre este hecho se asienta la presunción de paternidad, si hubiera coincidido con el período de la concepción (2).

No vamos aquí a manifestarnos en apoyo o en posición crítica del sistema seguido por nuestro Código civil en cuanto a la investigación de la paternidad; no obstante, entendemos que el lector podrá extraer de estas líneas alguna consecuencia sobre nuestra opinión en relación con dicho sistema.

§ 2. La investigación de la paternidad en la legislación española está sometida, desde el punto de vista probatorio, a graves restricciones.

A) El Código civil, en el art. 108, impone la presunción (que por lo escaso de su posible destrucción es casi *juris et de jure*) de que los hijos concebidos por mujer casada se consideran legítimos si nacieron después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y antes de los trescientos siguientes a su disolución o separación legal de los cónyuges. La única prueba en contrario admisible, según el párrafo 2.º del referido artículo, es la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que preceden al nacimiento del hijo.

B) En cuanto a la pretensión de reclamación de estado de hijo legítimo, igualmente está sometido a restricciones de tipo probatorio. Han de probarse los hechos del matrimonio de los padres, de la concepción en el tiempo legal, del parto de la mujer, de la identidad del hijo, de la maternidad y de la paternidad. Y la fuente de prueba de la filiación de los hijos, de acuerdo con el art. 155, es el acta de nacimiento extendida en el Registro civil, documento auténtico o sentencia firme recaída en el juicio de impugnación antes citado; en su defecto, se admite la presunción derivada de la posesión constante del estado de hijo legítimo y a falta de todas estas fuentes se admiten otras, que serán admisibles siempre que exista un principio de prueba por escrito que provenga de ambos padres, conjunta o separadamente (art. 117).

C) También está limitada la admisibilidad de la prueba en cuanto al reconocimiento de hijos naturales; se restringe a escritos indubitablemente del padre en que expresamente reconozca la paternidad; al indicio de posesión continua del estado de hijo natural justificada por actos directos del padre o de su familia, y en los casos de violación, estupro o rapto (art. 135 C. c. en relación con el 444 del Cód. Penal).

D) Y por último, la pretensión alimenticia para los hijos ilegítimos que no reúnan el carácter de naturales, precisa un acreditamiento de la filiación y maternidad o paternidad, consistente en sen-

(2) El art. 1.717 del BGB. no exige pruebas ni justificación del rapto ni de la violación, ni del abuso de autoridad, ni posesión del estado de hijo, ni escrito auténtico ni existencia de concubinato. Lo que interesa es demostrar el hecho de la cohabitación coetánea a la concepción por los medios admitidos en derecho. Y en contra de esta prueba, cabe la *exceptio plurium concubentium*, o de relaciones sexuales múltiples.

Es una de las situaciones que más frecuentemente dan lugar a recurrir a las pruebas biológicas, como veremos infra.

tencia firme civil o penal, de la que una u otra se infieran, o un documento indubitable del padre o madre en que expresamente se reconozca la filiación (art. 140, 1.^o y 2.^o C. c.). La restricción en estos casos es, pues, aún mayor.

E) Menos restringidas desde el punto de vista probatorio están las pretensiones declarativas de la filiación materna natural y demás ilegítimas. Se conceden en todos los casos vistos anteriormente, y además, en aquellos en que puedan probarse los dos hechos de que depende la maternidad (parto e identidad del hijo (arts. 136 y 140-3. del C. c.).

F) La jurisprudencia ha interpretado las disposiciones del Código de acuerdo con las líneas generales del sistema concreto del mismo, en el sentido de que "como la legislación española se inspira en el principio prohibitivo de la investigación de la paternidad, es indudable que los preceptos relativos al reconocimiento forzoso de hijos naturales han de ser interpretados de modo restrictivo" (Sentencias de 25 de febrero y 17 de junio de 1927, y de 16 de enero de 1928). De acuerdo con tales principios, en reciente sentencia, el Tribunal Supremo ha excluido la posibilidad de practicar pruebas biológicas en un caso derivado del art. 108 (Sentencia de 24 de enero de 1947).

G) Estas especialidades y restricciones probatorias a que se somete la investigación de la paternidad, que "tiene por objeto susstraer del libre juego de la prueba procesal, aún dentro de la vigencia de la forma inquisitiva, ciertos extremos de los que depende la normalidad de la familia" (3) son absolutamente inadecuadas para poder llegarse por medio de ellas al conocimiento de la verdad material de los hechos. Así se deduce de una ojeada a través de los adelantos técnicos conseguidos por las ciencias médicas en este terreno.

Es pasable que el legislador del Código civil no pensase en la posibilidad de que se pudiera llegar por medios puramente científicos a la exclusión de toda posibilidad de la filiación de una persona con referencia a otra a quien se imputaba tal relación; pase por ello, en que por aquel tiempo la jurisprudencia rechazase una prueba de semejanza comparable a la biológica moderna (4) (Sentencia del T. S. de 23 de junio de 1886). Pero en la actualidad, en que, como vamos a ver, tales fuentes de prueba existen y producen resultados de certeza absoluta en un elevado número de casos, es preciso darles entrada en esta especie de procesos para que puedan sustituir, al menos en un porcentaje de dichos casos, a la prueba de indicios y presunciones le-

(3) Cfr. PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil*. Zaragoza, 1946, T. II, página 124.

(4) Comparable, pero no idéntica, pues, como dice BRENLLA, "cuando se habla de caracteres morfológicos normales, no se hace referencia a esa vaga semejanza que pueda existir entre el presunto padre y el hijo, sino a características anatómicas perfectamente definidas y objetivables". (Cfr. "Consideraciones sobre la investigación de la paternidad", en RML., 1949, IV, núm. 40-41 (julio-agosto), esp. pág. 226.)

gales, y de un modo objetivo y experimental a la labor intelectiva, más fiable, del juez, labor que basándose en apariencias de hechos externos, los cuales pueden no reflejar la verdad de lo ocurrido, puede, a su vez, dar lugar a sentencias injustas (5).

H) La numerosa jurisprudencia patria en torno a los indicios de estar el supuesto hijo en la posesión continua de estado de tal (6) nos demuestra la enorme amplitud que cabe a la posibilidad de confundir matices de apreciabilidad externa, con el resultado de llegar a la construcción de un cuadro de "posesión continua de estado de hijo", muy de acuerdo con las apariencias, pero posiblemente en desacuerdo con la realidad objetiva de los hechos fundamentales. Ello, aun suponiendo la concurrencia de absoluta buena fe en las partes, guarda completa por las mismas del principio de lealtad y de veracidad; y concediendo credibilidad previa al sistema general de la peligrosa prueba testifical.

I) Lo mismo ocurre cuando se observa la jurisprudencia en torno al "documento indubitable del padre en que expresamente reconozca la paternidad"; este documento no excluye la concurrencia de error o violencia (al menos, moral) en su elaboración. Piénsese en las hipótesis de múltiples situaciones dudosas en que una persona, sea por consecuencia de obsesión producida por dicha situación, por amenazas, coacción, etc., hace por escrito la declaración (indubitable) de un acto y consecuencias que no le son imputables en realidad. Y piénsese también en los casos en que se produce el tal escrito indubitable bajo la impresión de una realidad falsa por no existir tal paternidad, que, en efecto, corresponde a otra persona, sin que el que produce el escrito lo sepa (creyendo sinceramente ser él el padre). Todo esto mueve a dudar de la eficiencia de un tal sistema probatorio, justamente en una materia en que la averiguación de la verdad material de los hechos debe anteponerse a todo, en beneficio del interés general.

§ 3. Actualmente, los progresos técnicos de la Medicina Legal apoyada en la genética, progresos aceptados ya hace años ampliamente en otras legislaciones más progresivas que la nuestra, pueden evitar un considerable número de dudas de tal género, ya que resuelven en muchos casos de modo exacto, y en otros dan ayuda científica de enorme valor para determinar la verdadera paternidad o maternidad contestadas en juicio.

Estas fuentes de prueba tienen carácter biológico. Su base, mendelianamente, reside en la herencia de los caracteres dominantes. Si el hijo tie-

(5) Cfr. arg. en GORPHE: *L'appréciation des preuves en justice*, París, 1947, pág. 317 y ss.

(6) Cfr. Jurisprudencia al pie del art. 135. C. c., en la última edición de las *Leyes civiles*, de MEDINA Y MARAÑÓN.

Basta ver el contenido de cualquier tratado de Derecho civil con referencia a la "posesión del estado de hijo" para darse cuenta de que se trata de un cuadro de apreciación subjetiva pleítórica de matices ciertos o engañosos, y ocasionalmente a errores. Cfr. p. e., CARNELUTTI: *Possesso di stato di figlio naturale*, en Riv. Dir. Proc. Civ., XVIII, 1941, parte II, pág. 99 y ss. (comentarios jurisprudenciales); CICU: *Sulla presunzione di paternità*, en Riv. Trim. Dir. Civ. Proc., I, 1947, núm. 2-3, pág. 563 y ss.

ne una característica cualquiera que sea dominante, necesariamente esta característica tiene que existir, por lo menos en uno de los padres; si la presenta la madre, ya no cabe investigación alguna, puesto que de ella pudo ser heredada; pero si la madre no la presenta, entonces, ineludiblemente, tiene que presentarla el padre; cualquier hombre que no presente esta característica no puede ser el padre de tal hijo (7).

Es decir, estas fuentes de prueba biológica actúan por exclusión; por tal método, por lo pronto, se podrán resolver—o al menos en un gran porcentaje—casos de pretensiones de declaración de paternidad y maternidad solicitada por el hijo, la madre u otras personas; igualmente quedarán muy simplificadas, a efectos probatorios, las pretensiones de impugnación de la paternidad o maternidad, teniendo especial relieve la prueba en cuanto a la última cuando se trate de sustitución o cambio de los hijos.

Y eliminada una persona como posible progenitora de acuerdo con el resultado de las pruebas biológico-hereditarias, el proceso en que se tratase de una pretensión de declaración de tal progenitura queda resuelto; los sucesivos que se promovieren como consecuencia de dicha resolución excluyente de tal persona (dirigidos contra otra) quedan también facilitados, y por este método de exclusión puede llegarse a conclusiones positivas.

Sería improcedente el pretender aquí una completa exposición médica de lo que son las pruebas biológico-hereditarias, ya que ello es materia propia de la Medicina, y, a los efectos forenses, de la Medicina Legal, que los ha estudiado intensamente. Pero, no obstante, como necesidad para la comprensión de lo que ulteriormente se expondrá, entendemos necesario dar un breve resumen de lo que dichas pruebas son, de acuerdo con la última información técnica, española y extranjera (8).

§ 4. Los especialistas dividen a las fuentes de prueba biológico-hereditarias en dos grandes grupos: el primero comprende las constituidas por anomalías constitucionales y enfermedades hereditarias, y el segundo los caracteres normales, comprendiendo este grupo, a su vez, dos subgrupos: el de los caracteres morfológicos y el de los fisiocoquímicos heredados (9).

I) En cuanto al primer grupo, es preciso poseer, para apreciar tales fuentes de prueba, grandes conocimientos de genética, pues, como dice CURTIUS, estamos solamente en los comienzos de la comprensión de la patología hereditaria.

En el interesante trabajo de BRENLLA, ya citado (9 bis), al dar cuenta del estado actual de las investigaciones en este campo, expone la lista que SCHRADER dió sobre las principales anomalías constitucionales y enfermedades hereditarias que por transmitirse en gran parte por he-

(7) Cfr. BRENLLA, ob. cit., pág. 223.

(8) Algunos autores juristas exponen también resúmenes del contenido de tales experiencias; así, cfr. CASTRO FÉREZ, ob. cit., ioc. cit., pág. 163 y ss.; GORPHE, ob. cit., pág. 310 y ss.

(9) Cfr. BRENLLA, ob. cit., pág. 223 y ss.

(9 bis) Cfr., ob. cit. en notas anteriores.

rencia dominante sirven, según él, para la investigación de la paternidad. Son las siguientes:

1.^o Extremidades: Polidactilia, Ectrodactilia, Sindactilia, Braquidactilia, Braquifalangia, Clinodactilia, Sinfalangia. Contractura hereditaria de los dedos. Fisura de la mano. Fisura del pie. Falta de la mano o del pie. Exóstosis cartilaginosa múltiple.

2.^o Piel y anejos: Fístula congénita del cuello. Hipertelia. Queratosis palmar y plantar. Epidermolysis bullosa traumática. Telangiectasia hereditaria hemorrágica. Onicogripnosis. Leuponiquia. Anoniquia. Hipotrichosis. Mechones blancos del cabello.

3.^o Ojos: Microftalmo. Epicanto. Coloración negra de los párpados. Ptosis congénita. Oftalmoplejia externa. Distiquiasis. Coloboma irídeo. Aniridia. Coloración azul de la esclerótica. Hemeralopía.

4.^o Cráneo: Cráneo en torre. Microcefalia, Fisura del paladar. Micrognatia. Prognatismo.

5.^o Órganos genitales: Hipospadias. Epispadias.

6.^o Sistema nervioso: Miotonía congénita (enfermedad de THOMSEN). Atrofia muscular progresiva miopática. Atrofia muscular progresiva neural.

BRENLLA, del estudio de la situación en la actualidad, llega a la siguiente conclusión: "Todo ello—dice—no supone negar que en algún caso concreto puedan sernos de utilidad los datos que nos proporciona la heredopatología. Si en el presunto padre y en sus ascendientes encontramos enfermedades o disnomalias constitucionales que genéticamente puedan ser relacionadas con una enfermedad o disnomaña que presente el hijo, aumentan las presunciones (10) a favor de la pretendida paternidad, pero nada más".

II) Pasemos a considerar el segundo grupo, y, dentro de él, a estudiar por separado los caracteres morfológicos heredados y los físicos-químicos.

a) En cuanto a los primeros, se hace referencia a los dibujos de las huellas digitales, que tanta importancia tienen en materia de identificación personal; importancia no menor en cuanto a la herencia, si bien, aun no aclarada. Así lo indica la posición de duda adoptada por CEVIDALI, BENASSI y LOCARD. De modo que, según BRENLLA, a pesar de haberse sentado ya bases científicas para llegar al resultado de exclusión de la paternidad por medio de la dactiloscopia (POLL y LAURER), lo prudente es prescindir de esta prueba.

b) Con referencia a otros caracteres morfológicos que se admite sean transmitidos por herencia dominante y que, por tanto, pueden ser útiles a efectos de la investigación de la paternidad. POLJAKOFF cita los siguientes:

1.^o, cara rómica; 2.^o, fuerte *procidencia* de los huesos cigomáticos; 3.^o, mandíbula procidente; 4.^o, mandíbula recogida; 5.^o, cabellos rojos; 6.^o, cabellos crespos; 7.^o, cejas reunidas; 8.^o, extremo lateral de

(10) Se tratará, en terminología jurídica, de una prueba de carácter indirecto, indicario, como base para elevarse después a la presunción.

la ceja vuelto hacia arriba; 9., porción móvil de los párpados superiores recubiertos de la porción fija; 10, punta de la nariz doble; 11, mentón doble; 12, dorso de la nariz hundido; 13, dorso de la nariz fuertemente convexo; 14, ángulo de la boca dirigido hacia arriba; 15, oído externo cuadrangular; 16, desviaciones del ojo no uniformes; 17, trago dirigido hacia adelante; 18, fuerte procidencia del antríago; 19, tubérculo auricular de Darwin; etc.

Pero como consecuencia de las impugnaciones que a dicho autor se hicieron, afirmando que no se puede llegar sobre esta única base a una exclusión absoluta de la paternidad (11), viene nuestro autor a la conclusión de que es preciso conocer bien la genética moderna, a fin de no sacar conclusiones simplistas o ir a parar a resultados erróneos (12); si el hijo presenta caracteres somáticos dominantes que no se dan en la madre o en el presunto padre, la paternidad de este último es dudosa (13).

c) No obstante estas conclusiones a que llega el profesor español recogiendo la doctrina científica existente hasta el verano de 1949, viene a nuestro conocimiento posteriormente un nuevo método de investigación biológica de la paternidad sobre la base de un carácter somático que no vemos expuesto por BRENLLA; se basa en el examen comparado de las variedades de columnas vertebrales, y es su autor el Dr. CONRAD KÜHNE. Este método ha sido ya aceptado por los Tribunales alemanes (14), y los juristas del mismo país, basándose en su aceptación, se hacen eco forense de aquél. Por ello, daremos un breve resumen, tal como ha llegado a nuestras manos su descripción (15).

Se basa este método en el principio de que los límites de las vértebras humanas responden a una "norma", pero tienen inclinación a desviarse, bien hacia el cráneo (hacia arriba, *kopfwärts*), bien hacia abajo (desviación caudal, *steisswärts*); dichas variaciones caen, según KÜHNE, bajo las leyes de la herencia (16).

(11) Con BRENLLA, cfr., también DALLA VOLTA: *Tratato di Medicina Legale*, Milán, 1933, pág. 571.

(12) Resultado de la discusión mantenida por OTTOLENGHI y LATTES en el Congreso de Medicina Legal de Roma, en 1933. (Cfr. BRENLLA, ob. cit., pág. 225.)

(13) Cfr. También DALLA VOLTA, ob. cit., loc. cit.

(14) Por el Langdgericht de Göttingen, en Sentencia de 10 de marzo de 1944, publicada muy retrasada en Niedersächs. RPfl., 1949, cuaderno núm. 4, pág. 78.

(15) El presidente de dicho Tribunal, MEYERHOFF, lo expone y comenta desde el punto de vista procesal, en DRZ., IV, 1949, cuaderno núm. 20 (octubre), página 457 y ss. ("Ein neuer Weg in Abstammungssachen: die Wirbelsäulamethode nach Konrad Kühne.")

(16) Dice el presidente MEYERHOFF, que KÜHNE comenzó sus investigaciones hace ya muchos años, pero que no las hizo públicas hasta haber llevado a cabo experimentos de comprobación suficientes; por esta causa, a pesar de las dificultades en que se encontraban a veces los Tribunales alemanes cuando la prueba de investigación de los grupos sanguíneos o demás somático-hereditarios no daban resultados, este método no era conocido. Otro investigador de problemas de conformación de la columna vertebral el Dr. BIRKENBACH, entonces director de la Clínica Femenina de la Universidad de Göttingen, habió del método a un abogado, y éste, en un caso judicial en el que la investigación de los grupos sanguíneos no había dado resultado, solicitó del Tribunal que pidiera un dictamen sobre la columna vertebral de los interesados. El Tribunal, teniendo

El valor de este método está sujeto a las mismas restricciones que los demás; o sea, que no se puede establecer por el momento en qué porcentaje de casos dará como resultado fijo el reconocimiento positivo de la paternidad. Pero también en gran número de casos en los cuales el método de investigación de los grupos sanguíneos o los demás de semejanza somática o de calidades hereditarias no conduzcan a resultados, éste sí que lo conseguirá. El porcentaje de conclusiones fijas a obtener por este método aun no está determinado; parece que en un 7,25 por 100 de los casos no puede haberlas, por darse dicho porcentaje de sujetos sin tendencia craneal ni caudal (son los sujetos que responden a la "norma") y ser el resultado de exclusión solamente posible cuando se da uno de los casos de combinaciones de caracteres hereditarios; pues un niño de variación craneal de madre con variación caudal no puede ser hijo de un hombre con variación también caudal, etc. (17).

Las experiencias llevadas a cabo por KÜHNE en Berlín con 10.000 sujetos (a cada uno de los cuales se le había de hacer, por lo menos, tres radiografías de la columna vertebral) dieron como resultado que había un 58,5 por 100 de tipos vertebrales-craneales, un 34,2 por 100 de vertebrales-caudales y un 7,25 por 100 de indefinibles. Por ello, dice MEYERHOFF, que son de esperar de este método grandes desultados.

§ 5. La investigación de la paternidad por la determinación de los grupos sanguíneos se basa en la aglutinación de los glóbulos sanguíneos portadores de los aglutinógenos mediante fórmulas de combinación de la sangre de cada uno de los presuntos padres con la del hijo. El suero sanguíneo tiene propiedades aglutinantes (dos sustancias llamadas aglutininas); en los glóbulos rojos existen otras dos sustancias: los aglutinógenos. Pues bien; cada suero sanguíneo aglutina a glóbulos de diferentes individuos, no de la misma. Es decir, existen grupos sanguíneos diferenciados por la aglutinación o la no aglutinación de sus hematíes por el suero de los demás y a la inversa. Cada grupo está, pues, caracterizado por propiedades especiales de aglutinación (tipo A, tipo B, tipo O (cero) y tipo AB). De esta experiencia —que sigue las leyes de la herencia—se pueden extraer conclusiones negativas; si la sangre examinada en un sujeto es de un grupo diferente al de la del otro, se excluye la relación parental entre ambos; si es del mismo grupo, no se puede extraer una conclusión positiva.

Por esta reacción de los hematíes con los sueros aglutinantes, LANDSTEINER y VON DECASTELLO-STURLI clasificaron a la humanidad en los cuatro grupos A, B, O y AB; ya en 1910, VON DUNGERN y HIRZFELD demostraron que la transmisión de estos caracteres seguía las reglas de

en cuenta la jurisprudencia del Reichsgericht, previniendo que en materia de procesos de paternidad debían de agotarse todas las fuentes posibles de prueba, acordó pedir el dictamen; consultados los Profs. médicos MARTIUS y BIRKENBACH, señalaron al Dr. KÜHNE como autor del método y único capacitado para aplicarlo. El dictamen, excluyendo la paternidad de uno de los interesados y afirmando (con probabilidad) la de otro, coincidió con el resto de las pruebas.

(17) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., pág. 457.

la herencia mendelianas. En 1924 el matemático alemán BERNSTEIN formuló estas leyes hereditarias; la general es que "no puede aparecer en el descendiente una propiedad dominante que no exista en ninguno de los padres".

Dentro del grupo A y del AB, se demostró la existencia de varios subgrupos: A₁, A₂, etc.; por YAMAKAMI y LANDSTEINER, que los aglutinógenos no sólo se hallaban en los glóbulos rojos, sino también en los espermatozoides y en la mayor parte de las células del organismo, pasando a las secreciones y excreciones (LATTEs); aumentaban así las posibilidades de identificación de una persona con respecto a otras. Estas posibilidades crecieron ampliamente cuando (en 1926) LANDSTEINER y LEVINE demostraron que los hematíes presentan aglutinógenos que no tienen sus correspondientes aglutininas en el suero humano; buscando estas aglutininas entre los sueros de animales consiguieron hallar otros tres grupos, el M, el N y el P (por medio del suero de conejo); SCHIFF descubrió, por medio de antisueros de carnero, otros dos, el G y el H; en 1940, LANDSTEINER y WIENER prepararon un suero antimono, inyectando los hematíes del *Macacus Rhesus* al conejo; este suero, no sólo aglutinaba los hematíes del mono citado, sino también los de determinadas personas, demostrando así la existencia en los hematíes humanos de un nuevo grupo (y división de la humanidad en dos: el Rh—así llamaron al aglutinógeno—y el que no tenía Rh; en 1942 LEVINE demuestra que en los individuos Rh (que se creía caracterizados por la inaglutinabilidad de sus hematíes) éstos eran aglutinables por un nuevo suero, anti-Hr (aparición de un nuevo aglutinógeno: el Hr: dos nuevos grupos: Hr y sin Hr). Pues bien; en esta enorme cantidad (creciente siempre) de grupos sanguíneos, demostrado ya que la herencia de los mismos está comprobada y que a partir de la edad de un año son inmutables, queda como evidente la importancia de los mismos para la determinación negativa de la paternidad (18).

El progresivo descubrimiento de la posibilidad de dividir a la hu-

(18) La literatura médica, en torno a este problema, es amplísima. Para esta información, hemos consultado los más recientes trabajos: un trabajo de MOUREAU, HEUSGHÉM, COLLARD, XHENSEVAL y QUINET, presentando al 25 Congreso de Medicina Legal, Social y del Trabajo de Burdeos (11-14 de mayo de 1949), titulado "Médecine Légale et modifications biologiques et chimiques liées à la grossesse" (AML, T. XXIX, 1949, núm. 3, pág. 101 y ss.; su capítulo III es un estudio de la herencia de los grupos sanguíneos que los especialistas califican de magistral (MOUREAU es especialista en esta materia; se le ve citado en muchos de sus trabajos en no pocos lugares de la Rev. Trm. Dr. C., con ocasión de comentarse la jurisprudencia en materia de investigación de la paternidad a través de los grupos sanguíneos). En este trabajo puede verse citada la bibl. de los autores a que aludimos en el texto. Hemos consultado también un dictamen del Prof. DAHR, del Instituto de Investigación Sanguínea de Göttingen, publ. en SchwMW., 1950, núm. 4, 28 de enero, pág. 87 y ss.; la obra de BRENILLA cit. y *El factor Rh*, de MARTÍNEZ PIÑERO, en RML., número cit.

Sobre la técnica de la determinación de los grupos, pueden verse los tratados modernos de Medicina Legal.

En CASTRO PÉREZ, RGLJ., loc. cit., se encuentra también una descripción del fundamento del método, e igualmente en GORPHE, ob. cit., pág. 310 y ss.

manidad en diversos grupos, según fueran medidos por la pauta de los diferentes aglutinógenos o aglutininas, elevó la cifra de las combinaciones matrimoniales a estudiar a través de la investigación de los diversos grupos, a cerca de setecientas (19); teniendo en cuenta la transmisión mendeliana de los mismos se hace evidente la cada vez mayor posibilidad de excluir la paternidad de una persona determinada, por la investigación comparada de sus grupos.

Desde un punto de vista médico, el porcentaje de exclusión absoluta de la paternidad o maternidad es de una media de un 40 a un 50 por 100 (20), teniendo en cuenta los diversos grupos, sus pautas—aglutinógenos y aglutininas—y su posibilidad de utilizarlos; a tal porcentaje hay que añadir, desde el punto de vista judicial, el que supone aquellos en que la mujer miente a sabiendas, acusando falsamente a un hombre de la paternidad de su hijo (21).

Pero desde un punto de vista puramente judicial, y teniendo en cuenta que no siempre es posible la utilización de todos los grupos, según datos de MEYERHOFF, si bien en Alemania la media teórica de la exclusión absoluta de la paternidad es de un 34,76 por 100, en la práctica no rebasa el 18,8 por 100 (22). Pero aparte de estas exclusiones absolutas, hay ocasiones en que los peritos médicos dan en sus informes y de acuerdo con el resultado de la identidad o falta de identidad de los diversos grupos sanguíneos de las personas a la investigación sometidas, un porcentaje de probabilidades. Así conocemos un dictamen judicial de tal tipo de la Universidad de Viena, diciendo haber un 91 por 100 de probabilidades de que el supuesto padre lo fuera en realidad (23).

El citado porcentaje, si seguimos las ideas de KÜHNE (24) aumentaría notablemente. Y esto, tratándose solamente de realidades numéricas, pues más tarde hemos de referirnos, sobre bases jurisprudenciales, a la intensidad de la convicción judicial derivada del resultado de todas las pruebas citadas.

También se ha indicado como medio de determinación del tiempo de la concepción y posible exclusión de paternidad por tal causa, el método de OCINO; mas parece ser que el citado método tiene fallos, de modo que, en todo caso, únicamente a título de un indicio más puede ser utilizado.

§ 6. La aplicación de las fuentes de prueba biológicas para la in-

(19) Cfr. MOUREAU, ob. cit., pág. 149; el número de combinaciones posibles ha pasado a ser, en veinticinco años de estudios, de 21 a cerca de 700.

(20) Cfr. MOUREAU, ob. cit. con ref. a FISCHER, pág. 152.

(21) Cfr. MOUREAU, ob. cit., pág. 152 y ss.; BRENLLA, ob. cit., pág. 235.

(22) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit., pág. 457.

(23) Cfr. KİNDLER: *Die Vaterschaftsvermutung*, des § 163 ABGB., en JB., 1948, cuaderno 10, pág. 229.

(24) Naturalmente, incompetentes como somos en la especialidad médica, la exposición en este lugar de la técnica de KÜHNE no supone su admisión o inadmisión; aunque no por ello hay que considerarla poco interesante, ya que ha sido aplicada por los Tribunales.

vestigación de la paternidad y maternidad en el ámbito judicial, es ya bastante antigua. En 1926 se dió en Viena el primer dictamen pericial de tal tipo con fines de esclarecimiento judicial de la paternidad.

A) En torno a dichas fuentes de prueba, hubo muchas discusiones; sobre todo, al rededor de la somático-hereditaria, por ser menos comprensible para los juristas (25); pero ante los Tribunales de los países germánicos, iban ambas adquiriendo tal importancia, que ya en su Sentencia de 23 de enero de 1931, el Tribunal Supremo austriaco decía que la falta de una investigación biológico-hereditaria en un proceso sobre paternidad constitúa una falta de procedimiento (26). Con ello no es que solamente se admitiera tal prueba, es que pasaba a ser exigible, bien que con el carácter simplemente persuasivo de la Jurisprudencia austriaca.

B) Después de la trascendental declaración hecha por el Tribunal Supremo austriaco, que así seguía valientemente las directrices de renovación y racionalización del proceso marcadas por el genial KLEIN, los Tribunales alemanes aceptaron el impulso que los guiaba a través de las pruebas biológicas, apartando con toda firmeza las tentativas de disminuir el valor o de excluir la investigación biológica en materia de paternidad (27).

Por los mismos Tribunales se hicieron en los años 1939 y 1940 las siguientes declaraciones trascendentales al efecto de incrementar judicialmente el valor de las fuentes de prueba biológicas:

El Tribunal Supremo admitió que "si se da en la prueba biológico-hereditaria una tan gran serie de notas coincidentes entre el hijo y el supuesto padre que, según los peritos, se puede aceptar la idea de la paternidad del mismo "con verosimilitud lindante con la seguridad", procede declarar la paternidad aun cuando hubiera testigos que acreditasen las relaciones de la madre con otros hombres en la época de la concepción" (Sentencia de 13 de enero de 1939) (28).

"Si se repele una petición de investigación sanguínea en un procedimiento dirigido contra la madre ilegítima, se vulnera el § 1.837 del BGB" (29); "el resultado probatorio obtenido por los grupos A₁ y A₂ no supone por sí solo la prueba de una "declarada imposibilidad"; pero constituye un buen punto de partida que, apoyado sobre el resultado de las demás pruebas hace posible la declaración de ilegitimidad" (30).

Y en su Sentencia de 4 de enero de 1940, el Tribunal Supremo ale-

(25) Cfr. RECHE: *Der Wert des erbbiologischen Abstammungsnachweises für die Richterliche Praxis*, en DR., 1939 pág. 1606 y ss. esp. 1607.

(26) Cfr. RECHE, ob. cit., loc. cit.

(27) Cfr. FRANTZ: *Die neue Rechtssprechung des Reichsgerichts zur Ehe-lichkeitsanfechtung*, en DR., 1930, pág. 1553, y esp. 1559.

(28) Cfr. DR., 1939, pág. 666; cfr., también S. del Tribunal Supremo alemán de 12 de junio de 1939, en DR., 1939, pág. 1553.

(29) Juzgado de 1.^a Instancia de Glenche, Sentencia de 11 de noviembre de 1939.

(30) Tribunal de Apelación de Hamburgo, Sentencia de 16 de marzo de 1939, en DR., 1939, pág. 576 y s., con comentario de LEMME.

mán declaraba que, "a efectos de esclarecer el linaje, deben de ser agotadas todas las fuentes de prueba y, entre ellas, las de la investigación biológico-hereditaria, pues rechazar constituye un defecto de procedimiento" (31).

Por la misma Sentencia se afirmaba haber probabilidades de éxito en el manejo de las investigaciones biológico-hereditarias cuando se tratase solamente de dos hombres (dos supuestos padres) (32).

Ante esta Jurisprudencia, exclamaba MAHM, y con ella tantos otros escritores germánicos, impulsados a veces por móviles más políticos-hereditarios que jurídicos: "La frase "pater semper incertus est" ya no tiene validez; se ha encontrado el medio probatorio para la determinación de la paternidad a través de la investigación morfológica" (33).

A pesar de que no se podría acusar de nacional-socialista al Tribunal Supremo vienes de 1931, puede sospecharse, y con fundamento, que la importancia dada en Alemania a la investigación del linaje, y con ello a las fuentes de prueba biológicas, tenía un sentido no menos político que jurídico, y así puede verse en la posición oficial que ante dichas innovaciones científicas adoptó el NSDAP (34).

C) Pero en otros países ciertamente no totalitarios, Tribunales de los que nada puede sospecharse en cuanto a política, lucharon y siguen luchando valientemente contra las restricciones que les impone la propia legislación y llegan a triunfar de ellas, dando una verdadera lección de lo que debe ser el sentido progresivo de la Jurisprudencia.

Así, en Francia, el Tribunal Civil de Niza, dictaba el 17 de noviembre de 1937 una resolución en que admitía la prueba de grupos sanguíneos, comprendiendo a tal dictamen pericial entre los medios probatorios admitidos por el artículo 340 del C. c.; comenta la doctrina esta resolución diciendo que la comparación de los grupos sanguíneos de los interesados no hace posible una declaración positiva de la paternidad, pero que sí puede corroborar una negación; una investigación adecuada, dar a conocer el nombre del amante de la mujer, y la prueba pericial citada ha de confirmar, de otro lado, si no su identidad, sí al menos su existencia, si es que demuestra que el supuesto padre no lo era en realidad (35).

Otros Tribunales siguieron esta pauta; el de Aix, en Sentencia de 13 de junio de 1939. "Esta prueba—dijo—no da la filiación, pero viene en apoyo de una denegación de paternidad fundada en la conducta li-

(31) Cir. DR., 1940, pág. 543.

(32) La más moderna jurisprudencia alemana en la materia ha sido utilizada para construir la totalidad de la doctrina procesal de la prueba biológica tal como existe actualmente en dicho país; la citaremos infra, al exponer dicha situación.

(33) Cfr. ISOLDA MAHN: *Neue wissenschaftliche Erkenntnis als Restitutionsgrund*, en DR., 1940, pág. 1041.

(34) Cfr. RECHE, ob. cit., como portavoz del Rassenpolitische Amr der NSDAP.

(35) Cfr. LAGARDE, en Rev. Trim. Dr. C., 1938, pág. 80 y s., comentarios jurisprudenciales.

viana de la madre durante el período de la concepción" (36); el de Marsella (Sentencia de 6 de mayo de 1938); el de Rennes (Sentencia de 31 de mayo de 1939). Y aunque otros Tribunales rechazaban dicha prueba (37), en general, la Jurisprudencia francesa continuó su avance por tal camino (38).

Ya después de la segunda guerra mundial, el Tribunal Civil de Lille, que según los comentaristas se coloca a la cabeza de los innovadores a través de sus reiteradas Sentencias admitiendo tales pruebas, recogía afirmaciones periciales médicas basadas en la comparación de los grupos sanguíneos, tales como que "C. R. no puede ser biológicamente el padre de la joven F." (Sentencia de 19 de noviembre de 1946) (39); en 18 de marzo de 1947 dictó otra Sentencia apreciando la prueba citada. Se ha comentado favorablemente esta Sentencia diciendo que la investigación de los grupos sanguíneos puede dar como resultado la prueba negativa de la paternidad con rigor científico y que es en todo caso tan segura como toda otra justificación admitida en esta materia (40).

En el proceso que terminó por la Sentencia últimamente aludida, el Tribunal de Lille obvió el inconveniente de la resistencia de la parte a someterse a la investigación, diciendo acertadamente que "la extracción de la sangre necesaria es una operación de las más benignas... y constantemente los Tribunales ordenan en toda especie de materias los peritajes que les son precisos y requieren de parte de los peritos médicos operaciones más íntimas y más delicadas".

Otros Tribunales siguen esta tendencia general; así es de registrar, por ejemplo, la Sentencia dictada el 16 de marzo de 1948 por el Tribunal de Toulon admitiendo la prueba de grupos sanguíneos a instancia del marido (41).

D) En Italia se reconoce también el gran valor de las pruebas biológicas; ya hace muchos años, la Corte de Casación declaraba el de la de grupos sanguíneos a efectos de excluir la paternidad (42).

En el vigente Codice di Procedura Civile (CPC), el artículo 118 dice que "El juez puede ordenar a las partes y a los terceros que se

(36) Sentencia 13 de junio de 1939.

(37) Cfr. Tribunal Civil del Sena, Sentencia de 7 de noviembre de 1937, y sobre ella, BÉGUIGNON-LAGARDE, en Rev. Trim. Dr. C., 1940-41, pág. 56; en igual sentido, París, Sentencia de 21 de enero de 1941, y Valence de 13 de mayo de 1938.

(38) Ya se ve la orientación de la Jurisprudencia francesa (que se confirmará, infra) sobre la aceptación de la prueba de grupos sanguíneos. Estaba, pues, mal informado en 1944 CASTRO PÉREZ (ob. cit., loc. cit.).

(39) Cfr. Com. de LAGARDE, en Rev. Trim. Dr. C., 1947, pág. 316.

(40) "Es un hecho—comenta LAGARDE a esta sentencia—que la extensión de la medicina social ha impuesto restricciones a la libertad corporal" (Rev. Trim. Dr. C., 1947, pág. 317.)

(41) Cfr. Com. de LAGARDE, en Revista cit., 1948, pág. 324.

(42) Cfr. El Arch. d'Anthrop. Crim. e Med. Leg. Vol. 51, 1931, pág. 319; p. ej. también PIRAS: *L'accertamento giudiziale della paternità naturale*, en Dir. Priv., XI, 1941, II, pág. 234 y ss.

sujeten en sus personas o en las cosas que estén en su poder, a las inspecciones que parezcan indispensables para conocer los hechos de la causa, siempre que ello pueda llevarse a efecto sin grave daño de la parte o del tercero y sin constreñirles a violar uno de los secretos previstos en los artículos 351 y 352 del Código de Proceso Penal".

"Si la parte rehusa obedecer tal resolución sin justo motivo, el juez puede extraer de tal negativa argumentos probatorios de acuerdo con el artículo 116, párrafo 2.^o" (43).

"Si es el tercero el que rehusa, el juez lo condenará a una multa no superior a dos mil liras."

Es decir, el poder del juez de acordar la inspección de una persona en su cuerpo, puede ser ejercitado de oficio (44); este poder no es limitado y ha de reducirse a aclarar hechos conexos con los que se quieren probar o estos mismos (45); o sea, lo mismo que ocurre en el Ordenamiento alemán con respecto al ámbito de la práctica de la prueba, no se puede ejercitar de modo inquisitivo (46), con un simple objetivo exploratorio, sino que es preciso que se hayan determinado previamente los hechos que se han de probar mediante la inspección (47).

El juez puede abstenerse de llevar a efecto la inspección personal por sí mismo disponiendo que la verifique un consultante técnico en cuyo caso se aplican las normas referentes a la actividad del mismo y sus relaciones con el juez (48).

El respeto a las personas está ampliamente garantizado por el artículo 118 que hemos reproducido (49); además, la que sea sometida a la inspección personal puede hacerse acompañar de persona de su confianza que sea previamente declarada idónea por el juez (disp. 93 de las dictadas para la aplicación del Código); se admite que de la inspección sean excluidas las partes o alguna de ellas (50).

La sumisión de partes y terceros a inspección corporal, una de las cuales bien puede ser la de examen a efectos de prueba biológicos, ha terminado, según FERRARA, con una larga evolución doctrinal del pro-

(43) El art. 116, 2.^o párr., dice: "El juez puede deducir argumentos probatorios de las respuestas que den las partes, etc. de su negativa injustificada a consentir las inspecciones que por él fueron acordadas...".

(44) Cfr. ZANZUCCHI: *Diritto Processuale Civile*, T. II ("Del processo di cognizione"), Milán, 1946, pág. 77; ANDRIOLI: *Commento al Codice di Procedura civile*, Vol. I, 2.^a ed. Nápoles, 1945, pág. 329.

(45) Cfr., ob. cit., en la nota anterior.

(46) Cfr. *El ámbito de la práctica de la prueba en el proceso civil*, de SCHÖNKE, trad. esp. FAIREN, en ADC., 1950 (próximo a publicarse).

(47) Cfr. ANDRIOLI, ob. cit., Vol. I, pág. 331 y s., y *Dell'istruzione probatoria*, en Riv. Dir. Proc. Civ., 1942, Parte I, arg. pág. 177.

(48) Que son los arts. 194, párr. 2.^o y 195. "...

(49) Y también por el párr. 2.^o del art. 260: "En la inspección corporal debe de procederse con todas las precauciones dirigidas a garantizar el respeto a la persona".

(50) Cfr. CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, traducción española GUASP, número 437, pág. 379; JAEGER, *Diritto Processuale civile*, 2.^a ed., Turín, 1943, pág. 442 y ss.; ANDRIOLI, ob. cit., vol. II, pág. 170, al artículo 260.

ceso civil; se ha acabado en tal punto con el derecho a la contumacia (rebeldía), y tanto las partes como los terceros han de someterse a tales operaciones; las primeras, por su deber de contribuir activamente al desarrollo probatorio del proceso; los segundos, por necesidad social de contribuir a la función publicística de Justicia, lo mismo que están obligados a acudir a los Tribunales como testigos. Y en cuanto a las susceptibilidades personales que no provengan de una sensibilidad excesiva o morbosa, en el Ordenamiento Jurídico existen las más amplias garantías de respeto al derecho de secreto (51).

E) En Suiza, según el Derecho federal, el demandado que quiere probar que tiene dudas fundadas e importantes sobre la paternidad que se le imputa, tiene "pretensión" a que se practique la prueba de grupos sanguíneos (52), a fin de demostrar que el hijo no corresponde a sus grupos. La madre y el hijo, en el cantón de Zurich, por ejemplo, se han de someter a tal actividad; si se niega la parte demandante a ello, el juez, de acuerdo con el párrafo 181 tendrá por probada la posición del actor (53) o habrá de invertir la carga de la prueba (54). También son admisibles según la Jurisprudencia del Tribunal federal, las pruebas de investigación antropológica (55). Pero, según la misma, cuando el actor es el padre, negando la legitimidad del hijo, la prueba de grupos sanguíneos no es idónea (56 y 57).

F) La citada prueba se admite también en Polonia (58), en Dinamarca y países escandinavos (59) y en Rusia (60), entre otros países (61).

G) En Austria está en la actualidad en vigor en su Ordenamiento Jurídico el Decreto del Reich de 6 de febrero de 1943; los participantes en el proceso quedan obligados a someterse en caso necesario

(51) Cfr. FERRARA, *Innovazioni e riforma nella procedura delle prove*, en *Luci ed ombre del Diritto nuovo*, Milán, 1942 pág. 31 y ss. Cfr. también la *Re-lazione al Re* para la aprobación del Código, número 29.

(52) Cfr. Jurisprudencia del Tribunal Federal recogida por GULDENER, en *Das schweizerische Zivilprozessrecht*, vol. II, Zürich, 1948, pág. 412, nota número 18 d); y también en STRAULI-HAUSER, *Zürcherische Rechtspflegegesetze*, Zürich 1939 (2.ª ed.) vol. II (*Zivilprozessordnung*) com. al § 269, pág. 385.

(53) Cfr. Jurisprudencia Federal, en STRAULI-HAUSER, II, pág. 385.

(54) Cfr. SCHWEIZER, *Die Leistung des Beweises im Vaterschaftsprozess unter spezieller Berücksichtigung des Zürcher Prozessrechts*, Zürich 1936, página 94 y ss.; STRAULI-HAUSER, cit., vol. II, pág. 385.

(55) Cfr. STRAULI-HAUSER, ob. cit., vol. II, pág. cit.

(56) De acuerdo con la Jurisprudencia Federal (STRAULI-HAUSER, ob. cit., página 391).

(57) CASTRO PÉREZ, estudia en ob. cit., loc. cit., diversa Jurisprudencia suiza sobre la prueba de investigación de grupos sanguíneos.

(58) Cfr. arg. SALVI, *La situazione dei figli nati fuori del matrimonio nel nuovo diritto polacco*, en Rev. Trim. Dr. C. Proc. III, 1949 núm. 2, pág. 385, y ss.

(59) Cfr. GORPHE, ob. cit., pág. 314.

(60) Cfr. sobre este país, en el que no existen trabas probatorias contra la investigación de la paternidad, p. ep., VALTERS, *Das aussereheliche Kind im neuen Sowjetrecht*, en JB., 1948 cuaderno núm. 10, pág. 230 y ss.

(61) En general, sobre la situación en el Derecho Comparado, cfr. FERNÁNDEZ CLÉRICO, ob. cit., pág. 237 y ss.

a la investigación biológica (62) y en especial a la extracción de sangre; siendo posible, en caso de negativa, la coerción inmediata (63).

§ 7. Como ejemplo de Ordenamientos Jurídicos que aceptan y regulan extensamente la posibilidad de las pruebas biológicas, podemos considerar al alemán actual. Expondremos la legislación vigente, y después las construcciones llevadas a cabo en los últimos años posteriores a la segunda guerra mundial por la doctrina con el apoyo de extensa jurisprudencia (64).

Las disposiciones fundamentales son los párrafos 144 y 372 de la ZPO, con las demás disposiciones que a seguida relacionaremos:

§ 144. "El Tribunal podrá acordar que se lleve a efecto una inspección ocular o un reconocimiento pericial.

En tal caso se seguirá el procedimiento establecido para estas pruebas cuando se practican a instancia de parte."

§ 372. "El Tribunal del proceso podrá disponer que a la inspección asistan uno o varios peritos.

La inspección se podrá encomendar a un miembro del Tribunal de la causa o a otro Tribunal, concediéndoles en tal caso la facultad de nombramiento de los peritos."

Está vigente, además, en lo que a esta materia respecta, el Decreto de 6 de febrero de 1943 (también vigente en Austria en la actualidad, como ya vimos) (65).

Art. 4.^º "Declaración de la paternidad por medio de investigación hereditaria y racial" (66). En la Zona rusa se ha hecho desaparecer la expresión "y racial", aplicándose el párrafo 7.^º de la Ley de 12 de abril de 1938 (67).

El párrafo 7.^º de la norma citada dice así:

"Siempre que sea necesario para la declaración de la ascendencia

(62) Cfr., p. ej., WOLFF, *Lehrebuch des österreichischen Zivilprozeßrechts*, segunda ed., Viena, 1947, pág. 343.

(63) Es abundante la jurisprudencia austriaca sobre tales pruebas; cfr., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1940, en relación con la prueba somático-hereditaria retrasada hasta que el niño tuvo tres años de edad (Cfr. en OJZ., 1949, cuaderno núm. 17, pág. 449).

(64) Dimos un resumen de esta doctrina y jurisprudencia en nuestro trabajo *La Jurisdicción civil y su ejercicio en la Alemania ocupada*, en RJC, 1949, número de julio-agosto, 8.

(65) *Verordnung über die Angleichung familienrechtlicher Vorschriften*.

(66) Esta expresión tiene un contenido no restrictivo, sino muy amplio; pues la doctrina se refiere en ocasiones solamente a la investigación a través de la determinación de los grupos sanguíneos, pero lo hace a título de ejemplo. Comprende a toda investigación que sirva para llegar, a través de la consideración de las cualidades individuales de una persona, a una conclusión relativa a su ascendencia (Cfr. STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 17 edición corregida por SCHÖNKE, Tübingen, 1949, fasc. IV apéndice al § 372, III (Ofrece esta edición la característica de no llevar las páginas una numeración correlativa, sino una individualizada por cada párrafo de la ZPO)).

De acuerdo con lo que dice esta obra, la prueba biológica puede referirse a cualidades corporales, intelectuales y caratterológicas (loc. cit.).

(67) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, *Zivilprozeßordnung*, 19. ed. Munich y Berlín, 1950, vol. I, obs. § 372. Sowj.

en un proceso contencioso o procedimiento de jurisdicción voluntaria, las partes, interesados y testigos, y si fuera preciso sus padres y abuelos, deberán someterse a investigación racial y hereditaria, y en especial a la extracción de sangre, a efectos de determinar sus grupos sanguíneos.”

“Si alguna de las personas obligadas por el párrafo anterior se negare sin fundamento justificado, se puede utilizar de modo inmediato la coerción y en especial la comparecencia forzosa, a efectos de llevar a cabo la investigación. No es fundamento de una negativa a someterse a tal prueba la alegación de que el investigado puede ser sujeto a persecución penal si dicha investigación tiene lugar.

Sobre la justificación de la negativa de dichas personas resuelve el Tribunal por medio de auto (68). Contra el que declare infundada la citada negativa a someterse a investigación, la persona que queda sujeta a la misma puede interponer el recurso de queja inmediato; y lo mismo pueden hacer las partes e interesados (69) contra el auto que admite la negativa de una de dichas personas a someterse a la repetida investigación” (70).

En los territorios de la Zona británica estas disposiciones están derogadas; en su lugar rige el moderno párrafo 372 de la ZPO, así redactado:

“Siempre que fuere necesario, a efectos de la declaración de la ascendencia, tal como en los casos de los párrafos 1.591 y 1.717 del Código civil, toda persona deberá someterse a investigación y en especial a la extracción de sangre para determinar sus grupos sanguíneos.”

“Sólo podrá admitirse una negativa a sujetarse a dicha investigación por causas justificadas, no siéndolo a tal efecto la alegación del sujeto de que si se lleva a cabo la investigación cabe el peligro para él o para un familiar suyo de ser perseguido penalmente. Se deben interpretar analógicamente los párrafos 386 al 390; y también cabe, en los casos de reiterada e injustificada negativa, el acudir a la coerción inmediata y en especial a la comparecencia forzosa del sujeto, a efectos de llevar a cabo la referida investigación” (71).

Ya veremos cómo la doctrina germana actual incluye bajo todas estas normas legales los supuestos de sumisión a pruebas de carácter

(68) En la Zona británica, el Tribunal resuelve por sentencia interlocutoria (Cfr. ROSENBERG, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts*, 4.^a ed., Berlin, Munich, 1949, pág. 524).

(69) Como veremos infra, el concepto de “interesados” se refiere a los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

(70) El párrafo 3.^o de este párrafo no tiene vigor, de acuerdo con la Ley núm. 1 del Consejo de Control, artículo 2.^o

Y lo mismo ocurre con el § 9.^o de la Ley antes citada. *Über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen*, de 12 de abril de 1938.

(71) Cfr. el texto de la ZPO, refundida vigente en la Zona británica, publicado por PRITSCH, Juez del Tribunal Supremo para dicha Zona (Hamburgo, 1948, *Rechts und Staatswissenschaftlicher Verlag GMBH*).

somático-hereditario, así como en especial la de comparación de espinas dorsales.

Se considera por la doctrina alemana que la intervención de los peritos en estas actividades probatorias constituye un caso de representación del juez (72); como éste no puede llevar a cabo personalmente las experiencias por carecer de conocimientos técnicos para llegar a un resultado, hace que se practiquen por una persona mediadora, que es un perito en la materia. Por lo tanto—dicen los autores germanos—, se trata de una relación entre la prueba pericial y la de reconocimiento judicial (73).

Estas fuentes de prueba, según hemos visto y veremos, son utilizables en toda clase de procesos. "De acuerdo con el párrafo 144 —dice SCHÖNKE, basándose en la jurisprudencia—, la prueba de grupos sanguíneos es procedente siempre que se espere conseguir algún resultado por medio de ella; así, por ejemplo, cuando una prueba testifical ha debido de dar un resultado determinado, sirve para comprobar la credibilidad de los testigos. Será necesaria en los procesos de declaración de la paternidad y en los de alimentos, si se alega la existencia de relaciones sexuales de la mujer con varios hombres. Se la excluye cuando se trata de peticiones de una simple investigación, así como cuando los posibles padres son hermanos (74). Si la parte se niega a someterse a la práctica de las operaciones precisas, el Tribunal puede llegar a una conclusión probatoria desfavorable al que se negó, apreciando todas las circunstancias (75). Quedan a salvo las facultades del Tribunal de obligar a la sumisión a tales pruebas, que existen solamente en los procesos sobre la ascendencia (76); en los demás, no se puede forzar ni a una parte ni a tercera persona a sujetarse a dichas operaciones (77) y (78).

Todo ello es aplicable a la prueba somático-hereditaria (79); pero cuando la de grupos sanguíneos da un resultado excluyente de la paternidad, huelga aquélla; con lo que se hace patente que la doctrina germana concede mucho mayor valor a la primera que a la segunda.

"La prueba de semejanza somático-hereditaria—sigue SCHÖNKE—no admite llegar a conclusiones tan exactas como la de grupos sanguí-

(72) De una sustitución del Juez por otra persona en la actividad perceptiva de la fuente probatoria (CARNELUTTI, *La prova civile*, 2.^a ed., Roma 1947, página 84 y ss.).

(73) Cfr. STEIN-JONAS; ob. cit., fasc. IV, núm. III, al Tit. 6.^o (Prueba de reconocimiento judicial). Observaciones Previas; SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, 6.^a ed. corregida y aumentada, Karlsruhe, 1949, pág. 238; difiere ROSENBERG, ob. cit., página 525.

(74) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., pág. 238; BAUMBACH-LAUTERBACH, 372, 1).

(75) Cfr. SCHÖNKE, loc. cit.; ROSENBERG, ob. cit., pág. 523; LENT, *Zivilprozessrecht*, 3.^a ed., Berlín y Munich, 1949, página 126.

(76) Cfr. STEIN, *Kommentar*, cit., IV fasc., apéndice al 372, VII; SCHÖNKE, ob. cit., página 237.

(77) Cfr. STEIN, ob. cit., loc. ult. cit.

(78) Sobre todo esto, cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, § 372, 1).

(79) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, § 372, 3, A).

neos, pero tiene valor apreciada juntamente con los demás medios y circunstancias probatorias. Ello no obsta a que una sentencia declarativa de la paternidad pueda basarse solamente en un dictamen pericial de aquél contenido. Si pugna el resultado de dicho dictamen con el de la prueba testifical practicada, aquél sirve a efectos de valorar la credibilidad de los testigos; por el contrario, las declaraciones de éstos no atacan a su fuerza.”

“A pesar de la independencia del juez con respecto a los dictámenes periciales, no es factible que a través de comparaciones llevadas a cabo por él o en vista de resultados parciales del referido dictamen, llegue a una conclusión globalmente opuesta a la de los peritos” (80).

En cuanto al método de comparación de las espinas dorsales, la jurisprudencia ya citada del Tribunal de Göttingen dice que hace posible la exclusión de la paternidad cuando fracasa la prueba de grupos sanguíneos (81).

Las fuentes probatorias de carácter biológico revisten mucha importancia cuando se trata de procesos de paternidad; pues en tal caso, partes, interesados y testigos pasan a estar sujetos forzosamente a ellas (82), con posibilidad para el Tribunal de acudir en caso de negativa o resistencia a medios de coacción. Para poder utilizarlos, es preciso que el auto (o sentencia interlocutoria en la Zona británica) en que se declaró infundada la negativa del sujeto sea ya firme (83), pues ya sabemos que contra él cabe el recurso de queja inmediato (84). Los Tribunales no pueden, por el hecho de la negativa, condenar en costas u ordenar que se abra la vía penal (85).

La doctrina y la jurisprudencia entienden que esta obligación de someterse a pruebas biológicas no existe solamente en los procesos sobre la ascendencia, sino también en otros casos, como, por ejemplo, un proceso sobre el nombre de una persona, uno de tipo hereditario (86), sin que sea preciso que la cuestión de la ascendencia o linaje sea el objeto principal del pleito; o bien cuando desempeñe el papel de indicio de adulterio en los casos de divorcio.

A efectos de sumisión a estas pruebas, el concepto de testigo es muy amplio y se confunde con el de tercera persona. Su deber de sujetarse a dichas actividades tiene igual calidad que el de declarar como testigo (87). Según STEIN-JONAS, el concepto de interesado se refiere a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, en donde no hay par-

(80) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., pág. 238. Cfr. también arg. en BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., t. I, über § 371, 3, C).

(81) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit.

(82) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., loc. cit.; LENT, ob. cit., pág. 126.

(83) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., § 372, 4, C).

(84) Cfr. ROSENBERG, ob. cit., pág. 524.

(85) Cfr. ROSENBERG, ob. cit., loc. ult. cit.; BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., § 372, 4, C).

(86) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., § 372, 1).

(87) Cfr. STEIN-JONAS, ob. cit., fasc. IV ap. al § 373, II.

tes (88), siendo sustituido tal concepto por el de personas que tienen interés propio en el asunto. Para BAUMBACH-LAUTERBACH, el concepto de interesado abarca no solamente a todas las personas que toman parte en el proceso, sino también a aquellas que puedan estar relacionadas de alguna forma con la paternidad (p. ej., un presunto padre que no fué llamado como testigo) (89).

La obligación de someterse a pruebas biológicas supone la participación necesaria del sujeto para hacer posible su práctica; además de ponerte a la disposición de los peritos y en el caso concreto de sopor tar la extracción de sangre (o la toma de radiografías), comprende la necesidad de contestar a preguntas con objetivo de esclarecimiento (90), así como la de restringir la propia libertad de movimientos cuando sea necesario en experiencias que duran algún tiempo (91).

La negativa a someterse a dichas pruebas no está basada en los fundamentos de las negativas de los testigos a declarar (92); ha de ser por causa justificada a juicio del Tribunal, que la apreciará libremente, teniendo en cuenta la objeción opuesta, su importancia y la de la prueba en el litigio de que se trate. Y la apreciación de los Tribunales alemanes en este punto es favorable a la práctica de las pruebas, como lo demuestra el hecho de que no consideren como motivo justificado de negativa el que la prueba pueda hacer trascender públicamente una acción deshonrosa o punible (93), como lo son la violación de un juramento o el adulterio de la madre (94), ni tampoco el parentesco de una de las partes (siendo cercano) (95). Las consideraciones de peligro para la salud (96) y de riesgo económico, profesional, social o cualquier otro, serán más o menos apreciables de acuerdo con la naturaleza de las operaciones técnicas que hayan de llevarse a efecto (97). Y, desde luego, el que opone un motivo de negativa, ha de probarlo (98).

Como particularidad del procedimiento probatorio que sea interesante desde el punto de vista procesal, está la posibilidad del Tribunal de aplazar la prueba de semejanza somático-hereditaria cuando no sea posible obtener resultados en el momento por causa de la corta edad del niño, habiendo necesidad de esperar a que alcance una determinada. Se

(88) Cfr. STEIN-JONAS, ob. cit., loc. ult. cit.

(89) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., vol. I, § 372, 3, B).

(90) La doctrina del Codice di Procedura civile italiano es la misma con respecto a la actuación del consultante técnico.

(91) Cfr. STEIN-JONAS, ob. cit., ap. al § 372, III.

(92) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., vol. I, § 372, 4).

(93) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., vol. I, obs. al § 372, 4).

(94) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., página 240.

(95) Cfr. ROSENBERG, ob. cit., página 524.

(96) BAUMBACH considera que son motivo justificado de negativa.

Recuérdese, con respecto a Francia, cómo repelió el Tribunal Civil de Lille en su sentencia de 18 de marzo de 1947 tales objeciones en el caso de la prueba de grupos sanguíneos.

(97) Cfr. STEIN-JONAS, ob. cit. ap. al § 372, IV.

(98) Cfr. BAUMBACH-LAUTERBACH, ob. cit., obs. al 372, 4. B).

ven ejemplos de aplicación de esta doctrina en la Jurisprudencia austriaca. El efecto de tal aplazamiento es la paralización del proceso (99).

En cuanto a la apreciación de la prueba, ya hemos visto anteriormente que la de exclusión de la paternidad o maternidad es tan absoluta, que debe de producir la terminación inmediata del procedimiento por sentencia que declare tal exclusión en sus pronunciamientos con respecto al supuesto padre; así lo reconoció la doctrina alemana ya hace años (100).

La prueba ha de ser apreciada en cuanto a sus resultados, después de un cuidadoso examen y valoración de todas las circunstancias, es decir, teniendo en cuenta a todas las demás (101).

La admisión de pruebas biológicas en el proceso civil de paternidad origina una serie de problemas, algunos de los cuales no parece resuelto definitivamente.

Uno de ellos es el de determinar si la pretensión de declaración de la ascendencia es o no de estado civil o simplemente lo es declarativa ordinaria; y si se trata de una de ellas, si es admisible o no en la actualidad (102).

Y en segundo lugar, por ejemplo, se plantea el problema de si las situaciones jurídicas obtenidas por sentencias firmes en materia de estado y condición de las personas serán atacables cuando surja una nueva base probatoria por causa del progreso continuo de la investigación científica en tal campo. Por algún escritor se solicitaba la ampliación de la revisión para acoger tales casos, y aun la abolición de los plazos para promover tal medio de impugnación en estas materias (103).

La situación que en numerosas ocasiones se ha planteado a los Tribunales alemanes, es la siguiente: promovido un proceso de constitución de filiación, se dicta sentencia rechazando la demanda; esta sentencia queda firme. Posteriormente, al amparo de los progresos científicos de la prueba biológica, se promueve contra la misma persona una demanda declarativa del hecho de la paternidad, que prospera. ¿Será posible, sobre la base de tal sentencia, promover un re-

(99) Cfr. SCHÖNKE, ob. cit., página 269.

(100) Cfr. ROQUETTE, ob. cit., loc. cit., página 1556.

(101) Cfr. STEIN-JONAS, fasc. IV, ap. ai 372, VI. Cfr. sobre el valor de tales pruebas BAUMBACH-LAUTERBACH, obs. prel. al 371, 3, C).

(102) Cfr. en torno a esta discusión y a la actual orientación jurisprudencial de los Tribunales alemanes: SCHÖNKE, *Die Rechtsprechung zum Zivilprozessrecht seit dem Jahre 1946*, en DRZ., 1949, cuaderno núm. 20, VI, número 12, y cuaderno 22, VII, núm. 3 (págs. 461 y 515, respectivamente); BOSCH, *Die Feststellung des tatsächlichen Vaterschaft (Zum Problem der "Abstammungsklage")*, en DRZ., 1947, cuaderno núm. 6, pág. 177 y ss.; y *Comentario a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Constanza de 21 de marzo de 1946*, en DRZ., 1949, cuaderno núm. 6, pág. 195; MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit., pág. 458.

(103) Cfr. MAHN, ob. cit., loc. cit., pág. 825; FISCHER, *Das Verhältnis zwischen der Abstammungsklage und der Unterhaltungsklage unehelicher Kinder*, en DR., 1939, pág. 748 y ss.

curso de revisión contra el primer proceso? Los Tribunales alemanes han aceptado en general el principio de que las situaciones firmes no son atacables sobre la base de nuevos descubrimientos científicos (104); pero, no obstante, existen divergencias (105).

Exponer en este lugar la situación actual de estos problemas sería alargar este trabajo en méritos de una cuestión que sólo puede tener gran interés para nosotros desde el punto de vista de una futura legislación, que reformando el sistema procesal y material de la investigación de la paternidad o admitiendo las pruebas biológicas de perfeccionamiento progresivo diera lugar a tales problemas. Ya que actualmente pareciendo proscrita por nuestro Tribunal Supremo (como se verá infra), la prueba de carácter biológico, no cabe tal posibilidad de conflicto con referencia a aquélla.

Pero si en el futuro, como propugnamos, fuere introducida en el Ordenamiento Jurídico español la prueba biológica (106), a efectos de la investigación de la paternidad o maternidad, el legislador habría de tener en cuenta en estos puntos concretos los problemas a que su admisión da lugar y las soluciones que, a veces después de largas controversias, han dado los juristas de otros países, evidentemente familiarizados ya con esta especie de fuentes probatorias después de veinte años de tráfico judicial en que se las practica.

Hemos señalado estos problemas a fin de que el legislador considere que no todo es fácil cuando se quiere modernizar el edificio y máquina procesales; que no todo es susceptible de ser despachado en unas pocas sesiones de una Comisión, especialmente aquello que toca a la constitución de la familia. En ningún caso sería admisible en este campo una Ley tan evidentemente defectuosa, como por ejemplo, la de Arrendamientos Urbanos.

§ 8. Y para terminar con esta sumaria revista del Derecho comparado, examinemos lo referente al Derecho y doctrina canónicos.

El canon 1.115 del Codex, § 1.º, dice que "Pater est quem iustae nuptiae desnostrant nisi evidentiibus argumentis contrarium probetur";

(104) Cfr. p. ej.: Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1940, del Tribunal de Primera Instancia de Göttingen, de 25 de octubre de 1939.

(105) Cfr. como bibliografía sobre tan espinoso asunto (espinoso por ser acusada la solución favorable a la revisión de influencia nacional-socialista) los trabajos de MAHN y FISCHER, ya cit. en nota 78; KÜCHLER, *Stent die rechtskräftige Abweisung einer Ehelichkeitsanfechtungsklage o der die rechtskräftige Feststellung einer neuen Klage unter Benutzung der erbbiologischen Abstammungsprüfung entgegen*, en DR, 1939, pág. 40 y ss., con conclusión favorable a tal pretensión, con razonamientos impregnados de matices políticos. Citas jurisprudenciales numerosas pueden encontrarse en DR, índice alfabético ("Abstammung"); cfr. también SCHÖNKE, en sus obras cit., y esp., *Zivilprozessrecht*, cit., pág. 375, así como también en *Die Rechtssprechung*, cit., lic. cit.; ROSENBERG, ob. cit., pág. 711; WOLFF, ob. cit., pág. 375.

(106) En un proyecto de Ley sobre investigación de la paternidad redactado por la Comisión Asesora de Justicia en 1932, se daba entrada a la prueba de grupos sanguíneos (Cfr. ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, notas a la traducción española del *Sistema de Derecho Procesal civil*, de CARNELUTTI, t. IV, página 309).

y en el § 2.^o determina que “Legitimi praesumantur filii qui nati sunt sa. tem post sex menses a die celebrati matrimonii, vel intra decem menses a die dissolutae vitae coniugalis”. Es decir, se trata de la presunción que nuestro Código civil incluye en el art. 108, párrafo 1.^o

Pues bien, la moderna doctrina canónica comienza a estimar que no hay inconveniente de que la prueba de grupos sanguíneos constituya uno de los “evidentibus argumentis” que desvirtúen la referida presunción juris tantum (107). Por ello, GARCÍA BERBERENA estima que el Juez eclesiástico y el Superior deberán de aceptar, a efectos canónicos, una legitimidad o ilegitimidad resultante de una sentencia civil, apoyada a su vez en una investigación de los grupos sanguíneos (108) aunque en el fuero canónico no hayan de ser frecuentes los casos de aplicación del nuevo método probatorio (109).

§ 9. A la admisión de las pruebas biológicas se han ido oponiendo, poco a poco, ciertos inconvenientes de tipo técnico y aún psicológico. Veámoslos.

En primer lugar, apenas comenzó a utilizarse la fuente probatoria del conocimiento y comparación biológica de las personas, surgió el inconveniente (derivado de un derecho material y formal que no había pensado en tales posibilidades), de inexistencia de medios legales para vencer la resistencia de los sujetos a someterse a la misma; muestra de ello, nos la da la Jurisprudencia alemana anterior al año 1938 (110). En este país, la dificultad fué orillada por la Ley de 12 de abril de 1938, que como ya vimos, hizo obligatoria la sumisión a la prueba citada. Y el Tribunal Civil francés de Lille, en su Sentencia, repetidamente citada, de 18 de marzo de 1947, encontrando en el Ordenamiento Jurídico mayores obstáculos que los Tribunales alemanes en el suyo, supo cómo pasar sobre tal dificultad, venciendo la resistencia de la parte en beneficio de la investigación de los grupos sanguíneos (111).

Otro inconveniente—ya obviado actualmente en Alemania, si bien de modo algo discutible (112)—es la falta de fe de los jueces en los resultados de tales pruebas, por ser legos en biología (113), es decir, por prejuicios derivados de falta de formación o de evolución en sus ideas; este inconveniente sólo se puede remediar eficazmente median-

(107) Cfr. GARCÍA BERBERENA, *La investigación de la paternidad por el examen de los grupos sanguíneos y el Canon 1.115*, en REDC, año III, 1949, número de septiembre-diciembre, página 997 y ss.

(108) Cfr. GARCÍA BERBERENA, ob. cit. página 1006.

(109) Cfr. GARCÍA BERBERENA, ob. cit., página 1008.

(110) Cfr., p. ej., en la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Göttingen el 25 de octubre de 1939, con referencia a dos procesos anteriores (uno sobre la paternidad; otro, de alimentos); DR., 1939, página 208.

(111) Cfr. LAGARDE, en Rev. Trim. Dr. C., 1947, pág. 317.

(112) Cfr. supra, y STEIN-JONAS, ob. cit., observaciones preliminares al Tit. VI (Reconocimiento judicial), III, b); SCHÖNKE, *Zivilprozeßrecht*, cit., página 239; DR., 1944, pág. 809 (Jurisprudencia del Tribunal Supremo).

(113) Cfr. arg. en LAGARDE, *Comentarios jurisprudenciales* en Rev. Trim. Dr. C., 1948, pág. 80 y s.

te una adecuada formación de los jueces, haciéndoles comprender, a pesar de no ser expertos en genética ni en biología, la seriedad de tales pruebas y la realidad de los resultados exclusivos de las mismas, por lo menos.

Derivado en parte del anterior, se suscita también el problema de si el Juez habrá de estar o no vinculado al dictamen de los peritos, dado como resultado de sus investigaciones biológicas; de quedar vinculado, realmente los peritos pasarían a ser los verdaderos jueces (114).

Otra dificultad que se oponía frente a la admisibilidad de la prueba de investigación somático-hereditaria en concreto, era la de la necesidad de esperar a veces mucho tiempo para que fuera posible su práctica, por causa de la corta edad del hijo (115).

También se opuso, frente a la prueba de grupos sanguíneos, el inconveniente que suponía la necesidad de hacer comparecer a los cuatro sometidos a investigación simultáneamente ante el perito o peritos (116).

Y por último, se oponía el inconveniente del coste de dichas pruebas experimentales. Desde luego, elevado (117); en muchas ocasiones (y sobre todo, tratándose de procesos sobre alimentos), desproporcionado con la cuantía de las demandas; y con el resultado más decepcionante en muchos casos (118). Por todo ello, aun hoy día son bastantes los jueces que se pronuncian contra la admisibilidad de tales pruebas (119).

Pero enfrente de tantos inconvenientes, no es posible ocultar ni

(114) Indicio del papel que los peritos forzosamente deben de jugar en la prueba biológica es la posición adoptada por el NSDAP, con directrices impregnadas naturalmente, de un sentido político y racial que en otro lugar hemos calificado (Cfr. nuestro trabajo *La Jurisdicción civil y su ejercicio en la Alemania ocupada*, cit. en el parágrafo 1). Técnicamente, alguna de estas directrices es estimable; así, p. ej., la que dice que los peritos deberán evitar en sus dictámenes palabras o expresiones que muevan a duda como "seguro", "verosímil"; han de dar su propio juicio con toda claridad; también se añadía que el Juez no debería basar su resolución únicamente en el dictamen médico, sino en todos los indicios (Sobre ello, cfr. RECHE, ob. cit., loc. cit., pág. 1608; y planteando tales problemas, FRANTZ, *Die neue Rechtssprechung des Reichsgerichts zur Ehehlichkeitsanfechtung*, en DR. 1940, página 1553).

(115) Cir. ROQUETTE: *Die Rechtsstellung des Staatsanwaltes bei der Anfechtung der Ehehlichkeit*, en DR., 1940, pág. 1558.

(116) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit.

(117) Unos 80 Deutsche Marken en total, por los cuatro sujetos la investigación de grupos sanguíneos. (Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit.)

(118) Cfr. arg. MEYERHOFF, ob. cit.; KINDLER: *Die Vaterschaftswertung*, cit., loc. cit., pág. 229. Dice este autor en contra de la prueba de grupos sanguíneos que solamente en muy pocos casos sirve para excluir la paternidad y sólo cuando se trata de dos hombres, pero no de más; dudando mucho de la efectividad de las pruebas somático hereditarias.

Por su parte, los Tribunales franceses siguieron hace años en parte una tendencia negativa frente a las proposiciones de prueba biológica (cfr. supra) y BEUGNON-LAGARDE, en Rev. Trim. Dr. C., 1940-41, pág. 56.

(119) Cir. KINDLER, ob. cit., loc. cit.

desvirtuar la enorme importancia que tienen las pruebas biológicas en cuanto que pueden contribuir en cierto número de casos, en porcentaje que crece con enorme rapidez conforme se perfeccionan las investigaciones científicas sobre la materia (120), a sustituir el juego de las presunciones tan dudoso e injustificado, basándose en indicios de fácil confusión (121).

Estas pruebas tienen la ventaja de dar un resultado objetivo, claro, sin posibilidad de error en cuanto a matices, siempre que tal resultado sea el de exclusión de la paternidad por falta de coincidencia de los grupos sanguíneos o de los caracteres dominantes entre el hijo y los supuestos padre o madre. Tal resultado no está a merced de la apreciación lógica—o ilógica—de matices subjetivables y difíciles, ni de la posible mala fe de las partes o de terceros.

Especialmente refiriéndonos a la de grupos sanguíneos, tiene la ventaja de la pervivencia e inmutabilidad de los mismos, lo cual, si es importante desde el punto de vista médico (122) también lo es desde el jurídico (123), pues hace posible la prueba de hechos cuando otras fuentes probatorias ya se han agotado o perecido (124); no es peligrosa (125), ni difícil (126), ni molesta (127), en general; sus posibilidades de éxito, como ya vimos, son grandes, no sólo intrínsecamente, cuando hay dos hombres conocidos entre los cuales se desarrolla la duda sobre la paternidad (128), sino también para relacionarla con los resultados obtenidos a través de otras fuentes probatorias y llegar al resultado de conocer por medio de aquélla, practicada en primer lugar, si no la identidad, sí al menos la existencia de otro hombre como padre; comprobación que podrá completarse poniendo en acción otros medios de investigación probatorias (129). En cualquier litigio en que se trate de demostrar que una persona a quien se achaca relación paternal o maternal con un hijo determinado, no lo es, lo más

(120) Ya vimos anteriormente que el incremento de tal porcentaje es muy rápido; en veinticinco años, ha pasado de un 10 al 15 por 100 a un 40 a 50 por 100 (cfr. MOUREAU, ob. cit., pág. 154).

(121) Sobre la importancia de tales pruebas biológicas, y desde luego además de la bibl. cit., cfr., p. ej., WUSSOW: *Die Anfechtung der Ehelichkeit nach § 1594, BGB in der höchstrichterlichen Rechtssprechung*, en DR., 1940, páginas 1989 y ss.; GORPHE, ob. cit., págs. 313 y ss.

(122) Cfr. MOUREAU, ob. cit., pág. 136; BRENLLA, ob. cit., págs. 226 y ss.

(123) El gran interés de estas pruebas radica en los casos en que la presunción se interpone cuando el hijo tiene ya una edad avanzada; pues no son perecibles, en tanto que otras pruebas o indicios probatorios (como p. ej., la de la mala conducta de la madre en la época de la concepción) lo son (cfr. LAGARDE, comentarios jurisprudenciales en Rev. Trim. Dr. C., 1938, págs. 50 y ss.).

(124) Cfr. la nota anterior.

(125) Cfr. LAGARDE, com. jurisp. últ. cit.

(126) Cfr. Sentencia del Tribunal civil de Lille de 18 de marzo de 1947; ROSENBERG: *Lehrbuch*, cit., pág. 523.

(127) Cfr. ROSENBERG, ob. cit., loc. cit.

(128) Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 4 de enero de 1940, en DR., 1940, pág. 543.

(129) Cfr. LAGARDE, com. jurisp. en loc. últ. cit.

apropiado será recurrir a este género de pruebas, de eficacia objetiva creciente.

En cuanto al inconveniente opuesto a la prueba de semejanza somático-hereditaria, de haber en ocasiones la necesidad de aplazarla—y con ello de interrumpir el proceso—hasta que el hijo adquiera una determinada edad (dos, tres años), queda eliminado en la de comparación de las espinas dorsales, ya que es posible practicarla en niños de corta edad (130), y tampoco se da, por lo general, en la de grupos sanguíneos (131). Igualmente desaparece ante la prueba comparativa de las espinas dorsales la objeción de haber de comparecer los cuatro sujetos simultáneamente ante los peritos, ya que para tal prueba es suficiente que se hagan tres radiografías (al menos) a cada sujeto independientemente (132); en cuanto a su carestía, dice, MEYERHOFF ser muy poco mayor que la de la determinación de los grupos sanguíneos (133).

Más gravedad tienen el inconveniente de la falta de confianza que los jueces puedan tener en la prueba; ello deriva de una falta de conocimiento de la seriedad y trascendencia de dichas pruebas; falta que debe desaparecer ofreciendo al Juez contactos tanto legales (peritos) como extralegales (hombres de ciencia especializados) que demuestren las técnicas y sus resultados estadísticos (134).

La vinculación o no del Juez al dictamen pericial también es una cuestión de importancia. Ha de tenerse en cuenta que la doctrina construye hoy la figura jurídica del perito como auxiliar del Juez; considérese además que en un gran porcentaje de casos (cada vez mayor) suministrará aquél un dictamen científicamente razonado de exclusión absoluta de la paternidad; forzosamente ligar al Juez, o por lo menos impedirle que extraiga de fundamentos parciales del dictamen combinados con otras pruebas consecuencias globalmente diferentes de aquéllas a que el perito llegó en resumen.

Con ello la función judicial queda incrementada de una delicada labor, pero se le suministra a la vez una buena arma probatoria.

Otra cuestión es la de la preparación necesaria de un buen núcleo de peritos especializados en las pruebas biológicas; su antecedente necesario es la creación de centros de investigación que los preparen en número suficiente y en los cuales pueda llevarse a cabo la prueba sin merma de la economía procesal, ni en lo posible, de las particulares de los interesados. Todo ello es cuestión de técnica y de que el Estado destine, antes que a otros gastos, a estas necesidades primordiales de Justicia cantidades suficientes para proveer a todo.

(130) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., pág. 458.

(131) Cfr. MEYERHOFF, arg. loc. cit., y nota núm. 94.

(132) Cfr. MEYERHOFF, ob. cit., loc. cit.

(133) Cfr. MEYERHOFF, loc. cit. El coste de esta prueba: de 12 a 13 radiografías entre los cuatro sujetos, es de unos 100 DM.

(134) Algunos de los autores citados en este trabajo desempeñan puestos de Magistrados; destaca como convincente la opinión de GORPHE, aplicando un Ordenamiento Jurídico nada favorable a las admisibilidades de aquéllas.

Ahora bien, es cuestión primordial la de no poner en marcha el mecanismo de estas pruebas sin tener plena preparación tanto científica como jurídica (legislativa). Se debe de cuidar mucho en la elaboración de las normas que pudieran introducirlas. Aquí se han bocetado algunos de los problemas que suscitan; pero hay muchos e importantes. Solamente el que promueve el choque de la cosa juzgada anterior con la plena demostración científica de su injusticia al amparo de estas nuevas fuentes probatorias nos lleva de nuevo al problema de la esencia jurídica de aquélla, en cuya doctrina es posible que tales innovaciones promuevan nuevas tendencias.

§ 10. Ya dijimos al comenzar esta exposición que la legislación española es de admisión muy restringida en cuanto a la investigación de la paternidad y que la jurisprudencia sigue sus pasos. No nos referimos, p. ej., a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1886 ("el parecido o semejanza de señales en el cuerpo entre el hijo y el supuesto padre no es signo de paternidad, ni es pertinente una prueba de reconocimiento que tienda a verificar esos puntos"), ya que en tal época todavía no eran conocidas las tangibles pruebas biológicas; pero hace poco el referido alto Tribunal, tratando de un caso en que se alegó imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en la época de la concepción, dijo que "no cabrá conceder (valor probatorio) a las (pruebas) de carácter biológico por ser contrarias al criterio que preside la fijación de las presunciones adoptadas por el legislador". Este respeto cierra un amplio campo de aplicación a las fuentes de pruebas biológicas.

Pero quedan otros puntos en que nuestro Código civil no se muestra tan impermeable a la prueba de la ascendencia; así se ve en la sentencia dictada por el mismo Tribunal Supremo el 5 de febrero de 1949, con relación a la declaración de la filiación natural: "Entendiendo —dice— que la investigación de la paternidad, como distinta del reconocimiento a que se refiere el artículo 135 del C. c., admite toda clase de pruebas..."

Cierto es que se trataba de un caso en que el supuesto padre había muerto y que para nada se aludió a ninguna prueba biológica; pero habiéndose admitido ampliamente la documental y, también se deduce de la sentencia, la testifical, es evidente que en casos análogos podría admitirse la de reconocimiento pericial. ¿Cabe la prueba biológica por este portillo? Queda la pregunta sin responder.

Con ocasión de dudas semejantes, GORPHE dice: "Se ha discutido sobre si este medio de prueba (y se refiere con ello a la de grupos sanguíneos) es compatible con las estrechas normas que regulan la materia en nuestra legislación, tanto para la admisibilidad de la acción como a efectos probatorios. Pero siempre que se encuentran casos en que la investigación de la paternidad es admitida y la prueba puede ser llevada a cabo con libertad no se ve la razón por la que no se podría recurrir a presunciones de tal especie (135).

(135) Cfr. GORPHE, ob. cit., págs. 314 y ss.

No es posible pensar que el derecho aplicado por los Tribunales continúe inmutable ante el progreso científico; se hace, por otra parte, preciso adherirse a la tendencia que preconiza la obtención de la verdad material y no simplemente formal o restringida en los procesos sobre la condición de las personas, y para ello nada mejor que admitir la práctica de pruebas biológicas; aún más, hacerlas exigibles siempre que mediante ellas pueda llegarse o coadyuven a llegar al resultado deseado.

La jurisprudencia francesa, luchando con toda clase de dificultades, nos marca la pauta; es preciso acometer resueltamente el problema de la investigación de la paternidad, revisando los textos legales vigentes.

No nos permitimos en este lugar exponer una serie de posibles ideas sobre lo que debieran ser las nuevas normas legales en relación con la prueba biológica de la ascendencia; nos contentamos con poner de manifiesto la importancia que hoy día concede el mundo jurídico a tal fuente de prueba indirecta. Asimismo exponemos nuestra opinión de que, siempre previa consulta de los especialistas, tanto médicos como juristas, el legislador, en el futuro, debe contar siempre con ella como medio para sustituir a mecanismos probatorios que en cuanto a resultados objetivos incontrovertibles han pasado hoy día a estar muy por detrás de los tipos biológicos, revisando si es preciso las líneas generales de la legislación vigente (36).

Dejando aparte la perentoriedad de que frecuentemente parece verse acometido el legislador español (no perentoriedad en el tiempo, sino en la tarea legislativa), la materia debe de ser profundamente estudiada sobre la base de la doctrina y jurisprudencia de los países que, evidentemente más adelantados que España en tal punto, están ya familiarizados con el manejo de las citadas fuentes probatorias.

Es decir, el legislador no deberá olvidar—a veces parece que ello ocurre—que existe, y se deben seguir sus normas, una técnica legislativa.

(36) CASTRO FÉREZ, en ob. cit. págs. 175 y c., da una serie de ideas sobre estas futuras normas legales; discrepamos en algunos extremos, que subordinan excesivamente la admisibilidad de tales pruebas.

El pasado inmediato del Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA

Registrador de la Propiedad y Letrado del Ministerio de Justicia

Considerando Alvaro D'Ors la presunta crisis actual de los estudios romanísticos, consigna algunas frases dignas de especial atención. En efecto, hay que inducir que entiende confirmado el fracaso actual de nuestra disciplina, cuando niega: "No hay que pensar que el Derecho romano haya de hundirse arrastrado por el naufrago lastre del Derecho privado moderno, al que se halla unido..." (1). Y más adelante, sobre la presunta crisis de éste, se pregunta: "¿Se trata de que el Estado invade la zona de lo individual? No. Eso es una mera apariencia. Lo que pasa en realidad es que la construcción del Derecho civil, excesivamente estabilizada, se ha roto por aquellos frentes que, por sufrir un roce más directo con la marcha de los acontecimientos históricos, ofrecían menos resistencia. La esfera perfecta del Derecho civil se ha roto en los puntos más sensibles: un día es el contrato de trabajo, otro día el matrimonio. ¿Y qué quedará del Derecho civil? ¿Qué quedará de aquella armónica estructura tan admirada, pulida y defendida por los civilistas? No quedará nada" (2).

Es cierto que luego descubrirá la finalidad casi exclusivamente dialéctica de tan duro pesimismo para revelar su confianza en la restauración de su disciplina al debido esplendor. "Esta confianza nos la da la Historia del Derecho romano, porque éste, en su largo curso de evolución, pasó dos veces por crisis análogas..." "El fenómeno no ocurre por primera vez y sus consecuencias no son catastróficas" (3).

Pero si como "civilista-romanista" esta confianza le acompaña, como "civilista" admite la tristeza y el temor ante la crisis del Derecho privado (4).

(1) D'ORS: "Presupuestos críticos para el estudio del Derecho romano", Salamanca, 1943, página 17.

(2) y (3) Op. cit., páginas 18 y 19.

(4) Es natural esa confianza de los romanistas si, como parece, entendiendo fracasado y en trance de desaparición el Derecho civil, elaborado a partir del siglo XVIII, propugnan la elaboración de otro "nuevo", cuyas bases, en los países latinos, no pueden ser sino predominantemente romanas. Piensan casi en

No es nuestro propósito ni nuestra misión pronunciarnos sobre lo fundado o infundado de tales esperanzas. Resulta evidente que, a título de ciencia histórica, el Derecho romano tiene asegurada una pervivencia general y distinta de la que específicamente pueda corresponderle para la elaboración del pretendido Derecho civil futuro.

Nuestro cometido, en este punto, habría de centrarse en contrastar la pretendida realidad de la crisis del Derecho civil y su posible causalidad trascendente e inmanente. Sin embargo, ello excedería de los límites de este trabajo, puramente informativo y referido a lo inmediato en el tiempo.

Desde 1917 y 1919 pudieron registrarse en el campo del Derecho civil transformaciones que, reflejo de las operadas en el Derecho público, han intentado—y en ocasiones obtenido—carta de naturaleza dentro de la órbita tradicional de sus instituciones. Ciertamente que la trascendencia de tales movimientos no parece excesiva. El profesor Pérez Serrano, en su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, observaba cómo las Constituciones, que nacieron con pretensión de perennidad, han ido pasando, mientras encanecen vigentes los Códigos civiles y mercantiles en la mayor parte de los países.

Vale, pues, la pena aquilatar con cierto detalle lo ocurrido en el Derecho civil de los últimos años.

Tomemos como ejemplo la Rusia soviética y veamos los resultados obtenidos en su lucha contra el Derecho civil tradicional.

En principio, la *propiedad del Estado* (5), la *propiedad de las cooperativas* (6) y la *de los "kolkhos"* (7) vinieron a sustituir como fórmulas de propiedad socialista a la antes típicamente privada. Sólo los bienes destinados a la satisfacción de necesidades cotidianas de lecho y vestido subsistieron como tal propiedad privada con el nombre de "personal" (8).

En pleno desorden revolucionario el tráfico prácticamente desapareció y la producción vino a quedar anulada. Tan grave fué el fracaso

elevar su histórica disciplina a la condición de futuro Derecho "universal" (D'Ors emplea decididamente esta terminología, op. cit., pág. 25). Por su parte, URSICINO ÁLVAREZ recoge las posiciones doctrinales que lo conciben como "guía segura de la razón humana" (*Partsch, Windscheid y Petrazycky*), aunque inclinándose a la posición más moderada de *Mitteis*: "La función principal del Derecho romano será siempre en lo futuro la de construir un sistema de Derecho privado armónico, cerrado en sí mismo y, por así decirlo, de carácter absoluto" (ÁLVAREZ: *Horizonte actual del Derecho romano*, Madrid, 1944, páginas 37-38).

(5) Suelo, subsuelo aguas, bosques, explotación de las minas del transporte fluvial, marítimo, terrestre y aéreo, los bancos, los seguros, la totalidad del comercio exterior y buena parte del interior, servicios de información, inmuebles urbanos de las grandes zonas y las grandes fincas rústicas explotadas en régimen de los "sovkhosy"; todo pertenece al dominio del Estado.

(6) Ramas no estatizadas de la industria.

(7) Explotaciones agropecuarias colectivas.

(8) HEINRICH FREUD: "L'avenir du Droit civil dans l'Union Sovietique", París, 1938, pág. 363, trad. de PAUL ROUBIER y H. MANKIEWICZ.

del "sistema" que el propio Lenín hubo de reconocerlo y, apelando a la iniciativa privada, paliar un poco aquella concepción comunista militante del Derecho civil de propiedad, a través de dos instrumentos: la N. E. P. y el Código civil de 31 de octubre de 1922. Ambos respondían al mismo lema de crear garantías jurídicas a la propiedad privada para estimular la libre concurrencia en la producción. Especialmente el Código, preparado en los primeros meses de la N. E. P. por Hoichbarg, era ecléctico, hasta el extremo de proclamar la libertad de la industria y la propiedad privada de las empresas comerciales y de los instrumentos de producción.

Cierto que sólo se volvió al Derecho civil pseudotradicional en tanto se procedía al reajuste de la economía soviética. El XV Congreso del Partido Comunista ruso marca la decadencia de aquel período, que pareció de aburguesamiento de las concepciones soviéticas, para iniciar otro específico y propio, el de los planes quinquenales. En efecto, y a partir del discurso de Stalin en diciembre de 1927, desaparecen de nuevo las garantías jurídicas de la propiedad y de la iniciativa privada, es anulado el comercio particular, decae la N. E. P. y, de hecho y sin una derogación expresa, pierde vigor el Código civil de 1922 (9), hasta el extremo de plantear el problema de si subsistía realmente.

Para la ejecución de los planes quinquenales se dictan disposiciones ordenando a las empresas y organizaciones estatales y cooperativas que intervendrán en el ciclo de producción y de realización, a celebrar unos "contratos económicos" generales y locales, comprometiéndose a su respectiva aportación, en el plazo y circunstancias que las propias intrucciones administrativas determinan. Tales contratos generales son concluidos, en primer término, por los distintos Comisariados para la producción en sus diferentes ramas: los locales se celebran entre organismos y entidades subordinados. Cada año se reproduce esta "campaña de contratos", tendiendo a interesar a los diversos sectores de la economía en favor de las realizaciones propuestas.

No es profundizar demasiado en la cuestión afirmar que los referidos contratos contrastan fuertemente con los clásicos civiles; que su naturaleza rebasa incluso—en cuanto a ausencia del factor autonómico voluntario—a los llamados por nuestra técnica "contratos de adhesión". Son realmente, como entiende Freundt, contratos "dictados", en los que la ausencia de consentimiento libre por parte de los contratantes es tan completa que no es infrecuente que determinado organismo, obligado a realizar una prestación que juzga excesiva a sus medios, haya de provocar alguno de los llamados "conflictos relativos a los contratos preliminares", especie de litigios de contenido económico (en el sentido propio de este término), que también son yugulados más

(9) He aquí una aplicación de la que los juristas soviéticos llaman "concepción dialéctica" de las normas jurídicas y que entiende que nunca en la historia de la Humanidad las garantías jurídicas han gozado de una completa vigencia.

que resueltos por otros organismos estatales, a título de "árbitros" de la capacidad productora o transformadora del reclamante.

En torno a estos "contratos económicos" y al régimen de créditos para la financiación de los planes se ha pretendido hacer nacer un nuevo Derecho civil de ámbito extensivo, con la denominación, tal vez germánica, de "Derecho económico" (10), pero acerca de cuyo concepto y contenido no están de acuerdo los propios juristas soviéticos.

ANFITEATROV parece distinguir, en efecto, dentro del Derecho económico, uno "administrativo" ("sistema de derechos y obligaciones de orden patrimonial, que caracterizan las relaciones jurídicas entre empresas y organizaciones socialistas, dentro del cuadro de la producción y el comercio soviéticos") y otro "civil", que define como "regulador de los créditos y obligaciones de los trabajadores, las relaciones jurídicas basadas en la propiedad personal, los bienes de consumo y las economías privadas" (11). En vista de esta división, opina FREUNDT, anteriormente citado, que debe considerarse arbitraria dentro de la concepción soviética del Derecho económico, puesto que el llamado administrativo necesariamente participa de buena parte de los principios inspiradores del denominado civil, en cuanto a las líneas generales de los contratos en él contenidos, al menos.

Es notable, por otra parte, la exclusión, en la definición del último, de todo lo que hace relación a la propiedad y derechos reales de las cooperativas, del Estado y de las entidades públicas, así como del régimen personal y patrimonial nacido del matrimonio y de las relaciones familiares y la consecuencia tradicional de ambos, el Derecho sucesorio.

En una línea más aproximada a la concepción occidental y clásica del Derecho privado, STUTSCHKA (12) intentaba llegar a una diferenciación absoluta entre el Derecho económico, al que calificaba de administrativo, y el civil, que debía ser el patrimonial de los trabajadores simplemente. De aquí su idea defensora de un "pequeño Código civil", frente a quienes propugnaban un Código económico general, comprensivo también de las pocas relaciones estrictamente privadas subsistentes después de la derrota de la N. E. P.

Buena prueba de que los problemas del Derecho civil típico llegaron a preocupar seriamente a los soviets la constituye el hecho de que, en torno a su derecho a subsistir, surgieron tres direcciones entre sus

(10) Sobre el concepto del Derecho económico entre los distintos autores germánicos, puede consultarse E. R. HUBER: "Wirtschaftsverwaltungsrecht", 1932, página 2.

(11) ANFITEATROV en el artículo que dedica en la Enciclopedia del Derecho económico soviético a los contratos nacidos del Plan ("Course sovietskovo khosiaistvennoy pravy", 1935, tomo II, pág. 32 y sig.), y en el publicado en la revista *Sevetskoie Gosoudarstvo*, 1936, núm. 4, página 86.

(12) Presidente del Tribunal Supremo de la República Soviética Federada Rusa, Vicecomisario del pueblo para la Justicia y Director del Instituto de Derecho soviético de la Academia comunista, fallecido en 25 de enero de 1932. Autor del proyecto del Código civil de 1931.

juristas: la defensora de la "línea general", representante de la ortodoxia comunista; la de los llamados "oportunistas del Derecho", de orientación conservadora, y la oposición izquierdista (calificada más tarde de trotskistas, con todo lo que este apelativo implica entre los stalinistas...), y con las agrias discusiones que oficialmente acabaron en el llamado Congreso de Profesores de Derecho público marxistas, que condenó, por igual, a los "desviados" de la derecha y de la izquierda, sin otras excepciones que las del citado Stutschka y la de PASCHUKANIS, en razón, al parecer, de haberse estimado debidamente los esfuerzos de ambos para construir un Derecho soviético general.

Desaparecido Stutschka, renace la fórmula unitaria, integradora del Derecho civil en el económico general, con un proyecto de Código defendido por GINZBURG, el hombre nuevo entre los juristas rusos, cuyo esquema es el siguiente:

Primera parte.—"Disposiciones generales", comprendiendo:

- I. La propiedad.
- II. La planificación y el cálculo económico socialistas.

Segunda parte.—"Organización de la economía", conteniendo:

- I. Disposiciones generales sobre las personas.
- II. Organizaciones económicas estatales.
- III. Cooperativas.
- IV. Personas privadas, con las siguientes secciones:
 - 1) Capacidad jurídica.
 - 2) Derecho de sucesiones.
 - 3) Defensa de la salud y la vida; y
 - 4) Alimentos (literalmente "Rentas alimenticias").

Tercera parte.—"Organización de las relaciones económicas" (Derecho de la contratación).

Sin embargo, el plan de Ginzburg no parece tampoco haber triunfado completamente. El Derecho civil quedaría en el Código económico repartido y desdibujado hasta crear verdaderos problemas técnicos de aplicación. Y tal vez por eso toma otra vez cuerpo—a partir de la Constitución soviética de 1936—la dualidad de Stutschka, si bien que situando el Derecho de la economía en el plano predominante y el civil en otro secundario.

Partiendo de una frase de Stalin, pronunciada hace relativamente poco tiempo ("El Estado no se interesa por lo que el particular hace de su propiedad personal"), parece afianzarse la idea de un Derecho civil, de ámbito modesto, pero de líneas que recuerdan la tradición continental europea en la materia. BORISOV propugnaba en 1936: "El Código civil de la U. R. S. S. deberá ser el de la época socialista y regular, además de las relaciones jurídicas relevantes del sector socialista resultante de los fundamentos económicos de la Unión—es decir,

la propiedad socialista de los medios e instrumentos de producción—, las relaciones jurídicas que descansan en la propiedad personal de los trabajadores” (13).

Con mayor claridad, ANTONOV-SARATOVSKI confesaba un año después: “Nosotros no nos negamos a recurrir a las formas jurídicas que se han desarrollado a lo largo de la Historia, sino que, utilizando los resultados de su evolución, los dotaremos de una forma y un contenido socialistas” (14).

Parece que la explicación de estas últimas actitudes—últimas hasta donde se extienden cronológicamente nuestros materiales de trabajo, debe buscarse en el terreno político, porque si, como piensan algunos juristas soviéticos, la lucha de clases puede considerarse prácticamente terminada en la U. R. S. S., no debe haber grandes inconvenientes para ampliar el ámbito y el contenido económico de la “propiedad personal”, puesto que los perfiles de la “socialista” están tan claramente delimitados (?) que no cabe el peligro, temido durante el período de vigencia de la N. E. P., de que surja un nuevo capitalismo... distinto del capitalismo del Estado y las organizaciones cooperativas.

Los acontecimientos, pues, han venido a confirmar la opinión que expusiera en 1934 el profesor de la Universidad de Cracovia, GOLAB, cuando escribía a propósito del tema “La familia y la propiedad”, que en Rusia se ha intentado, ante todo, aplastar el Derecho privado capitalista, descartar el individualismo en lo jurídico y sustituir el concepto “derechos” por el de “funciones sociales”. Sabemos que, al regreso de ciertas reformas, ha debido volverse al capitalismo, aunque sea en la forma estatal, y que, al amparo de éste, han debido hacerse concesiones a los interesados individuales y a los derechos privados (15).

Cuando el Código civil decreta que los derechos civiles sólo son protegidos en cuanto se ejercitan de conformidad con el fin social y económico, reconoce, continúa el autor citado, la existencia de sujetos de derecho, su capacidad jurídica, su posibilidad de adquirir y enajenar, de fundar empresas y de realizar actos jurídicos, todo, naturalmente, dentro de las limitaciones y reglamentaciones administrativas en vigor, pero dentro de esos límites el propietario de un objeto puede poseerlo, utilizarlo y transmitirlo.

La pretendida destrucción, o al menos “desindividualización”, del Derecho civil en Rusia no se estima, pues, como lograda. Aún podríamos aportar en este sentido el testimonio de DNIESTRZANSKI, en cuyo sentir la promulgación del Código civil soviético tuvo como finalidad primordial la de suscitar la iniciativa privada y proceder a la reconstrucción de la esfera jurídica individual (16). Pero tememos que tanto el testimonio de Golab como el del autor últimamente recordado hagan más relación al período económico político que presidió el signo de la

(13) BORISOV: “Isvjesta”, de Moscú, del 17 de julio de 1936.

(14) ANTONOV-SARATOVSKI, en “Isvjesta”, el 8 de mayo de 1937.

(15) STANISLAW GOLAB: “La familia y la propiedad”, en *Notre Avenir*, Varsovia, 1934.

(16) En el *Journal juridique et économique*, 1932, pág. 7 y sig. (extracto).

N. E. P. que a las tendencias posteriores, francamente inspiradas en el "comunismo militante" de los primeros años de la Revolución. En materia de propiedad no parece haberse ido muy lejos en la ampliación del ámbito de la "personal", y aun ello a título de "simple vestigio, sin importancia, de la economía privada" (17). Y, en general, es posible que, si bien subsista un cierto Derecho civil regulador de lo que al Estado soviético resulte adiafórico en la esfera privada de los individuos, sus directrices inspiradoras, tan alejadas de las tradicionales nuestras, haga que bajo las mismas o parecidas denominaciones se hallen instituciones y contenidos en poco parecidos a los que nos son familiares. La concepción del hombre en función absoluta de la comunidad socialista explicará, en tanto se mantenga, la absorción del Derecho civil en el Derecho de la economía, tal vez como reflejo positivo del materialismo histórico marxista. Pensar que puede renacer en la Rusia soviética un Derecho civil individualista al modo clásico es, sin duda, esperar rectificaciones filosóficas en los rectores de la Federación, y que no son de previsibles observando el tono orgulloso y satisfecho de la actual literatura oficial. Sirva de ejemplo en este punto el llamado "Manifiesto electoral del Comité Central del Partido Comunista de la U. R. S. S.", publicado a propósito de los últimos acontecimientos políticos internos de la Unión (18).

* * *

En el Derecho civil de la Alemania anterior a 1945 aparece un elemento caracterizador, que quedará como distintivo del sistema jurídico nacionalsocialista. Recordándolo de nuevo, aparte repetir ideas ya muy conocidas, corremos el riesgo de transformar estas notas en la crónica jurídica retrospectiva de los últimos años, pero creemos que algunos de sus datos tienen el interés suficiente para merecer la exhumación.

Aquel elemento caracterizador—el espíritu de la comunidad como fuente del Derecho—tine por igual no sólo al civil, sino a todo el sistema especulativo y positivo alemán, pero la adscripción tradicional y pedagógica de la teoría de las fuentes al civil autoriza en cierto modo a tratarlo en este artículo.

Para seguir un orden lógico conviene precisar el concepto espíritu de la comunidad alemana. A este propósito parece interesante citar la construcción que Franzen exponía hace unos años: "La idea material del Derecho, que el triunfo de la Revolución alemana le ha permitido recobrar, parte del principio de que el más alto valor terreno es el pueblo. El pueblo no es una suma de hombres que habitan en el mismo territorio, sino una unidad independiente que constituye un todo orgánico, que debe su formación a la comunidad de sangre, a la comunidad de tierra natal y a la comunidad de destino. En la vida jurídica esa comunidad se manifiesta en el hecho de que el pueblo dicta las líneas directrices de lo que debe llegar a ser Derecho, e igualmente

(17) ROBERT-EDOUARD CHARLIER: "La nouvelle Constitution stalinienne de l'Union Soviétique". París 1938, página 342.

(18) Marzo de 1950, trad. francesa: "Notes et études documentaires", París.

por el hecho de tomar posición en los conflictos de orden jurídico. Su voz es la conciencia popular del Derecho. Esta conciencia no es la que tiene de lo jurídico un miembro particular de la comunidad, ni siquiera la del Juez... La conciencia popular es, en verdad, irracional. Sirviéndose de una imagen, podría definirse como el modo de sentir el Derecho el tipo ideal del hombre alemán. Y el Derecho de la conciencia jurídica es el que corresponde a la esencia del ser alemán. Es esta conciencia y no la resolución accidental de una mayoría parlamentaria la que, en definitiva, dota a la norma jurídica de justificación. A la legalización por el Parlamento, en los Estados donde las leyes se elaboran con un espíritu de neutralidad hacia los valores, se sustituye en el Estado nacionalsocialista por su legitimación en la conciencia del pueblo. Nuestro orden jurídico surge de un punto de partida superior a toda legislación positiva y se basa en una determinada concepción del mundo (19).

Tal concepción podría sintetizarse, como lo hace Duquesne, pensando en un espíritu objetivo y propio del pueblo alemán, del cual derivaría, como de una fuente profunda y originaria, la idea de un Derecho alemán, anterior y superior a sus expresiones positivas.

Ya es sabido que ni los propios nacionalsocialistas pretendieron haber sido originales. Tal concepción había sido expresada a principios del siglo XIX por los fundadores de la Escuela Histórica, Savigny y Puchta, influídos, en mayor escala el último, por el idealismo trascendentalista de Schelling y de Hegel. Una idea absoluta presidiendo el origen y desenvolvimiento de los derechos positivos. Los teóricos nacionalsocialistas no hicieron sino recoger aquella idea reforzándola como una concepción racista ("völkisch") de la comunidad popular y encuadrándola en su sistema políticofilosófico general (20).

Ciertamente el dato fundente de la comunidad alemana no es ya, en las nuevas doctrinas, el cultural o el geográfico, ni siquiera el geopolítico. Es el de la sangre. Un testimonio como el de Steinacher, Director de la Liga Popular para el Germanismo en el extranjero, es irrecusable por su evidente autenticidad: "Alemania y el Estado alemán no son la misma cosa. El pueblo alemán es mucho más que la suma de ciudadanos del Imperio. Como súbditos de éste, somos ciudadanos del Estado; como pertenecientes a nuestro pueblo, somos miembros de la comunidad popular. Nuestros enemigos han podido privar a millones de alemanes que habitan fuera de nuestras fronteras de la calidad de ciudadanos del Estado: pero como miembros de la comunidad popular, esos alemanes continúan perteneciéndonos de manera indisoluble. lo mismo que nosotros, los alemanes del Reich, continuamos perteneciéndoles. La Alemania eterna reposa sobre el fundamento de nuestra comunidad popular" (21).

(19) HANS FRANZEN: "Gesetz und Richter", 1935, páginas 13-14.

(20) KARL LARENZ: "Rechts u. Staatsphilosophie der Gegenvart", 1935, página 130.

(21) HANS STEINACHER: "Das Buch vom deutschen Volkstum", 1935, página 415.

Pero, tal vez, el problema más grave con que tuvieron que enfrentarse los mismos teóricos alemanes no fué el de la objetivación del espíritu de la comunidad racial, sino el de las formas externas de su manifestación. Excluida, desde luego, la fórmula mayoritaria de voluntades individuales manifestadas, podía parecer admisible atribuir a determinados grupos—la Judicatura, especialmente—la función de expresarlo y realizarlo. Sin embargo, no fué así, y, por razones políticas fácilmente comprensibles, prefirióse atribuir tal función, de modo excluyente, a la suprema jerarquía. Según Larenz, el acto “rector” del Führer era individual, pero expresivo de una idea supraindividual, que no era otra que el espíritu del pueblo, “fundamento y fin” de la actividad intelectual de aquél (22).

No intentamos en esta ocasión recoger las críticas formuladas desde todos los ángulos clásicos de visión contra la concepción expuesta. Pensamos en las que anteriormente se hicieron a Savigny y a Puchta, y particularmente, en las meditadas páginas de Bergbohm, de vigencia tal vez y todavía para la tesis nacionalsocialista (23).

Como reflejos específicos y menos conocidos de aquella doctrina general, en el campo del Derecho civil, podrían citarse los relativos a la teoría de los derechos subjetivos privados, reconocidos sólo en cuanto cumplan la función de alejarnos de la “vida gregaria de las edades primitivas” que el colectivismo brutal de las prácticas bolcheviques intenta resucitar (24), o, tal vez, como elemento que enlaza la comunidad alemana en el tiempo. En este sentido se dijo que “el derecho hereditario es una expresión de la naturaleza histórica del hombre, del lazo espiritual y moral entre generaciones sucesivas” y que permite a los vivos “continuar la obra civilizadora de las precedentes y tener confianza en la prolongación de esa obra por las generaciones venideras” (25).

El nacionalsocialismo ha desaparecido y con él las desorbitaciones que creó en torno a la dirección historicista. Es, pues, político abominar de tales exageraciones, pero sin que el afán negador nos lleve a desconocer también que la Escuela Histórica tuvo y conserva vigencia suficiente como para constituir por sí sola una dirección trascendental en la ciencia jurídica. Algo de romántico hay en ella que nos atrae por su oposición a la fosilización de las normas y por su tendencia hacia lo nacional popular. Por otra parte, todos los sociólogos y filósofos del Derecho reconocen que éste es en cada momento el resultado del fondo cultural presente y pasado de un pueblo. Pues bien, ¿qué diferencia hay entre esta concepción y la del espíritu del pueblo como fuente del

(22) Op. cit., págs. 163 y 164.

(23) BERGBOHM: “*Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*”, t. I, 1802, páginas 487 y siguiente.

(24) Especialmente interesante sobre el tema: WALTER SCHOENFELD, “*Der Kampf wider das subjektive Recht*”, en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1937, páginas 107 y siguiente.

(25) ERICH JUNG: “*Deutsche Rechtsphilosophie*”, 1935, págs. 41 y siguiente.

Derecho? Tan pronto como se relegue el factor raza al lugar que le corresponde en ese nexo nacional, nada o muy poco.

El Derecho es, por su misma naturaleza, de base popular, aunque no sea más que porque para ser vivo ha de responder a necesidades generalmente sentidas, y porque se elabora en su parte más viva a través de la costumbre.

* * *

Por su parte, Francia acusa una carencia de orientaciones definidas en cuanto al Derecho civil actual. Sin duda será preciso esperar a que den fruto los trabajos de Jolliot de la Morandière, Mazeaud y Niboyet en la reforma del viejo Código para saber a qué atenerse. Las disposiciones aplicables de la Constitución de 1946 más semejan principios dogmáticos sin adecuado desarrollo que auténticas normas jurídicas. Y, entre tanto, se desenvuelve una floreciente legislación civil provisional que no siempre responde a un propósito meditado.

Recientemente se refería Gisborne a este tema centrándolo en las nuevas orientaciones sobre familia y propiedad "a la vez favorecidas y combatidas" por la nueva legislación (26). Mientras que por un lado se intenta fortalecer la base económica familiar, por otro se debilitan los lazos que en lo jurídico y en lo moral aglutinaron siempre a sus miembros.

La actual Constitución francesa protege por igual a la familia legítima que a la ilegitima, lo que determina un menor número de uniones a fin de eludir cargas civiles y fiscales y prohibiciones que el matrimonio comporta para determinados trabajos o para la percepción de ciertas pensiones. El principio de unidad de dirección está hoy centrado por igual en ambos esposos; la mujer puede solicitar de los Tribunales la designación de un domicilio propio e independiente del de su marido sin previa declaración de nulidad, separación, divorcio o ausencia: los actos de la esposa obligan al esposo para con los terceros por regla general, y a menos que aquél hubiese hecho saber a éstos la revocación del poder que tácitamente se presume concedido para contratar: los principios clásicos de nacionalidad han sido conculcados, rompiendo la unidad familiar también en este punto.

Para ejercer su autoridad correctora sobre los hijos el padre ha de acudir a los Tribunales especiales, sin cuyo requisito carece prácticamente de ella.

Por el contrario, se intenta fortalecer la institución con medidas como el certificado prenupcial, si bien es requisito que no se sanciona con nulidad vincular, sino con simple multa; con una interpretación legislativa y restrictiva del concepto "injurias graves", como causa del divorcio; negando a la concubina derecho a la percepción de ciertas indemnizaciones laborales; con la llamada "adopción legítima", cono-

(26) JEAN GISBORNE: "La evolución del Derecho civil francés en los últimos años", conf. en el Colegio de Abogados de la Habana, publicada en la revista del mismo y en *La Justicia*, de Méjico, enero 1950.

cida ya en la legislación uruguaya; con la posibilidad de detraer determinados bienes de la herencia paterna para constituir, a solicitud del cónyuge o de los hijos, un patrimonio familiar sutraído a las responsabilidades del causante, y con otras disposiciones semejantes.

En cuanto a la propiedad, atacada con expropiaciones prácticamente gratuitas en virtud de las fluctuaciones de la moneda en los últimos años, e incluso a través de confiscaciones pseudojurídicas, se ve profundamente limitada con la legislación protectora del inquilino de viviendas y, sobre todo, con la del patrimonio mercantil, no tan necesitado de esa protección como los especuladores intentan hacer creer.

En contra, y a fin de favorecer la permanencia de los campesinos en el agro, se han promulgado normas de verdadero interés, como la contenida en el Decreto de 29 de junio de 1939, que autoriza a los hijos mayores de dieciocho años, que trabajaron en la explotación rural paterna sin participar en sus beneficios, para percibir, antes de la partición hereditaria, el valor equivalente a medio salario de diez años, sin que ello sea imputable a su participación como heredero.

Volvemos con estas consideraciones a nuestro punto de partida, para negar la crisis del Derecho civil tradicional. Varía lo accesorio —tal vez con censurable precipitación— de sus instituciones y conceptos, pero se mantienen sus principios y su estructura en lo fundamental. Y es que resulta mucho más difícil cambiar los auténticos modos de vida de los hombres y de los pueblos que las formas políticas en que se encuadran. Lo histórico y lo nacional son factores decisivos en el Derecho civil.

La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros

JUAN B. JORDANO BAREA

Doctor en Derecho, Pensionado por el C. S. I. C. en las Universidades de Lisboa y Coimbra

SUMARIO: *Introducción.—I. Condición jurídica del heredero aparente. § 1. El heredero aparente en nuestro derecho. § 2. Possessor pro herede y possessor pro possessore. § 3. Heredero aparente de buena y de mala fe.—II. La protección de los terceros adquirentes del heredero aparente. § 1. Los terceros y el verdadero heres en el Derecho romano. § 2. Validez de los actos cumplidos por el heredero aparente en el Derecho comparado. 1. Doctrina y jurisprudencia francesa. 2. Derecho italiano. § 3. El problema en nuestro Derecho. I. Situaciones legales protectoras del tercero de buena fe. A) Bienes muebles. B) Bienes inmuebles. 2. ¿Cabe ampliar de algún modo en nuestro Derecho la protección de los terceros adquirentes del heredero de facto? A) Analogía iuris. B) Analogía legis. El art. 197 C. c. C) La máxima error communis facit jus. D) El principio de la apariencia jurídica. Solución de iure constituto. 3. El problema desde el punto de vista políticolegalitativo. Conclusión de jure constituyendo.*

INTRODUCCION

La doctrina del heredero aparente constituye uno de los capítulos más interesantes de la teoría de la apariencia jurídica.

“En el mundo jurídico—escribe D’Amelio—el estado de hecho no siempre corresponde al estado de derecho; pero el estado de hecho, muchas veces, y por consideraciones de orden diverso, merece el mismo respeto que el estado de derecho y, en ciertas condiciones y con relación a ciertas personas, produce consecuencias no diferentes de las que derivarían del correspondiente estado de derecho. Uno de estos casos es la apariencia del derecho. Existen, en efecto, situaciones generales por las cuales quien ha confiado razonablemente en una manifestación jurídica dada y se ha comportado de acuerdo con tal manifestación tiene derecho a contar con ella, aunque a la manifestación no

corresponda la realidad" (1). Aplicaciones del principio de la apariencia jurídica (*Rechisschein*), que se podrían formular diciendo que "la apariencia de un derecho equivale al derecho mismo" (1 bis), se encuentran en nuestro ordenamiento positivo respecto a determinados causahabientes de titular aparente, para obviar las rígidas consecuencias del conocido aforismo *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, según el cual deberían ser ineficaces todas las adquisiciones que el tercero haya recibido de un titular de hecho. Así, el adquirente *a non domino* de buena fe es protegido, en ciertas condiciones, frente al titular real (art. 464 C. c., tratándose de cosas muebles; art. 34 L. H., con relación a los inmuebles) (2).

En este trabajo vamos a estudiar concretamente el problema de la validez de las enajenaciones efectuadas por el heredero aparente.

Si el heredero aparente vende o grava los bienes de la herencia, constituye derechos reales sobre los mismos, realiza, en fin, actos de disposición, ¿qué eficacia tendrán estos negocios frente a los terceros que contratan con el *possessor pro herede* confiando en la realidad de su *status*?

Un estudio completo de la figura del heredero de facto debe comprender los siguientes extremos: I. Condición jurídica del heredero aparente, precisando su concepto y señalando sus notas distintivas, con el fin de saber cuándo se está ante un supuesto de hecho característico. Complemento de esta investigación es el análisis de las figuras concretas del heredero aparente presentadas por la doctrina: *a*) el indigno; *b*) el heredero por declaración de fallecimiento del ausente que resulta existir; *c*) el coheredero que posee toda la herencia, etc. II. Relaciones entre el heredero aparente y el verdadero, que comprende el régimen de restitución de las diferentes clases de frutos, según la buena o mala fe del *possessor pro herede*, disciplina aplicable a las adiciones, abono de mejoras, responsabilidad por culpa y caso fortuito y restitución procedente en caso de enajenaciones de los bienes hereditarios. III. Relaciones entre el heredero real y los terceros adquirentes del heredero aparente.

Dejando para otra ocasión el examen de las cuestiones planteadas sub II), aquí nos limitaremos a exponer y resolver, teniendo en cuenta los principios que informan nuestro Derecho privado, el problema de la protección frente al heredero verdadero de los terceros de buena fe que adquieren del *possessor pro herede*, que, sin duda alguna, es el más interesante de todos los que plantea la teoría del heredero apa-

(1) En *Nuovo Digesto Italiano*, I, pág. 550, voz *Apparenza del Diritto*, número 1. Desde el punto de vista filosófico vid. el interesante ensayo de BRADLEY: *Appearance and Reality* (A Metaphysical Essay), Oxford, 1939.

(1 bis) Como veremos, oportunamente, la *apparentia iuris* es un principio lógico, informador de algunas hipótesis singulares y no un principio general del Derecho.

(2) Sobre el problema, en general, vid. BÉRGAMO LLABRÉS: *La protección de la apariencia jurídica en el Derecho español*, en *Curso de conferencias*, 1945 (Ilustre Colegio Notarial de Valencia), Valencia, 1946, páginas 241 y siguientes.

rente, por su inmediata conexión con el problema general de la apariencia jurídica y la seguridad del tráfico.

Sin embargo, como punto de partida, tendremos que determinar quién es "heredero aparente". Tratándose de la validez de los actos cumplidos por el heredero aparente es necesario saber de antemano quién tiene tal condición jurídica. Constituye un presupuesto imprescindible para fijar las consecuencias jurídicas de las enajenaciones hechas por él antes que el verdadero heredero haya aceptado la herencia. Para que entren en juego las normas que protejen al tercero de buena fe que adquiere del titular aparente un derecho, parece que hará falta que en este caso los actos dispositivos provengan del que ostenta de hecho la cualidad de heredero (*possessor pro herede*), no bastando la simple condición del *possessor pro possessore*, que ni manifiesta el *animus heredis* ni es tenido como tal por los terceros. Se impone, pues, aclarar si el concepto "heredero aparente" es tan amplio que comprenda a todo el que posea las cosas hereditarias, sin atender a que la posesión sea legítima o ilegítima, de buena o mala fe, o derive de un título válido o no.

Determinado el concepto de heredero aparente, pasaremos a exponer las relaciones entre el heredero real y los terceros según el derecho romano. Seguidamente examinaremos la validez de los actos realizados por el heredero aparente en el derecho comparado, deteniéndonos en el análisis de las soluciones presentadas por la doctrina y jurisprudencia francesas y por el derecho italiano, para plantear, por último, el problema en nuestro Derecho, tanto de *iure constituto* como de *iure constituendo*. A tal efecto, estudiaremos las situaciones legales protectoras del tercero de buena fe, en materia de muebles e inmuebles, aplicables a nuestro caso. Fijados los límites de esa protección, nos ocuparemos del problema de la tutela general de los terceros que contratan confiando en la apariencia de un titular *pro herede*, con objeto de establecer si en nuestro ordenamiento cabe ampliar de algún modo la protección del tercero adquirente del heredero de hecho más allá de lo que consiente el juego de la *fides publica*. Valorados los argumentos y los remedios de carácter técnico presentados en favor de esa extensión, precisaremos la solución adoptada en vista del Derecho positivo vigente. Finalmente, acabaremos nuestro estudio indicando el modo de resolver la cuestión que nos parece más acertado desde el punto de vista político-legislativo. Hemos de dar respuesta entonces a esta pregunta, cuyo interés general, no circunscrito al específico tema versado en este trabajo, inmediatamente se intuye: ¿Será oportuno dictar una disposición que expresamente deje a salvo los derechos adquiridos por *todos* los terceros de buena fe que contraten a título oneroso con el heredero aparente, convendrá mantener el actual sistema hipotecario o deberá ser sustituido por el sistema de la inscripción constitutiva y obligatoria?

I. Condición jurídica del heredero aparente

§ 1. EL HEREDERO APARENTE EN NUESTRO DERECHO

¿Quién es heredero aparente? Nuestro Código, a diferencia de otros cuerpos legales extranjeros (3), no contiene ninguna disposición en la que se haga referencia al heredero aparente. El artículo 989 se limita a decir que los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda. Sin embargo, los artículos 991 y 997 (4) presuponen la posibilidad de que exista un heredero aparente, por haber aceptado expresa o tácitamente la herencia ajena, sobre la base de un error (de hecho o de derecho) o de un testamento que después resulta revocado por la aparición de otro posterior entonces desconocido. La jurisprudencia a veces se refiere a supuestos de heredero aparente, a propósito de la legitimación pasiva en el ejercicio de la *actio petitio hereditatis* (5). Así, en numerosas sentencias del Tribunal Supremo se habla de "poseedor en concepto de heredero", de "poseedor de buena o de mala fe de una herencia" y de "herencia poseída sin título eficaz para transmitir el dominio" (6). Se impone, por tanto, la necesidad de establecer de forma clara el concepto del heredero aparente, recurriendo a la analogía con otras figuras jurídicas de titulares de facto que presentan mayor afinidad, como es el caso del propietario aparente, a los principios generales del derecho (latentes en el sistema o lógicamente deducidos) y también al derecho romano, utilísimo guía en el asunto que nos ocupa por contar con una detallada regulación del instituto. Por otra parte, la doctrina se ha ocupado largamente del problema conceptual del heredero aparente, y sus aportaciones (7) nos ayudarán a pre-

(3) Vid. *infra*, II, § 2, 2, páginas.

(4) "Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia".

"La aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de algunos de los vicios que anulan el consentimiento o apareciese un testamento desconocido".

(5) Sobre ésta, en nuestro Derecho, vid. TRULLENQUE SANJUÁN: *La actio petitio hereditatis*, en *Revista General de Derecho*, 46, 47 y 48, págs. 395 y siguientes y 466 y sgs.; en el Derecho extranjero, BRUGI: *Appunti sulla petizione di eredità*, Pisa, 1919; MIRIDI: *Contributo allo studio della petitio hereditatis*, en *Tesi emiliane*, 1931, págs. 161 y sgs.; DEGNI: en *Nuovo Digesto Italiano*, IX, voz *Petizione di eredità*; FASANI: *Sull'azione di petizione di eredità*, Roma, 1948.

(6) Vid. Sentencias 28 enero 1892, 28 enero 1896, 17 marzo 1896, 27 octubre 1900, 20 abril 1917, etcétera.

(7) Entre los autores españoles la elaboración doctrinal es escasa: FONCILLAS: *El heredero aparente*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1930, págs. 848 y sgs. Vid, además, la interesante transcripción de documentos de JERÓNIMO GONZÁLEZ: *El Registro de actos de última voluntad (antecedentes)*, en la misma revista, 1930, págs. 121 y siguientes.

cisar los contornos de la figura, siempre con la vista puesta en nuestro Derecho positivo.

El poseedor a título singular en concepto de dueño es “propietario aparente”, según los artículos 432 y 448 del C. c., aunque no empleen esa fórmula, porque el simple hecho de poseer una cosa *animo domini* crea la convicción general, amparada con una *presumptio iuris tantum*, de que efectivamente se es propietario de ella. Por tanto, puede decirse que el que a los ojos de los demás posee como propietario (“en concepto de dueño”), o sea, manifestando externamente la intención de haber la cosa como suya, es, sin más requisitos, propietario aparente, abstracción hecha de si tiene o no además la *opinio domini* (“creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio”, art. 1.950 C. c.), que sólo es necesaria para el poseedor o propietario aparente de buena fe. En otras palabras, para ser propietario aparente basta tener la *intención de comportarse* como propietario, aunque no se tenga la *opinión de serlo*: cabe así que exista un poseedor en concepto de dueño (propietario aparente), tanto de buena como de mala fe, según ignore o sepa que en su título o modo de adquirir hay un vicio que lo invalida (art. 433), con tal que el *animus rem sibi habendi* se traduzca en una conducta capaz de provocar la apariencia jurídica de la propiedad. Esta no se identifica con la posesión de buena fe en concepto de dueño: comprende también la posesión jurídica o civil de mala fe—tenencia por una persona de una cosa unida a la intención de haberla como suya sabiendo que no lo es (arg. arts. 430, ap. 2.º: 1.950 y 433, 2.º)—, cuando exteriorizado ese *animus domini*, incluso sin la *opinio domini*, característica de la buena fe, origina la estimación general de que se es propietario. Y entonces estaremos ante una posesión de mala fe en concepto de dueño, o, lo que es lo mismo, frente a un propietario aparente de mala fe. Claro está que la *opinio domini* facilita mejor que el simple *animus domini* la formación de aquella *communis opinio*, soporte de la apariencia jurídica: pero como el propietario aparente de mala fe oculta, por regla general, su vicio subjetivo, los terceros serán inducidos también en este caso a considerarlo como dueño. Ahora bien, si el que posee a título singular como propietario (“en concepto de dueño”, en la terminología del Código), haciendo patente el *animus rem sibi habendi* o *domini* es, sin más, propietario aparente, según acabamos de ver, podremos decir que el que posee a título universal como heredero (“en concepto o calidad de heredero”), manifestando el *animus heredis*, es heredero aparente—importando poco que a ese *animus* añada o no la *opinio heredis*, tan sólo necesaria para el heredero aparente de buena fe—, siempre que se comporte como heredero.

De acuerdo con los principios que informan nuestro Derecho y por analogía con la figura del propietario aparente, resulta que heredero aparente es todo aquel que posee la herencia en concepto o calidad de heredero y como tal se comporta *de facto* sin serlo de *iure*, ya proceda de buena o de mala fe, desde que su *animus heredis*, con o sin la *opinio heredis*, se exteriorice en actos idóneos a provocar en los terceros la

creencia fundada de que es heredero. La cualidad de heredero aparente, no tanto deriva del *animus* u *opinio* de heredero que él mismo tenga como, sobre todo, de la opinión o concepto general en que es tenido a consecuencia de su conducta externa como poseedor inequívoco, pacífico y público de la *hereditas* (8).

Por otra parte, este concepto corresponde al significado natural, lógico y simple de la expresión *heredero aparente*: para tener la *mera apariencia* de heredero basta ser conceptualizado así por los demás, sin que sea necesaria también la convicción personal de que efectivamente se es heredero, y mucho menos gozar jurídicamente de dicha condición. Aparentemente tiene un *status* el que lo ejercita de hecho, el que está en posesión del mismo, perteneciendo según Derecho a otro. La apariencia jurídica es un resultado del mundo externo, y como tal, objetivo. El elemento volitivo, más o menos intenso, es tan sólo el punto de partida de una conducta que, al hacerse patente, deja en la sombra la condición ética del sujeto provocador de la apariencia.

En una palabra: *heredero aparente* es el que posee como si fuera heredero, y puede ser de buena y de mala fe (9). No otra cosa era el *possessor pro herede* del derecho romano, como tendremos ocasión de ver en seguida.

§ 2. "POSSESSOR PRO HEREDE" Y "POSSESSOR PRO POSSESSORE"

Sabido es cómo las fuentes romanas contraponen al *possessor pro herede* el *possessor pro possessore* (10). Pero el criterio distintivo entre las dos categorías de poseedores de las cosas hereditarias no es uniforme: varía con los textos (11).

Así, Gaio (*Instituta*, IV, 144) considera *possessor pro herede* "is

(8) En este último sentido, vid. las observaciones de TARDIVO: *L'erede apparente*, Padua, 1932, vol. IV de los *Studi di diritto privato italiano e straniero diretti da Mario Rotondi*, núm. 19. Cfr., además, del mismo autor, *L'erede apparente e l'onere della prova*, en *Rivista di Diritto Privato*, vol. I, 1931, parte prima, págs. 193 y sig.; MENGONI: *L'acquisto a non domino*, Milán, 1949, página 81.

(9) Así, con ligeras variantes, IANNUZZI: *Della condizione giuridica dell'erede apparente e degli atti compiuti dal medesimo coi terzi*, apéndice V a la obra de LAGRENT: *Principi di diritto civile*: trad. it., vol. IX, pág. 637; HUREAUX: *Traité du droit succession*, París, 1868, III, núm. 112 y sigs.; MAIERINI: *Studi intorno all'art. 933 del Codice civile*, en *La Legge*, 1872 parte tercera, página 6, col. 1.

(10) "Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam" (fr. 9, UPLIANO, lib. XV ad ed. *Dig. de hereditatis petitione*, 5, 3).

(11) GAIO, *Inst.*, IV, 144: "Pro herede autem possidere videtur tam is qui heres, est, quam is qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet qui sine causa aliqua rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere, possidet."

Fr. 11, *Dig.* 5, 3, UPLIANO, lib. XV, ad ed.: "Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. Sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possidat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo

qui putat se heredem esse”, contraponiéndolo al *possessor pro possidente*, que define como aquel que “sine causa aliqua rem hereditariam vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet”. El mismo criterio recogen, con ligerísimas variantes, las Instituciones de Justiniano (IV, 15, § 3) (11 bis).

En cambio, según el fr. 11, *Dig. de hereditatis petitione*, 5, 3 (Ulpianus, libro quinto decimo ad *dictum*), resulta que posee *pro herede* “et is qui scit se heredem non esse”, es decir, en general, todo aquel que posee la herencia como heredero, tanto si procede de buena fe, porque se juzgue efectivamente tal, como si actúa de mala fe porque sepa no serlo.

Numerosas fueron las tentativas hechas para eliminar la antinomia (12). No es éste el lugar oportuno para someter a una minuciosa crítica las diversas soluciones propuestas. Pero, con Longo, nos inclinamos a considerar interpolados los fr. 9, 11, 12 y 13 del *Dig. 5, 3*, que en su redacción actual, obra de los compiladores, contiene el criterio justiniano. El texto de Gaio, sin duda alguna genuino, representa el criterio clásico. Para este período habría que reconstruir de forma paralela aquellos pasos, una vez eliminados los elementos más o menos extraños a los principios de la época. Conjeturalmente Longo restituye así el pensamiento básico y originario de Ulpiano: “*Is tenetur petitione hereditatis qui pro herede vel possidente possidet res hereditarias. Pro herede possidet qui putat se heredem esse, pro possidente possidet praedo, qui nullam causam possessionis habeat: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.*”

— — — — —
iure nos uti Proculus scribit. Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. Pro possidente vero possidet praedo”.

Fr. 12, *Dig. eod.*, UPLIANO, lib. LXVII, ad ed.: “Qui interrogatus cur possidet, responsurus sit “quia possideo” nec contendet se heredem vel per mendacium”.

Fr. 13, *Dig. eod.*, UPLIANO, lib. XV, ad ed.: “Nec ullam causam possessio- nis possit dicere: et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur”.

Aunque la opinión de ADRIANO y PRÓCULO acerca de la *quaesitio*, propuesta por UPLIANO en su primer fragmento, es un tanto ambigua, porque el *putat teneri* no dice expresamente a qué título (si *pro herede* o *pro possidente*) podía se convenido el poseedor de maña fe de una *hereditas*, en la pregunta formulada, lógicamente se sobrentiende: “qui scit se heredem non esse, pro herede possidet”.

(11 bis) “*Pro herede autem possidere videtur, qui putat se heredem esse; pro possidente is possidet, qui nullo iure rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet.*”

(12) Vid. especialmente, FABER: *Rationalia in Pandectas*. Lugduni, 1659, II, páginas 215 y sigs., ad fr. 11, *Ulpianus libro 15 ad Edictum*; NOODT: *Opus- cum omnibus II. Commentarium in D. Justiniani*. Coloniae Agripinae, 1763, págs. 142 y ss., ad lib. V, tit. III *de hereditatis petitione*; DERNBURG: *Diritto di famiglia e diritto dell'eredità*. trad. italiana de Cicala, Turín, 1905, § 172, págs. 645 y siguientes; GLÜCK: *Commentario alle Pandette*, trad. italiano de Brugi, V, Milán, 1893, § 565 págs. 131 y sigs.; WINDSCHEID, *Pandette*, III, Turín, 1904, § 614. n. 4, pág. 278; BESELER: *Beiträge*, IV, 3; LEINWEBER: *Die hereditatis petitio*. Berlin, 1829, págs. 1 y sigs.; LENEL: *Die Passivlegitimation bei der hereditatis petitio*, en *Zeitschrift der Säigny-Stiftung*. R. A. XLVI (1926), páginas 1 y siguientes.

Por tanto, según el derecho clásico posee *pro possessore* aquel que, sabiendo que no es heredero, no puede alegar ninguna *causa possessio-nis*; es, en cambio, *possessor pro herede* quien cree ser el heredero y en consecuencia de tal convicción interior ejercita la posesión de las *res hereditarias*.

En el derecho justiniano, los compiladores, mudando profundamente la calificación hecha por los clásicos en la legitimación pasiva de la *hereditatis petitio*, extienden el concepto de *possessio pro herede* al poseedor que sepa no ser el heredero.

Sin embargo, a juicio de Longo, no se puede decir que los compiladores hayan ideado una "*pro herede possessio* de mala fe". A la interpolación justiniana del fr. 11, Dig. 5, 3 ("Sed an...") no se le puede atribuir un valor tan absoluto: fué realizada para hipotizar un nuevo y diverso supuesto de convenibilidad con la *petitio* (el del *bonorum possessor* que sepa no tener derecho alguno, ni siquiera como *bonorum possessor*, sobre las cosas hereditarias), sin el propósito de invertir totalmente el concepto gayano de *possessio pro herede*, peculiar del derecho clásico (13).

No discutiremos aquí este problema, que nos llevaría muy lejos. Basta decir que, una vez quebrada la vieja noción del *possessor pro herede* con el fin de contemplar un caso más que no cabría dentro de ella, se hizo posible la generalización de un nuevo concepto, comprensivo de todo poseedor de las *res hereditariae* que se colocase en el lugar del verdadero *heres*, tanto de buena como de mala fe: "Pro herede possidet, qui putat se heredem esse, et is qui scit se heredem non esse", tal como decían los bizantinos (Bas., 42, 1, 11) al tomar en toda su fuerza el criterio justiniano, introducido de forma reticente en el citado fr. 11 del Dig. 5, 3.

Por consiguiente, en el derecho justiniano, *possessor pro herede* es aquel que posee la herencia como heredero, quien se jacta de heredero, quien con su conducta demuestra el *animus heredis*, el que, interrogado por qué posee la *hereditas* responde: "porque soy el heredero" (arg. a contrario L. 12, Dig., 5, 3). No importa, pues, que posea de buena o de mala fe, que no tenga ningún título efectivo (real) como fundamento de su ropaje de heredero, que se diga heredero aún a sabiendas de que miente: basta que actúe como heredero y en su lugar (*pro herede*), que *contendat se heredem esse* (L. 12 cit. a contrario sensu). El que así se comporta aparece como heredero, es, en suma, "heredero aparente".

Por el contrario, *possessor pro possessore* es, en tiempos de Justiniano, todo aquel que no manifiesta de ningún modo el *animus heredis*, quien no afirma ser heredero ni siquiera por mentira (*non contendit se heredem vel per mendacium*), el que, interrogado por qué posee, sin

(13) LONGO, G.: *L'hereditatis petitio*, Padua, 1933, págs. 1 y sigs., especialmente, págs. 13 y sigs., *passim*. Anteriormente Longo había publicado un artículo sobre el mismo asunto (*Studi sulla hereditatis petitio*) en la *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1929, págs. 171 y sigs., del cual hemos tomado la reconstrucción de los textos.

ostentar de facto la cualidad de heredero, responde simplemente: "porque poseo", *quia possideo*. Ahora bien: el *possessor pro possidente*, que no posee como heredero, sino como mero poseedor, no puede *parecer* heredero, y por ello no es heredero aparente (14), aunque esté legitimado para ser convenido con la *hereditatis petitio*. Así, pues, confrontando el concepto sentado en el apartado anterior con la terminología romana resulta claro que el heredero aparente corresponde al *possessor pro herede* del derecho romano justiniano.

Algunos autores, como Maierini y Tartufari (15), afirman que en el concepto de heredero aparente está comprendido también el *possessor pro possessore* del derecho romano. Esto puede ser exacto referido al período clásico, en el que el heredero aparente de mala fe tenía la condición de *possessor pro possessore*, según se desprende de Gaio (Inst. IV, 144). Pero con relación al derecho justiniano la afirmación es inexacta, como acabamos de ver.

§ 3. HEREDERO APARENTE DE BUENA Y DE MALA FE

En este apartado nos proponemos examinar una serie de cuestiones que, en último análisis, se reducen a determinar cuándo el heredero aparente es de buena o de mala fe. Esto, que tiene un extraordinario interés cuando se trata de establecer las relaciones que median entre el heredero aparente y el verdadero, tiene escasa importancia respecto a los derechos de los terceros que contratan con aquél, en cuyo caso basta que el enajenante tenga la cualidad de *heredero aparente*, es decir, que concurran las condiciones que determinan la apariencia jurídica de ese *status* (comportamiento exterior apto para engendrar en los terceros la razonable creencia de estar frente al verdadero heredero), sin que sea necesario comprobar si el *possessor pro herede* tiene o no un título ni si está en buena o mala fe. Interesa, en cambio, la subsistencia de la buena fe por parte del tercero para que pueda considerarse digno de protección.

Por ello, trataremos a grandes rasgos unos problemas que sólo indirectamente pueden tener algún reflejo en el tema objeto de nuestro estudio. En efecto, importará la buena o mala fe del heredero ficticio para determinar el grado de su responsabilidad por las enajenaciones realizadas cuando el verdadero heredero no pueda obtener la restitución *in natura* de los adquirentes de buena fe protegidos por el ordenamiento. Aun así se trata, como es obvio, de relaciones internas entre el heredero de *iure* y el heredero de *facto* (16).

(14) Para el Derecho justiniano *cfr.* BRUNETTI: *L'erede apparente* (artículo 933, Código civil italiano) en *Archivio Giurídico*, LV, 1895, págs. 116 y siguientes, esp. págs. 126-127.

(15) MATERINI, op. y loc. cit., pág. 6, col. 1; TARTUFARI: *Del possesso qual titolo di diritti*, Turín, 1888, vol. II, *Del possesso qual titolo apparente universale*, rúbr. I, *Qual sia L'erede apparente*, página 430.

(16) Sin embargo, como veremos al estudiar el problema de la validez de las enajenaciones cumplidas por el heredero aparente en el derecho comparado.

¿Quién es heredero de buena fe? ¿Bastará la simple creencia subjetiva, la *opinio heredis*, o será necesario un título efectivo? (17).

Nuestro Código no regula expresamente la cuestión. Sin embargo, creemos aplicables las normas dictadas en general para la posesión de buena o mala fe. Nada se opone a ello. Si el heredero aparente es un poseedor de la herencia, aquellas disposiciones serán las que deben regir para determinar su buena o mala fe. A mayor abundamiento, el artículo 609 considera la sucesión testada e intestada como uno de los diferentes modos de adquirir la propiedad: por tanto, el artículo 433, que habla de "título o modo de adquirir", en general, se refiere no sólo a los poseedores a título singular, sino también a los que poseen a título universal. Por otra parte, los artículos 440 y 442 se refieren a la posesión de la herencia y al que suceda en la posesión por título hereditario.

Según el artículo 433, "se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide". Dos son, pues, los requisitos exigidos: título o acto jurídico que aparente una legítima adquisición e ignorancia por el poseedor de los vicios que la invaliden o la hagan ineficaz (18). El artículo 1.950 recoge, en cambio, el aspecto positivo de la *bona fides*: "la buena fe del poseedor consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir su dominio". Glosando ambas disposiciones podemos decir que "poseedor de buena fe es quien tiene la creencia de la legitimidad de su posesión": *opinio domini*, en el caso del poseedor a título singular; *opinio heredis*, tratándose de un poseedor a título universal.

En cuanto al requisito del título, en nuestra hipótesis, no se pueden admitir, según nuestro Derecho (arts. 658, 991, 1.271, § 2.º), otros títulos idóneos para atribuir la condición de heredero que no sean la ley y el testamento. Sólo muy excepcionalmente se admite el pacto sucesorio (arts. 831, 826, 825, 177, 1.315 en relación con el 1.331). Los artículos 1.952, 1.953 y 1.954 exigen para la *possessio ad usucapione* que el título sea justo, verdadero (es decir, *real*, no *putativo*), válido (no totalmente nulo) y probado. No creemos que deban ser exigidas

hay, entre los autores franceses, una doctrina que exige tanto la buena fe de los terceros como la del *possessor pro herede*, para que aquellas sean eficaces y puedan oponerse al heredero real. De ser cierta esa opinión, la buena fe del heredero aparente tendría una influencia directa en el problema central de nuestro estudio. Pero la verdad es que la referida doctrina cuenta con escasos seguidores.

(17) La cuestión planteada fué causa de las más enconadas disputas en Italia bajo el Código de 1865. Vid. MONTEL: (*Sul concetto di erede apparente di buona fede*, en *Rivista di Diritto civile*, 1933, págs. 10 y sigs.), el cual resume toda la controversia, planteándola sobre un terreno diferente. Bajo el nuevo Código, la no necesidad del título se confirma hoy, argumentando a fortiori, del artículo 535, últ. ap., donde no se requiere la existencia de un título real, ni siquiera para la figura del heredero aparente de buena fe. Cfr. MENGOINI, op. cit., páginas 83-84.

(18) Cfr. CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral* tomo II, sexta edición, Madrid, 1943, página 41.

todas estas condiciones al *possessor pro herede* de buena fe. A nuestro juicio, basta que, como cualquier poseedor *ad interdicta* en concepto de dueño y de buena fe—él posee “en concepto de heredero” con la *opinio heredis*—, apoye su creencia de que es legítimo heredero en un *título justo*, es decir, en nuestro caso, una de las causas de devolución hereditaria, cosa que a tenor del artículo 448, aplicado analógicamente, se presume sin necesidad de prueba, desde que posea en concepto de heredero, como propietario a título universal. No hace falta además un título verdadero y válido, únicamente exigido por el artículo 1.953 para la prescripción adquisitiva o usucapión. El *possessor pro herede* de buena fe no es un poseedor *ad usucaptionem*. Lo será el tercer adquirente *a non domino* de quien aparece como legítimo heredero, cuando sea de buena fe (art. 1.950), y no deba estimarse que, en virtud de alguna norma o principio especial, adquirió válidamente de manera instantánea. Si para el concepto de heredero aparente se quiere encontrar un término de exacto y útil encuentro, no es en el *possessor ad usucaptionem* donde se halla, sino más bien en el poseedor (“propietario aparente”) de quien el *usucriptiens* recibió la cosa (19). Este poseedor será de buena fe, a efectos de la usucapión, si adquiere por medio de un título hábil para trasladar el dominio, verdadero y válido, ignorando el vicio que hace ineficaz la transmisión (no ser dueño el causante) (arg. arts 1.950 *a contrario* combinado con el 433, 1.952 y 1.953): aquél (poseedor en concepto de dueño, “propietario aparente”) será de buena fe—puede estar en mala fe—, a efectos de sus relaciones con el verdadero propietario, “si ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide”, sin otras limitaciones (artículo 433). Cabe, pues, que apoye su *opinio domini* tanto en un título verdadero afectado de nulidad relativa como en un título totalmente inválido afectado de nulidad absoluta e incluso meramente supuesto o putativo, por error de hecho o de derecho excusable (20).

Paralelamente, es *possessor pro herede* de buena fe quien se comporta como heredero, poseyendo la herencia en dicho concepto, con la *opinio heredis*, es decir, juzgando ser tal, sobre la base de una causa de devolución hereditaria, verdadera o creída, siempre que en el primer caso se ignoren los vicios que le afectan y en el segundo se trate de un error excusable, ya sea de hecho o de derecho (21).

Así, por ejemplo, deberá considerarse como heredero aparente de buena fe el que entra en posesión de la herencia sobre la base de un testamento más tarde declarado nulo, por haber sido otorgado con violencia, dolo, fraude o defecto de forma, o bien posteriormente revocado,

(19) Cfr. MIDIRI: *L'erede apparente e i diritti dei terzi con lui contratanzi*, en *Rivista di Diritto civile*, 1930, pág. 343; BONFANTE: *La dottrina dell'erede apparente e la buona fede del terzo nelle alienazioni dei beni ereditari*, en *Scritti Giuridici Varii*, I, *Familia e Successione*, Turín, 1916, páginas 531 y siguientes.

(20) A esto último no obsta el artículo 2 C. c. C. F. DE CASTRO: *Decreto civil de España*, segunda ed. Madrid, 1949, páginas 526-530.

(21) Cfr. MONTIEL, op. cit., página 20, número 6.

con tal que ignore aquellos vicios o la revocación sobrevenida. Pero no sólo un título nulo, sino también un título putativo o supuesto debe valer para colocar al heredero aparente en la favorable condición de poseedor de buena fe, siempre que hubiese podido creer razonablemente que era llamado a la sucesión. Esto acontece cuando alguien se engaña sobre su vocación hereditaria por un error de hecho, como es el caso del que, ignorando la existencia de parientes más próximos del difunto, se introduce en la posesión de los bienes de la *hereditas* (22), o de derecho, como en el supuesto contemplado por la S. de 7 de diciembre de 1899 (23). En tales casos el heredero aparente no tiene un título efectivo, siquiera viciado, y, sin embargo, creemos que en nuestro Derecho cabe acoger la benigna decisión de Ulpiano (24), es decir, que ni aun entonces puede considerársele a aquél como poseedor de mala fe porque le falta la conciencia de su ilegitimidad; *dolo caret*, porque no obra con dolo. La buena fe puede fundarse, pues, tanto sobre un *error facti*, como sobre un *error iuris* excusable. Es cierto que, como dice De Angelis, se necesita un equitativo y prudente arbitrio judicial para decidir sobre la buena fe del heredero aparente, pero excluir sin más en esta materia el error de derecho como inidóneo para servir de base a aquella cualidad, parece querer ser demasiado riguroso (25).

Sin embargo, a fuer de benignos, no se puede llegar hasta el extremo de admitir una buena fe *meramente subjetiva*, como pretende CONTRI, según el cual sería heredero aparente *bonae fides* aún quien se juzgase heredero, sin fundar su *opinion* ni siquiera en la creencia de que exista una causa de devolución hereditaria (título putativo) (26).

(22) MANRESA, siguiendo a SÁNCHEZ ROMÁN, admite la buena fe fundada en un error de hecho (*Comentarios al Código civil español*, IV, págs. 103 y siguiente); en cambio, a su juicio, la ignorancia de las leyes no puede servir de fundamento a la buena fe, pero sí el error en la aplicación de las mismas.

(23) Resolvió el siguiente caso, que refiere MANRESA (op. cit., página 102): Instituido un heredero con la condición de no casarse con determinada persona contrajo, no obstante, matrimonio con ella, y obtuvo la posesión de los bienes hereditarios. Formulada la demanda por el heredero instituido para el caso de no cumplirse la condición, pidiendo la entrega de dichos bienes con todos los frutos producidos y debidos producir, y denegada esta última petición por no estimarse probada la mala fe del demandado, declara el Tribunal Supremo que si bien dicho demandado conocía la prohibición que el testador le impuso, no es, en efecto, esta circunstancia bastante para que necesariamente se le tenga como poseedor de mala fe, porque pudo creer, como así lo había venido sosteniendo, que la prohibición del testador era contraria a la moral, y, por tanto, no viciaba su título de heredero testamentario.

(24) Fr. 25, § 6 *Dig. de hered. pet.*, 5, 3: "Scire ad se non pertinere utrum is tantummodo videtur, qui factum scit, an et is qui in iure erravit? Putavit enim recte factum *testamentum, cum inutile erat, vel cum eum aliis praecedenter agnatus, sibi potius deferrit. Et non puto hunc esse praedonem qui dolo caret, quamvis in iure eret".

(25) DE ANGELIS: *L'erede apparente* (Studio sull'art. 933, Cód. civ. ital.) en *Il Filangieri*, 1908, página 54.

(26) CONTRI: *L'erede apparente di buona fede*, Florencia, 192, págs. 9 y siguientes. Una crítica bastante completa del pensamiento de este autor

Examinado el concepto de heredero aparente de buena fe, resulta simplicísimo determinar quién debe reputarse heredero aparente de mala fe: todo aquel que no posea los bienes hereditarios con los extremos de la posesión de buena fe del párrafo 1.º del art. 433, según lo hemos venido interpretando (art. 433, 2.º); es decir, quién ha entrado en posesión de la herencia como heredero—*pro herede*—sin ningún título (real o, por lo menos, supuesto), con un título simulado (por ejemplo, un testamento falsificado) o con un título cuyos vicios conocía, y, en fin, quién posea alegando un error de hecho o de derecho, y por tanto un título putativo, si en contra de él se demuestra su dolo, la conciencia de su ilegitimidad, o la culpa grave por tratarse de error inexcusable.

Por último, conviene advertir que de acuerdo con el art. 434 la buena fe se presume siempre, y al que afirma la mala fe de un poseedor (en concepto de heredero) corresponde la prueba.

II. La protección de los terceros adquirentes del heredero aparente

§ 1. LOS TERCEROS Y EL VERDADERO "HERES" EN EL DERECHO ROMANO.

En el Derecho de Roma el problema de la protección de los terceros adquirentes del *possessor pro herede* frente al heredero reivindicante es muy debatido. Generalmente se admite que aquel sistema protegía ya de una manera indirecta al tercero, pero se discute sobre la época en que tal medida fué puesta en vigor.

Fundamental en la materia es el célebre Senadoconsulto Juveniano, emanado en el año 129 d. C. bajo el imperio de Adriano, al que se refiere Ulpiano en el fr. 20, § 6, *Dig. de hereditatis petitio-ne*, V., 3 (27). Su contenido puede resumirse en los siguientes principios:

Por regla general el *possessor pro herede* de buena fe no debe obtener ninguna ventaja de las cosas hereditarias poseídas, pero no debe sufrir por ello daños patrimoniales. Por tanto, sólo debe restituir al verdadero *heres* aquello que *aumentó* su patrimonio y, así en el caso de que hubiera enajenado las cosas hereditarias, únicamente estará obligado a restituir el precio de las mismas, aun cuando éstas hayan parecido o hayan sido usucapidas por el comprador antes de la incoación del juicio.

puede verse en DE BERNARDINIS: *La condizione giuridica dell'erede apparente nel Codice civile italiano (Contributo all'interpretazione dell'art. 933)*, en *Archivio Giuridico*, LXXIII, 1904, páginas 256 y siguientes.

(27) Sobre los diversos problemas que el mismo suscita, vid. Longo: *L'hereditatis petitio*, cit., págs. 81 y sigs. y bibliografía allí citada.

Por el contrario, el *possessor pro herede* de mala fe no sólo debe restituir al verdadero heredero todo aquello de que se ha enriquecido con la posesión de las *res hereditariae*, sino también reembolsarle lo que habría recibido si el patrimonio hereditario no hubiera sido ocupado ilegítimamente.

Conviene observar que el Senadoconsulto contemplaba apenas la situación jurídica del heredero aparente de cara a la *hereditatis petitio* del heredero real, y no se ocupaba de las relaciones entre el verdadero *heres* y los terceros derechohabientes sobre las cosas hereditarias a consecuencia de contratos realizados con el poseedor *pro herede*, porque tan sólo se propuso resolver cuestiones referentes a la *petitio hereditatis* y no a la *rei vindicatio*, que era la única acción intencitable contra los terceros.

En el silencio del S. C. hay que estar a las consecuencias del famoso adagio romano *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet*, del cual se deduce que los terceros que han adquirido del *possessor pro herede* son adquirentes *a non domino* y, por tanto, deben sucumbir frente a la reivindicación del *dominus*. Esto como regla general.

Veamos ahora los casos particulares.

Respecto a las enajenaciones a título gratuito, no hay lugar a duda de que cabía la reivindicación frente a los donatarios, incluso de buena fe. Y lo mismo debe ser admitido para el supuesto especial, considerado por Ulpiano (28), de una *datio* en *pignus*. Con relación a la venta que es el caso más discutido distinguaremos, según se trate de la venta de toda la *hereditas* o de cosas aisladas.

En cuanto al primer caso, según resulta de las fuentes (29), el verdadero *heres* puede dirigirse contra el tercer comprador, ya sea de buena o de mala fe, con la *hereditatis petitio utilis*, que como ha demostrado Longo (30), es una innovación que los compiladores justinianos hicieron, considerando al comprador como representante del *possessor pro herede*. Y siempre fué posible la deducción de una *specialis, rei vindicatio* para reclamar la *restitutio* de cada cosa.

Las dudas surgen a propósito de las enajenaciones de cosas singulares hechas por el heredero aparente.

Para éstas la mayor parte de los autores deducen una excepción al principio general antes enunciado, basándose en un texto de Ulpiano (lib. XV ad. ed. fr. 25, § 17, Dig. de hered. pet. V. 3):

“Item si rem distraxit bonaे fidei possessor nec pretio factus sit locupletior, an singulas res, si nondum usucaptae sint, vindicare peti-

(28) Fr. 25. § 14, Dig. de hered. pet. 5, 3.

(29) Fr. 13 § 4, Dig. de hered. pet. 5, 3: “Quid si quis hereditatem emerit, an utilis in eum petitio hereditatis deberet dari, ne singulis iudiciis vexaretur? Venditorem enim teneri certum est: sed finge non extare venditorem vel modico vendidisse et bonaе fidei possessorum fuisse: an porrigi manus ad emptorem debeat? Es putat Gaius Cassius dandam utilem actionem.”

(30) Op. últ. cit., págs 35 y siguientes.

tor ab emptore possit? Et si vindicet, an exceptione non repellatur quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venum dedit, quia non videtur in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? El puto posse res vindicare, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent" (31).

Se razona así: puesto que, según el Senadoconsulto Juvenciano, el heredero aparente de buena fe no debe recibir ninguna ventaja, mas tampoco debe sufrir daños patrimoniales, resulta que el heredero verdadero no podrá reivindicar de manos del tercero las cosas enajenadas, porque en este caso el *possessor pro herede bonae fides*, que está obligado a garantir de evicción la cosa vendida, debería responder de todos los daños padecidos por el tercero adquirente a consecuencia de la reivindicación de la cosa comprada. Por ello, la *reivindicatio* promovida por el heredero de *iure* debe ser rechazada con una *exceptio*, no en consideración a los terceros (*ex persona emptori*), los cuales habiendo adquirido a *non dominio* sucumbirían frente al verdadero dueño (*heres*), sino más bien atendiendo al *possessor pro herede* de buena fe (*ex persona venditoris*), para que su situación no sea agravada, como pretendía el Senadoconsulto (32).

En contra de esta *communis opinio* formada alrededor del famoso texto de Ulpiano se levantaron algunos autores, que no admitiendo ninguna excepción al *nemo plus iuris...* son partidarios de la procedencia de la *rei vindicatio*, en todo caso.

Apoyan su tesis en un fragmento del mismo jurisconsulto clásico que contradice de forma clara a la L. 25, § 17, antes transcrita (33). Y para salvar la antinomia se propone la sustitución del *ni si* por un *etsi, licet o si quidem* (34). En cambio, Serafini, que es el más vigo-

(31) "Del mismo modo, si el poseedor de buena fe ha vendido los bienes hereditarios y no se ha enriquecido con el precio ¿puede el actor reivindicar deí comprador las cosas singulares que no hayan sido todavía usucapidas? Y si las reivindica, ¿no podrá ser repelido con la excepción de que no se haga juicio previo de la herencia (acerca del derecho sobre la *hereditas*) entre el actor y aquel que ha vendido, puesto que en la acción de petición de herencia no entra el precio de aquellas cosas, aún cuando los compradores vencidos puedan volverse contra el que enajenó? Yo creo que las cosas pueden ser reivindicadas, a no ser que los compradores tengan acción de regreso hacia el poseedor de buena fe".

(32) DONELLO: *Comment de jure civ.*, L. XIX, cap. 12; VOET: *Comment ad Pandectas "de hered. pet."*, n. 18; DE CRESCENZIO: *Il sistema del diritto civile romano*, vo. II, pág. 181; ARNDTS-SERAFINI: *Pandette*, vol. III § 534 y nota a dicho §; GLÜCK, op. cit., vol. V, pág. 779; DERNBURG, op. cit., págs. 54 y sigs.

(33) Fr. 16, ULPIANO, lib. XV ad ed., § 7, Dig. 5, 3.

(34) FABER, op. cit. II, ad leg. 25, § 17, *de hered. pet.*, 5, 3, págs. 273 y siguientes; FRANCE: *Exegetisch-dogmatischer Commenter über den Pandekten-titel de hereditatis petitione*, a propósito de la L. 25, § 17, pág. 309; Vid. también HUREAUX, op. cit. III, números 210-211, el cual, juzgando arriesgado el cambio de los vocablos empleados en las fuentes, explica el texto por la eficacia suspensiva de la *exceptio praejudicij*.

roso adversario de la *communis opinio*, manteniendo el *nisi* en cuestión, intentó explicarlo con el mismo significado del *sed* (35).

Como en otras muchas ocasiones la ciencia interpolacionista ha venido a arrojar luz sobre una *vexata quaestio*, que hoy puede considerarse totalmente zanjada. En efecto, después de las sugerencias avanzadas por Mommsen, Eisele demostró la interpolación del inciso “*nisi... habent*” del fr. 25, § 17, Dig., V. 3 (36). Y Longo afirma que para el derecho clásico es difícil explicar este texto como no sea pensando en alteraciones justinianas. Todas las ingeniosas tentativas hechas con el deseo de dar un significado diverso a la particula *nisi* deben ser abandonadas. La frase iniciada con esa palabra enuncia una restricción, muy característica de los compiladores, que hace prácticamente nula la opinión de Ulpiano *poco antes manifestada* (“*quamquam victi emptores reversuri sunt... puto posse res vindicare*”), porque como eran prácticamente bastante raros los casos en que la acción de regreso se podía negar (fuera del caso de renuncia, ninguno), se llegaría al resultado absurdo de privar al heredero de un derecho, por otra parte concedido a todo *dominus* de forma unánime por las fuentes (37).

Por tanto, toda la frase “*nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent*” es justiniana. De donde se deduce que la doctrina de aquella vieja *communis opinio* forjada sobre la base de la célebre L. 25, § 17, Dig. h. t., es únicamente válida para el Derecho justiniano; mientras que la doctrina contraria, según la cual el heredero puede reivindicar en todo caso de los terceros adquirentes del *possessor pro herede*, es la que estuvo en vigor durante el período clásico.

Concluyendo: en el derecho romano clásico se admite sin restricciones la *rei vindicatio* contra el tercero que adquirió del heredero aparente de buena fe, cuando la *petitio hereditatis* no se puede dirigir contra el poseedor *pro herede*; los compiladores justinianos introdujeron, en cambio, la restricción del regreso por *evictio*, existiendo el cual niegan la reivindicación. Si no se llega entonces a proteger la *fides* de los terceros, concediendo una *exceptio ex persona emptori*, por lo menos Justiniano dió un paso decisivo en ese sentido otorgando una *exceptio ex persona venditore*, que indirectamente favorecía a aquéllos. En grado embrionario, es la primera manifestación que se encuentra en la historia del principio que más tarde habría de triunfar en las legislaciones modernas.

§ 2. VALIDEZ DE LOS ACTOS DEL HEREDERO APARENTE EN EL DERECHO COMPARADO

En este párrafo nos proponemos dar una ojeada al problema que venimos examinando, en los derechos extranjeros que ofrecen más in-

(35) SERAFINI: *Nuova interpretazione del celebre frammento di Ulpiano*, L. 25, § 17, Dig. V. 3, en *Archivio Giurídico*, vol. XX, 1878, páginas 493-426.

(36) *Beiträge zur Erkenntnis der Digesten interpolationen*, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, R. A., X 1889, páginas 206 y siguientes.

(37) Op. cit. páginas 191-200.

terés por su afinidad con el nuestro o por el carácter original de sus soluciones.

I. Doctrina y jurisprudencia francesas

El Código Napoleón no se ocupó de las enajenaciones realizadas por el heredero aparente. El artículo 777 se limita a decir que “l'effet de l'acceptation remonte au jour de l'ouverture de la succession”. La doctrina y la jurisprudencia francesas, al enfrentarse con el arduo problema, intentaron colmar la laguna de la ley. Las soluciones propuestas pueden reducirse a dos (38):

Según una primera corriente de opinión, sistema o doctrina, las enajenaciones hechas en favor de un tercero por heredero aparente no deben considerarse nunca válidas en perjuicio del heredero real, aun cuando tanto el que enajena—a título oneroso o lucrativo—como el que adquiere actúen de buena fe. Los terceros no disponen más que de la usucapión para defenderse contra el heredero verdadero, si son de buena fe y poseen con justo título, o bien de la *prescriptio longi temporis*, si no tienen estas condiciones.

Los argumentos aducidos son de derecho estricto: el principio general *nemo dat quod non habet*, que tiene sus reflejos en los arts. 1.599 (según el cual la venta de cosa ajena es nula), 2.182 (a cuyo tenor “le vendeur ne transmet à l'acquireur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue”) y 2.124-2.125 (de los que resulta la nulidad de la hipoteca consentida por un tercero no propietario). No habiendo derogado el legislador los principios generales en atención a la buena fe del tercero o del heredero aparente, los terceros que adquieran de éste quedan expuestos a la *rei vindicatio* del verdadero heredero. *Dura lex, sed lex.*

La ley sólo admite unas cuantas excepciones al rigor de la máxima que sanciona la nulidad de las enajenaciones *a non domino*: artículo 2.279 (“en fait de meubles possession vaut titre”); artículo 132 (derogación concedida en beneficio del poseedor de los bienes del ausente que reaparece); artículo 790, para el caso del heredero renunciante, que obtiene la anulación de su renuncia; artículo 1.380 (39); artículos 2.005, 2.008 y 2.009, que establecen la validez de los contratos realizados por los terceros de buena fe con el mandatario después

(38) BRUNETTI (op. cit., págs. 119-120) presenta dos sistemas, mientras que MIDIRI, op. cit. págs. 324-329) expone cuatro doctrinas sobre los actos cumplidos por el heredero aparente en el derecho francés. Pero en realidad, la tercera y cuarta son variantes que limitan la amplitud de la segunda. Una de ellas, defendida por MERLIN y SIRESA, invoca el fr. 25. § 17. Dig. 5. 3, interpretado según la *communis opinio* (“exceptio ex persona venditoris”). La otra, seguida un tiempo por varios Tribunales de apelación, exige el concurso bilateral de la buena fe para que las enajenaciones hechas por el heredero aparente sean respetadas por el heredero real. Ambas encontraron escaso seguimiento y pronto fueron olvidadas.

(39) “Si celui qui a reçu de bonne foi, a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente”.

de la revocación del mandato; artículo 1.935, que contiene una excepción a favor del heredero del depositario que ha vendido de buena fe la cosa depositada, ignorando su origen. Fuera de éstas no es lícito encontrar otras que no hayan sido expresamente establecidas. Nada valen los razonamientos ni las opiniones propias (40).

La segunda opinión, defendida por algunos autores y comentaristas del *Code*, y que acabó por triunfar en la jurisprudencia práctica francesa, se basa en el respeto debido a la buena fe de los terceros y en la seguridad indispensable para hacer circular la propiedad en las adquisiciones a título oneroso. A tal fin, sostiene que todas las enajenaciones hechas por el heredero aparente son válidas, siempre que el tercero haya adquirido de buena fe y a título oneroso las cosas singulares de la herencia. La venta de ésta como *universitas* deja al comprador en el lugar del heredero aparente, y por ello—según esta doctrina—no puede hacer valer la condición de tercero. La protección se limita, pues, a las disposiciones a título particular (41).

Para justificar esta tesis se ha recurrido a muy diversos fundamentos. De Folleville (42) pretendió argumentar sobre la base de la “*saisine collective*” (43): sus principios permitirían descartar la aplicación de la regla “*nemo plus iuris...*” Los tribunales franceses aplicaron en algunos casos el concepto, pero pronto lo abandonaron.

Demolombe, reconociendo que el sistema de la nulidad es “*inxepugnable*”, manifestó sus mayores simpatías por el de la validez, declarándolo el sistema del porvenir, e intentó encontrar una justificación del mismo en los textos del *Code*, con el propósito de despejar el camino a la progresiva jurisprudencia francesa. Las disposiciones de los artículos 138 y 790 se explican, a su modo de ver, por la idea de un *mandato legal* muy amplio, conferido a los *envoyés en possession* de los bienes de un ausente y al heredero que recoge la sucesión en el lugar del heredero renunciante. Generalizando estas disposiciones, Demolombe sostenía que el heredero aparente debe en todos los casos ser considerado como el mandatario del verdadero heredero, autorizado no sólo para realizar actos de administración, sino también para disponer a título oneroso (44).

La teoría de Demolombe no fué aceptada por la jurisprudencia. Esta, prescindiendo de la lógica legalista, se inspiró en la equidad, re-

(40) Por todos, vid. LAURENT: *Principes de droit civil*, tercera ed., París, 1878, tomo IX, números 554 y sigs. páginas 632 y siguientes.

(41) Para la jurisprudencia, vid. DONNEDIEU DE VABRES: *Les actes de l'héritier apparent*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, XXXIX (1940-41), páginas 385 y siguientes.

(42) *De la possession des meubles*, en *Revue pratique de droit français* 1869, t. I, número 63 nota 2.

(43) Sobre la *saisine*, vid. la clara exposición de R. J. CORNEJO: *Trasmisión mortis causa y posesión hereditaria*, Buenos Aires, 1945, páginas 13-18.

(44) DEMOLOMBE: *Cours de Code civil*, tomo II, *De l'absence*, París, 1845, número 232, págs. 272-334. Para la crítica de DEMOLOMBE, vid. RENAULT: *Des actes accomplis par le titulaire apparent d'un droit*, Burdeos, 1917, página 76.

curriendo habilidosamente a la máxima *error communis facit ius* (45): el error común e invencible crea el derecho. Este viejo brocardo viene a quitar todo su valor al aforismo demasiado lógico y estricto *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*.

Crémieu, aceptando en todos sus términos la solución dada por la jurisprudencia práctica francesa al problema de la validez de las enajenaciones hechas por el heredero aparente, hizo una concienzuda crítica del fundamento aducido por los tribunales y propuso otra justificación al margen de la máxima *error communis facit ius*. Aparte de que la existencia de este principio en el derecho positivo francés le parece muy dudosa, a su juicio, el sistema de la jurisprudencia no es consecuente: la máxima en cuestión tiene un carácter absoluto que justificaría incluso la validez de las disposiciones a título gratuito y sobre toda la herencia, cosa que no reconoce la jurisprudencia. Por ello propone un nuevo fundamento: la *utilidad social*, y se declara partidario de una reforma legislativa por la que se consagre el sistema de publicidad integral con inscripción constitutiva y obligatoria, único medio de resolver un problema que, en el estado actual de la legislación francesa, parece insoluble (46).

La verdad es, sin embargo, que—salvo contadas excepciones—en Francia, a despecho de una norma especial de la ley, nadie discute ya la validez de la adquisición del tercero de buena fe que contrata con un heredero aparente, porque la jurisprudencia contemporánea la ha consagrado *expresamente*, explicando que se funda en una necesidad práctica y refiriéndola, por otra parte, a la *regla consuetudinaria* “*error communis facit ius*”, cuyas aplicaciones son bien conocidas y bastante diversas. Como dice Donnedieu de Vabres, en vano se volvería a plantear la cuestión sobre el terreno del derecho positivo, porque en defecto de un texto expreso *se ha formado una costumbre cuya consistencia es cierta* (47). Los límites jurisprudenciales del principio de la validez (adquisición a título oneroso y singular) tienen el mismo origen y se explican antes por la máxima “*consuetudo facit ius*” que por el aforismo “*error communis facit ius*”.

Resumiendo: en el derecho francés la jurisprudencia protege al tercero de buena fe y a título oneroso que adquiere cosas singulares de un heredero aparente, sobre la base de un error común e invencible. El comprador de toda la herencia y el donatario no son nunca mantenidos en sus adquisiciones.

(45) A propósito de ésta consúntense LONIEWSKY: *Essai sur le rôle actuel de la maxime “error communis facit ius”*, Aix 1905; MORIN: *La sécurité des tiers dans les transactions immobilières et la maxime “error communis facit ius”*, en *Annales des Facultés de Droit et de Lettres d'Aix*, 1906, t. II, páginas 25 y sigs.; MAZEAUD: *La maxime “error communis facit ius”*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1924, págs. 929 y sigs. y 953 y siguientes.

(46) CRÉMIEU: *De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1910 páginas 73-82.

(47) Op. y loc. cit., página 390.

2. Derecho italiano

El Código de 1865 reguló expresamente la cuestión en el artículo 933, poniendo fin a las disputas que en Italia, lo mismo que en Francia, habían surgido en torno a la condición de los actos cumplidos por el heredero aparente. Dicho precepto disponía:

“L'effetto dell'acettazione risale al giorno in cui si è aperta la successione.”

Sono però sempre salvi i diritti acquistati dai terzi per effetto di convenzioni a título oneroso fatte di buona fede coll'erede apparente. Se questi ha alienato in buona fede una cosa dell'eredità, è soltanto obbligato a restituire il prezzo ricevuto o a cedere la sua azione contro il compratore che non lo avesse ancora pagato.”

Dos son, por tanto, las condiciones exigidas por el legislador italiano de 1865 para que queden a salvo los derechos adquiridos por los terceros: *a) que se trate de actos a título oneroso; b) que dichos actos hayan sido realizados por el tercero estando de buena fe.* No tiene, en cambio, ninguna influencia sobre la validez de los mismos la buena o la mala fe del heredero aparente (48).

Así se introducía al mismo tiempo una excepción al principio colocado a la cabeza de dicho artículo y otra a la máxima *nemo plus iuris*. En la Relación al Proyecto del guardasellos Pisanelli se daba la razón de la medida con escuetas palabras: “En el proyecto fué resuelta una cuestión importante, que tiene siempre dividida la doctrina y la jurisprudencia. Se declararon salvos los derechos adquiridos por los terceros en fuerza de convenciones a título oneroso hechas de buena fe con el heredero aparente. *Esto era requerido por la certeza de las transmisiones de la propiedad y para elevar el crédito inmobiliario en armonía con el nuevo sistema hipotecario*” (49).

El nuevo Código italiano dispone en su artículo 534:

“L'erede può agire anche contro gli aventi causa da chi possiede a título di erede o senza título.

Sono salvi i diritti acquistati, per effetto di convenzioni a título oneroso con l'erede apparente, dai terzi i quali provino di avere contrattato in buona fede.

La disposición del comma precedente non si aplica ai beni inmobili e ai beni mobili iscritti nei publici registri, se l'acquisto a título di erede e l'acquisto dall'erede apparente non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero, o alla trascrizione della demanda giudiziale contro l'erede apparente.”

Como se ve, el § 2.^o de este precepto reproduce con algunas variantes el § 2.^o del artículo 933 del antiguo Código. Pero ahora resulta clarísimo que el requisito de la buena fe únicamente se refiere a los ter-

(48) Sobre estas condiciones, ampliamente vid. DE ANGELIS, op. cit., páginas 76-79 y MAIERINI, op. cit., páginas 80-81.

(49) Lib. III, página 27.

ceros y no al *possessor pro herede*, que puede ser tanto de buena como de mala fe.

Por otra parte, se ha invertido la carga de la prueba de la buena fe. En efecto, bajo el Código del 65 sosteniase, no sin alguna voz contraria (49 bis), que, de acuerdo con el artículo 702, la buena fe era siempre presumida, y que a quien la negase correspondería la prueba. El artículo 534 del Código del 42 pone fin a la duda en cuanto que impone de forma expresa al tercero la prueba de haber contratado de buena fe, considerando que esta cualidad representa un elemento constitutivo de la adquisición.

Pero la innovación más importante está contenida en el § 3.^º Con relación a los terceros que han adquirido a título oneroso del heredero aparente derechos reales sobre bienes inmuebles o muebles registrados, el artículo 534 no se limita a exigir su buena fe; establece además un doble requisito, sin el cual, aun adquirido de buena fe, el derecho del tercero puede ser atacado: y es tanto la transcripción del título adquisitivo del heredero aparente como la del título de adquisición del tercero, de manera que si ambas transcripciones faltan o si las dos, o incluso sólo una de ellas, han sido efectuadas después de la transcripción de la adquisición por parte del heredero o legatario verdadero o de la demanda en *petitio hereditatis* del heredero real, el derecho del tercero decae (50).

§ 3. EL PROBLEMA EN NUESTRO DERECHO

1. *Situaciones legales protectoras del tercero de buena fe*

Ya hemos dicho que el artículo 989 se limita a decir que los efectos de la aceptación y de la repudiación se retrotraen siempre al momento de la muerte de la persona a quien se hereda, guardando silencio no sólo acerca de las relaciones del verdadero heredero con el aparente, sino también sobre las que median entre aquél y los terceros

(49 bis) ASCOLI: *Acquirente di buona fede dall'erede apparente*, en *Rivista di Diritto civile*, 1935, págs. 98-99; TARDIVO, op. y ioc. cit., páginas 196 y siguientes.

(50) Sobre la disposición, vid. los comentaristas del nuevo Código; STOLFI, N. y F.: *Il nuovo Codice civile commentato* (Libro delle successioni e donazioni), Nápoles, 1941, págs. 118 y sigs.; AZZARITI-MARTÍNEZ: *Diritto civile italiano secondo il nuovo codice. La successioni per causa di morte*, Padua, 1942 págs. 177 y sigs.; D'AVANZO, en *Codice civile. Libro delle successioni per causa di morti e delle donazioni* (comentarios dirigidos por M. D'AMELIO), Florencia, 1941, págs. 257 y sigs.; BUTERA: *Codice civile italiano commentato* (Successioni e donazioni), Turín, 1940, págs. 150 y sigs.; BRUNELLI-ZAPULLI: *Il libro delle successioni e donazioni*, Milán, 1940, págs. 149 y sigs. Y, sobre todo el estudio monográfico de FASANI sobre la *petitio hereditatis*, ya citado, que contiene un estudio muy completo de los artículos 533-535 del Código italiano de 1942. Vid. también MENGONI, op. cit., páginas 86-103.

causahabientes del *possessor pro possessore*. ¿Cuál será, pues, la condición de los actos dispositivos realizados por el heredero aparente?

Lógicamente, por efecto de la eficacia retroactiva de la aceptación de la herencia, y en virtud de la máxima *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (51), de donde se sigue la invalidez de la adquisición hecha *a non domino*, se debe admitir en todo caso la proponibilidad de la *hereditatis petitio* frente a los terceros. En efecto, la jurisprudencia ha reconocido expresamente la vigencia en nuestro Derecho de la regla *nemo dat quod non habet* (52): es la solución civil clásica, que en el conflicto entre el verdadero titular y los subadquirentes del titular aparente hace prevalecer el derecho del primero. En principio, sólo el propietario de una cosa tiene derecho a disponer de la misma (art. 348). Así, el artículo 1.857 señala entre los requisitos de la prenda e hipoteca el que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca. No obstante, en nuestro Derecho la venta de cosa ajena no está prohibida por ningún precepto legal, y tanto la doctrina (53) como la jurisprudencia (54) han reconocido la eficacia meramente obligatoria de la misma, posible por tratarse de un contrato consensual, que incluso, según algunos autores, no implica la obligación de transmitir la propiedad (55). El hecho de que se admita, dentro de estos límites, la validez de la venta (y también del legado de cosa ajena, según los ar-

(51) Fr. 54, ULPIANO, lib. XLVI, ad. ed., *Dig. de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17. También el fr. 20 pr., del mismo ULPIANO, lib. XXIX, ad Sabini, *Dig. de adquirendo rerum dominio*, 41, 1: "Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert". Vid., además, los §§ 1 y 2 del mismo fragmento.

(52) Sentencias del Tribunal Supremo 29 octubre 1915, 26 abril 1916, 7 enero 1926, entre otras.

(53) Vid. CASTÁN, op. cit., III, 6.^a ed., Madrid 1944, pág. 22; PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, en las anotaciones al "Derecho de obligaciones" de ENNECERUS, tomo II, vol. 2, Barcelona 1944, págs. 23-24; MENÉNDEZ, "Ensayo sobre la *renditio rei alienae* en el Derecho clásico y en las legislaciones modernas", en "Revista de Derecho privado", I, 1914, págs. 337 y ss.; GAYOSO, "Cuestiones sobre el contrato de compraventa. Concepto legal del mismo. Sus elementos esenciales", en "Revista de Derecho privado", VIII, 1921, págs. 218 y ss., esp. págs. 222-223; en contra, MIANRESA, "Comentarios", cit. tomo X, pág. 25.

(54) Vid. Sentencias del Tribunal Supremo 31 enero 1921 (protesa de venta) y 1 marzo 1949, y las de 19 diciembre 1946 y 28 junio 1947 (en tesis general), aunque negando aplicación al caso de autos por diversas razones. En contra: Sentencias 11 abril 1912, 26 junio 1924, 20 noviembre 1925 y 3 marzo 1929 (las dos últimas de modo no explícito). En cambio, sin vacilaciones, la Dirección General de los Registros declara en sus resoluciones que no es esencial al contrato de compraventa que el vendedor sea dueño de la cosa vendida (Resolución 6 diciembre 1898, 2 septiembre 1902 y 6 diciembre 1928). Sobra la jurisprudencia, vid. los comentarios de BOSET, en "Revista de Derecho privado", XXXI, 1947, págs. 194 y 980-981.

(55) ALBADALEJO GARCÍA: *La obligación de transmitir la propiedad en la compraventa*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 181, 1947, páginas 499-500.

tículos 861-863) no significa una derogación del principio general *nemo dat quod non habet* ni de la otra regla *res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest* (art. 1.257)—según la cual los negocios sobre un patrimonio ajeno son, por lo general, irrelevantes respecto al mismo (56)—, sino más bien su confirmación: el verdadero dueño podrá reivindicar la cosa vendida por otro donde quiera que ella se encuentre (*ubi rem meam invenio, ibi vindico*). El vendedor de una cosa ajena no transmite al comprador el dominio de la misma si previamente no la adquiere del propietario para hacerle su entrega.

Claro está que la ley, en casos muy excepcionales, a veces otorga o suple un poder de disposición sobre las cosas ajenas: artículo 863 (legado de cosa ajena propia del heredero o de un legatario); artículo 1.160, apartado 2.^o (a propósito de los actos dispositivos del acreedor sobre dinero o cosas fungibles); artículo 1.738 (actos del mandatario realizados ignorando el fin del mandato), etc.

Con todo, existen situaciones legales en las que se da indirectamente y por vía de consecuencia, como rebote de la *negatio accionis* (57), una adquisición *a non domino*. Son excepciones al principio de la nulidad de los actos dispositivos de un titular aparente. Casos especialísimos son los artículos 1.765 y 1.778 del C. c. (58). Un carácter más general tienen las situaciones previstas en los artículos 464 Código civil y 34 L. H., aplicables a los terceros que adquieren de un heredero aparente. Veamos las condiciones exigidas para que aquéllos resulten protegidos frente al heredero real que intenta la *rei vindicatio*.

A) *Bienes muebles*.—El tercero que haya adquirido de buena fe una cosa mueble del heredero aparente resulta protegido frente al verdadero *heres* en virtud del artículo 464 del C. c. (59), tanto si su adquisición es a título oneroso como si es a título gratuito. La acción reivindicatoria de este último queda paralizada y, como consecuencia, el causahabiente del *possessor pro possessore* es mantenido en su adquisición. Más bien que de un poder jurídico de disposición de la cosa ajena, capaz de producir directamente una adquisición derivativa *a non domino* (“*a non herede*”), debe hablarse de una simple facultad o poder

(56) Así, CARIOTA-FERRARA: *I negozi sul patrimonio altrui*, Padua, 1936, páginas 61 y ss.

(57) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad Español*, en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, 251, 1949, pág. 249.

(58) Más adelante (§ 3, núm. 2, págs. 700 y ss.) haremos el examen de estos y de otros preceptos.

(59) En el texto seguimos en sus líneas esenciales la interpretación del artículo 464, que nos parece más acertada. Vid. HERNÁNDEZ-GIL: *El giro de la doctrina española al torno al art. 464 del Código civil, y una posible interpretación de privación ilegal*, en “Revista de Derecho privado”, 1944, págs. 419-517; *De nuevo sobre el art. 464 del Código civil*, ibidem, 1945, págs. 413-428; en contra últimamente SOLS GARCÍA: *Ensayo sobre la prescripción adquisitiva de bienes muebles*, en “Revista de Derecho privado”, 1950, págs. 119-135. Para el derecho histórico vid. además, VALDEAVELLANO: *La limitación de la acción reivindicatoria de los bienes muebles en el Derecho español medieval*, en “Revista de Derecho privado”, 1947, págs. 631 y ss.

de hecho que hace posible, de manera indirecta, la adquisición originaria del tercero de buena fe: en una palabra, hay *adquisición*, pero no *transmisión "a non domino"*. El heredero aparente no tiene, pues, el poder de *enajenar* la cosa, sino la *posibilidad de hecho* de concurrir a la creación de los elementos constitutivos de una hipótesis (*fattispecie, Tatbestand*) a la que la ley liga, como consecuencia de la irreivindicabilidad, el nacimiento del derecho de propiedad en el tercer adquirente de buena fe y la extinción del derecho del antiguo propietario (heredero).

Aquellos elementos, requisitos o condiciones son:

1.^º *Posesión del enajenante* (heredero aparente, *possessor pro herede*), que le legitima como titular (*legitimación* en el sentido específico y técnico de una presunción a favor de la pertenencia del derecho) (60), en virtud del artículo 448, la cual suscita en los terceros la idea de que se es propietario, o, lo que es lo mismo, da lugar a su buena fe. Pero como la presunción del artículo 448 es *iuris tantum*, cabe la prueba en contrario en el caso de falta de la diligencia mínima exigida en los negocios de tráfico (61).

2.^º *La tradición* como requisito formal de la adquisición y de la buena fe ("La posesión de los bienes muebles *adquirida* de buena fe...") que, en el decir de Núñez Lagos, se levanta como elemento intermedio entre el contrato obligacional o causal (venta, donación, permuta) que une a transmisor y adquirente y la posesión legitimadora de éste (62). La ley no puede atribuir a la mera posesión el efecto de la adquisición: de otra suerte convertiría la posesión en propiedad con el único requisito de la buena fe; sólo quiere proteger al que adquiere de un poseedor en concepto de dueño (en este caso, a título de heredero) sobre la base de una contratación regular; es decir, *tal como* se adquiere de un verdadero propietario, con contrato y tradición. Pero de éstos, el elemento determinante, el que realmente produce la adquisición, es la *traditio*: los motivos de impugnación—vicios o defectos—que puedan afectar al contrato obligatorio (de modo especial la falta de derecho en el heredero aparente) no afectan a la adquisición en tanto que no repercutan en la tradición (63).

3.^º *La buena fe del adquirente*, determinada por la creencia de tratar con el verdadero heredero y, por tanto, con el propietario. "La buena fe del poseedor—dice el artículo 1.950—consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueña de ella y podía transmitir su dominio"; y

4.^º *La posesión del adquirente*, aunque parezca ocioso advertirlo, porque ésta es la que le legitima como titular frente a todos y enerva la acción reivindicatoria del heredero real. Si el tercero recibió la cosa

(60) Tal concepto se encuentra en CARIOTA-FERRARA, op. cit., núm. 38, páginas 76 y s.

(61) Cfr. NÚÑEZ LAGOS: *El enriquecimiento sin causa, en el Derecho español*, Madrid, 1934, pág. 77 y BÉRGAMO LLABRÉS, op. y loc. cit., págs. 254-255.

(62) Op. últ. cit., pág. 78.

(63) Cfr. NÚÑEZ LAGOS, *ibidem*.

del heredero aparente por medio de la *traditio*, aun de buena fe, y luego pierde la posesión, que pasa de nuevo, por cualquier título, al heredero aparente, no podrá ser mantenido en su adquisición (64).

B) *Bienes inmuebles*.—El tercero que adquiera del heredero aparente fincas o derechos reales sobre las mismas resultará protegido por la fe pública registral, concurriendo los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Fundamental en la materia es el artículo 28 L. H.: “Las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado—establece—no surtirán efecto en cuanto a *tercero* hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptuándose las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos” (65). Como hace notar Núñez Lagos, el tercero a que se refiere este artículo no es el heredero ni el legatario en ningún caso, porque el adquirente *mortis causa* no tiene nunca la condición de tercero. Pero este adquirente *mortis causa* puede transmitir los bienes a un tercero—tercero hipotecario del artículo 34—en perjuicio de un heredero de mejor derecho a quien correspondería la *petitio hereditatis*: tal titular de la acción de petición de herencia es el tercero a que se refiere el artículo 28. Hay, pues, tres personas en juego: un heredero aparente o presunto, que inscribe a su nombre los bienes de la sucesión (que no es tercero jamás); un comprador o adquirente de esos bienes (tercero hipotecario) y un heredero real (*tercero* del artículo 28), que reclama la herencia con la *hereditatis petitio*. Si entabla la acción en cualquier tiempo, antes de que el heredero aparente enajene los bienes, no se aplica la Ley Hipotecaria, sino solamente el Código civil. Si la entabla después de la venta o enajenación y antes de los dos años, tampoco está protegido el comprador. Si la ejercita después de los dos años, o si los herederos inscritos son herederos forzosos, la *petitio hereditatis* no cabe contra el tercer adquirente de los bienes (66).

Mas para que en este caso entre en juego la protección de la *fides pública* es necesario que se verifiquen todos los elementos que integran el supuesto de aplicación del artículo 34:

1.º *Inscripción del enajenante (heredero aparente)*. El artículo 14 determina que “el título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio o la declaración judi-

(64) Vid. el curioso ejemplo de EWALD en NÚÑEZ LAGOS (“El Registro de la Propiedad Español”, loc. cit., pág. 249).

(65) El art. 16 dispone: “Los dueños de bienes inmuebles o derechos reales por testamento u otro título universal o singular que no los señale o describa individualmente podrán obtener su inscripción presentando dicho título con el documento en su caso que pruebe haberles sido aquél transmitido y justificando con cualquier otro documento fehaciente que se hallan comprendidos en él los bienes que traten de inscribir”. En realidad como observa NÚÑEZ LAGOS, este precepto es un residuo histórico innecesario, puesto que la doctrina del título universal está ya recogida en el art. 14 nuevo en la última Ley Hipotecaria.

(66) Op. últ. cit., págs. 233-234.

cial de herederos abintestato" (67), añadiendo en su párrafo segundo que para inscribir bienes y adjudicaciones *concretas* deberán determinarse en escritura pública o por sentencia firme los bienes o parte indivisa de los mismos que correspondan o se adjudiquen a cada titular o heredero. Sin embargo, cuando se trate de heredero único y no exista ningún interesado con derecho a legítima, ni tampoco comisario o persona autorizada para adjudicar la herencia, el título de la sucesión, acompañado de los documentos a que se refiere el artículo 16, bastará para inscribir directamente a favor del heredero los bienes y derechos de que en el Registro era titular el causante (art. 14, 3.º).

2.º *Inscripción del adquirente*. Hace falta, pues, una doble inscripción. El tercero del artículo 34 no es un tercero de inscripción como el del artículo 32, sino—como dice Núñez Lagos—un tercero de "sobreinscripción".

3.º *Adquisición a título oneroso*. Las adquisiciones a título gratuito no resultan protegidas frente al heredero real (art. 34, 3.º).

4.º *Buena fe del adquirente*. Esto es, negativamente, la ignorancia o desconocimiento de la inexactitud registral en cuanto a las causas de nulidad o resolución no inscritas (arg. art. 34, 2.º, y fin del 1.º); positivamente, la *opinio iuris* o creencia fundada en la inscripción a favor del heredero aparente de que éste es el verdadero heredero y puede transmitir o disponer del derecho (arg. art. 1.950 C. c.). El elemento subjetivo (*opinio*) se apoya siempre en un elemento objetivo (apariencia), en este caso reforzado por una presunción *iuris tantum* de legitimidad o pertenencia del derecho (art. 38). La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro (art. 34, 2.º) (68).

También aquí no existe una *transmisión*, sino una *adquisición a non dominio*. El heredero aparente no tiene poder dispositivo alguno de carácter sustantivo sobre las cosas ajenas: se trata, como en materia de muebles, de un poder o posibilidad de facto de provocar con su actividad, por vía de consecuencia, la adquisición orginaria del tercero, que se explica por la pérdida del derecho del antiguo dueño (heredero real) ante la necesidad ineludible de proteger al adquirente de buena fe (*negatio actionis*—extinción de dominio—, adquisición orginaria de la propiedad). Creemos que únicamente cabría una solución positiva sobre la base de un poder de disposición del titular inscrito que diera lugar a una adquisición derivativa (transmisión). Entonces la inscripción del adquirente podría ser una *conditio iuris* para mantener *ex post facto* una transmisión ya operada. La buena fe no puede ser el

(67) Vid. *supra* I § 3.

(68) El concepto positivo de buena fe del tercer adquirente que se consigna en el texto lo hemos elaborado a partir de CARNELUTTI ("Teoria giuridica della circolazione", Padua, 1933, págs. 160 y ss.), teniendo en cuenta las disposiciones de nuestro Derecho y el concepto de legitimación más arriba sentado que difiere notablemente del que sigue aquel autor (cfr. op. cit., págs. 164 y ss.). En cuanto al momento en que debe ser exigida la buena fe, vid. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II, 3, 1949, págs. 1231 y ss.

elemento determinante, porque si fuera un requisito constitutivo de la adquisición, lógicamente correspondería la prueba al tercero (69) y la ley no sentaría una presunción *iuris tantum* en favor de la misma. El tercero sólo será mantenido en su adquisición—*a non domino*, conviene no olvidarlo, y, por tanto, resoluble o anulable (“resoluto iure dantis, resolvitur ius concessus”) mientras que la ley no diga otra cosa—una vez que haya cumplido el último requisito exigido por el artículo 34 (inscripción de su derecho). Hasta entonces el heredero real no pierde su acción ni su derecho, ni tampoco lo adquiere el tercero que contrató con el heredero aparente (70).

Todo esto por lo que afecta a las adquisiciones del derecho hereditario “en concreto”. Veamos ahora lo que ocurre cuando se trata de

(69) En efecto, de todos es conocido el principio de derecho procesal según el cual *quien alega un derecho debe probar el hecho constitutivo de' mismo* (CHIOVENDA: *Principi di diritto processuale civile*, 4^a ed., Nápoles, 1928, páginas 783 y ss. y 788-791). En este caso el elemento constitutivo es la inscripción que origina una adquisición *a non domino* como rebote de la *negatio actionis*.

(70) Sigue la tesis del poder dispositivo del titular inscrito, localizando el momento de la adquisición en la inscripción, SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios a la Nueva Ley Hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 260 y ss. y 157; *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Madrid, 1947, I, págs. 265 y ss. y 318; centran en la buena fe todo el juego de las adquisiciones *a non domino*, GONZÁLEZ RODRÍGUEZ: *Bocetos jurídicos*, I *La buena fe y la seguridad jurídica*, en “*Anales de la Academia Matritense del Notariado*”, III, 1946, págs. 341-346, y VALLET DE GOYTISOLO: *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, en “*Revista de Derecho privado*”, XXXI, 1947, págs. 947-948. Según el primero, el art. 34 sanciona una forma mixta de adquisición, derivativa para lo que conste en el Registro y originaria en cuanto a lo que no conste (op. cit., página 346). Para el segundo, no han transmisión, sino que sólo adquisición *a non domino*. A su juicio, en la inscripción no reside ni la fuerza motriz ni la energía dinámica de la fe pública. “La inscripción a favor del transferente—afirma—, no concede a éste poder dispositivo alguno: sólo es un dato material, una apariencia legitimadora suficiente para servir de apoyo a la buena fe del adquirente. Y la inscripción de adquirente no es más que una *conditio iuris* para mantener y afianzar *ex post facto* una transmisión ya operada (según el mismo autor, en el momento del otorgamiento del título con valor de tradición a favor del tercero de buena fe). Si la fuerza motriz no reside en el Registro, ha de residir en el otro elemento de la adquisición del tercero: es decir, en la buena fe de éste” (op. cit., págs. 944, 948 y 951).

Por último, habla de adquisición *a non domino* como consecuencia de la irreivindicabilidad o como rebote de la *negatio actionis*, configurando la fe pública como modo de *retener o mantener*, NÚÑEZ LACOS: *El Registro de la Propiedad Español*, loc. cit., págs. 2-8 y 249. Vid. también del mismo autor, *Perfiles de la fe pública*, en *ANTARIO DE DERECHO CIVIL*, II, 1, 1949, págs. 43 y siguientes. Ya antes insinuaba que “quizá tenga mejor porvenir la inscripción como modo de extinguir el dominio que el que ha tenido como modo de adquirirlo” (*Realidad y Registro*, en “*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*”, 177, 1944, página 425). E inmediatamente más arriba escribía: “La inscripción es en sí inoperante para la adquisición de la propiedad. El desplazamiento de propiedad es debido a una *actividad* del titular inscrito, ante la necesidad ineludible de proteger al adquirente de buena fe. Únicamente *por esa* actividad del titular inscrito y *desde* la inscripción a favor del titular siguiente, es la inscripción verdadero modo de adquirir la propiedad, y quizás mejor de extinguir la propiedad”.

enajenaciones del derecho hereditario "en abstracto" (71) realizadas por el heredero aparente.

Sabido es cómo el derecho, indiviso o no, individualizado sobre el conjunto de la herencia únicamente ingresa hoy en el Registro mediante anotación preventiva. "El derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación a los herederos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos—dispone el art. 46 de la nueva L. H.—sólo podrá ser objeto de anotación preventiva." Y de armonía con esta disposición, el artículo 42 establece, en su número 6.º, que podrán pedir anotación preventiva en el Registro correspondiente los herederos respecto de su derecho hereditario, cuando no se haga especial adjudicación entre ellos de bienes concretos, cuotas o partes indivisas de los mismos. Supuesto esto, ¿gozará de la protección de la *fides publica* el comprador, no de cosas singulares, sino de toda la herencia, es decir, del derecho hereditario "en abstracto"? Si el heredero aparente anotó su derecho y después lo enajena a título oneroso a un tercero que anota su adquisición—todo ello en virtud de la facultad contenida en el último párrafo del artículo 46 (72)—, ¿será éste mantenido de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34?

Vimos en el lugar oportuno que en el derecho romano el comprador de una herencia como *universitas iuris* podía ser convenido por el heredero real con una *hereditatis petitio utilis*, cual representante del *possessor pro herede*, sin distinguir si había adquirido de buena o de mala fe. El verdadero *heres* podía también intentar contra el *emptor hereditatis* la *specialis rei vindicatio*, reclamando las cosas singulares pertenecientes a la herencia, si bien para evitarse la molestia de tener que introducir muchos juicios particulares le era más ventajoso promover aquella acción útil acordada, según parece, por Justiniano (73). La doctrina y la jurisprudencia francesas siguen el mismo criterio de excluir al comprador de una herencia, incluso de buena fe, de la protección concedida al tercer adquirente de un *possessor pro herede* (74).

Aparte del argumento histórico, los jurisconsultos franceses abonan esa solución con otras razones: a) El adquirente del derecho hereditario, habiendo sustituido al heredero aparente, no puede invocar la cualidad de tercero respecto del heredero real. El comprador de la herencia no debe ser igualado a los compradores de cosas singulares, puesto que representa al heredero aparente (*tamquam tecum heredis gerens*). Precisamente este fué uno de los motivos por los que en el

(71) Sobre la naturaleza jurídica del mismo vid., F. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, cit., págs. 584-85 y también pág. 565; A. DE COSSÍO: *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1945, págs. 180 y sigs.; CHAMORRO: *Los derechos hereditarios*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 169, 1941, I, esp., págs. 331 y 333; NAVARRO AZPEITIA: *La contritación sobre derecho hereditario e indivisos en Cataluña*, en "La Notaría", 1944, páginas 21 y siguientes.

(72) "El derecho hereditario anotado podrá transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación."

(73) Vid. *supra*, § 1.

(74) Vid. *supra*, § 2.

derecho romano se habilitó al verdadero *heres* para promover en contra suya la *utilis petitio hereditatis*. b) El artículo 1.696 del *Code civil* (correspondiente al 1.531 de nuestro Código) (74 bis), a cuyo tenor el que ha vendido una herencia sin especificar en detalle los objetos no está obligado más que a garantir su cualidad de heredero; disposición que no tendría alcance práctico si el comprador de la herencia se pudiese defender de la evicción alegando su condición de tercero a título oneroso. c) El artículo 841 (1.067 del C. c. esp.) (75), por analogía; y d) Sobre todo, por una razón de oportunidad, al margen de las anteriores consideraciones jurídicas: la venta o cesión del derecho hereditario ("en abstracto") es para el cesionario una operación de naturaleza especulativa. Es, pues, justo que soporte los riesgos de un negocio mal estudiado. Por otra parte, constituye una operación excepcional, cuyos posibles daños no pueden perjudicar ni a la circulación de los bienes ni al crédito público. El cesionario o comprador de una herencia no tiene, por tanto, un interés legítimo para prevalecerse de la apariencia hereditaria (76).

La verdad es que los argumentos de tipo jurídico alegados no son del todo convincentes. La prueba de ello está en que el nuevo Código italiano, como ya el de 1865, no hace distinción para la adquisición de cosas singulares o de toda la herencia (77). La primera razón puede considerarse superada. No es exacto que el comprador de la herencia se encuentre en la misma situación del heredero aparente, subrogándose en todos sus derechos y obligaciones. No es más que un sucesor a título singular (*pro emptore*), que debe ser considerado como un tercer adquirente del *possessor pro herede*. No representa, como sucesor a título universal, al heredero aparente. Es cierto que en el derecho romano se concedía la acción útil de petición de herencia al verdadero *heres* contra el *emptor hereditatis*, mas para ello se acudía a una *fictio iuris*, con el fin de que no se viera obligado a promover innumerables juicios de reivindicación (*ne singulis iudiciis vexaretur*). Y aun así el comprador del *nomen hereditarium* no era totalmente igualado al verdadero *possessor pro herede* (78).

(74 bis) Art. 1.531 C. c.: "El que venda una herencia sin enumerar las cosas de que se compone, sólo estará obligado a responder de su cualidad de heredero".

(75) Art. 1.067 C. c.: "Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber".

(76) Cfr., CRÉMIEU, op. y loc. cit., pág. 68; DONNEDIEC DE VABRES, op. cit., página 401.

(77) A propósito del art. 933 del Código italiano de 1865 vid. las justas observaciones de MAIERINI, op. cit., pág. 82.

(78) Mientras que el *possessor pro herede* debía restituir el valor de los frutos consumidos de buena fe, en caso de que consumiéndolos se hubiera enriquecido, obligación tan rigurosa no incumbía al *emptor hereditatis*, que, como cualquier poseedor de buena fe a título singular, era dispensado en cualquier

El argumento deducido del art. 1.067, C. c. (art. 841, Código Napoleón) tiene escaso valor: se trata de una norma excepcional únicamente aplicable al supuesto en cuestión. Tampoco creemos que valga esgrimir en nuestro derecho el argumento de la falta de significado práctico del art. 1.531 del C. c., y ello por dos razones: aparte de que cuando el cesionario o comprador de la herencia adquiriese de mala fe habría que aplicarlo siempre, porque no pudiendo entonces merecer ninguna tutela, tendría que sufrir la evicción, también se aplicaría en la hipótesis de buena fe del adquirente, siempre que por cualquier motivo no registrase la venta o cesión realizada, único medio que, de ser posible, le pondría a cubierto frente a cualquier pedido del heredero real. Y como en nuestro sistema la registración no es, salvo el caso aislado de la hipoteca, obligatoria, sino meramente facultativa, resultaría en todo caso un amplio margen para aplicar el art. 1.531 en la falta del asiento respectivo.

Ahora bien, es esa misma posibilidad de invocar la protección de la fe pública registral, cuando figuren anotados el derecho hereditario del heredero aparente y la transferencia a título oneroso del mismo, la que parece harto dudosa y poco viable, aun dentro de los límites temporales asignados a esta clase de asientos por el art. 86.

En efecto, según entiende la mejor doctrina, los efectos de la anotación preventiva del derecho hereditario en abstracto son debilísimos: 1.º Legitimación registral. Como dice la exposición de motivos de la Ley de 1944, "garantizar la simple titularidad de una *universitas iuris*. 2.º Otorgar un poder de disposición a los que hayan anotado el derecho hereditario, como se desprende claramente del párrafo 3.º del artículo 46 de la L. H. (79). 3.º Cumplir con la anotación el trato sucesivo, sirviendo de enlace entre la inscripción a favor del causante y la que en su día se realice a nombre de los herederos después de la partición, o de la enajenación o gravamen hecha por todos los herederos durante la indivisión a favor de tercera persona (80).

Tanto la doctrina (81) como la jurisprudencia de la Dirección Ge-

caso, de restituir los frutos consumidos (Const. 2, Cod. Just. de *petitione hereditatis*, 3, 31).

(79) *Vid. supra*, nota 72.

(80) DE CASSO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, tercera ed., Madrid, 1946, pág. 447, nota 3; SANZ FERNÁNDEZ: *Comentarios*, cit., páginas 116-117. Entiende ROCA SASTRE (*Instituciones de Derecho Hipotecario*, II, 2.ª ed., Barcelona, 1946, pág. 395) que no hay inconveniente en reconocer estos débiles defectos a la anotación preventiva del derecho hereditario, pero en cuanto al último observa que, cuando todos los herederos disponen de un bien concreto de la sucesión, para que el acto dispositivo a favor de tercero pueda inscribirse, se requerirá la inscripción de adjudicación de la cosa enajenada a nombre de los herederos enajenantes, puesto que la anotación del derecho hereditario no puede servir, sin más, de soporte registral de la inscripción adquisitiva del tercero.

(81) *Vid. JERÓNIMO GONZÁLEZ*: *La comunidad hereditaria*, en "Revista Crítica de Derecho inmobiliario", 1931 págs. 183 y sigs.; ROCA SASTRE, op. cit., página 370.

neral de los Registros (82) y la Exposición de motivos de la Ley de reforma hipotecaria de 1944 (83) sostienen la inadaptación del derecho hereditario "en abstracto" a los principios hipotecarios, a causa de las limitaciones que en su efectividad sufren dichos principios, de tal modo que aquél derecho no puede gozar de la plena protección del sistema, ni le son aplicables rigurosamente los principios de *publicidad*, *prioridad* y *especialidad*.

Como enseña Roca Sastre en rigor ha de estimarse que es total la inadaptación de los principios hipotecarios, sobre todo los de carácter substantivo, a las inscripciones (hoy anotaciones) de derecho hereditario; y esto por la sencilla razón de que estos principios responden a un régimen específico o exclusivo del dominio o derechos reales sobre fincas, o sea sobre *cosas singulares*. El patrimonio hereditario puede estar integrado por bienes inmuebles (regidos por el sistema inmobiliario registral), créditos (por ejemplo, títulos al portador, regidos por el art. 545 del C. de c.) y bienes muebles (regidos por el artículo 464 C. c.), cada uno de ellos sometido a un régimen característico, sin que pueda *extenderse* o *dominar* el conjunto patrimonial resultante, es decir, el patrimonio hereditario en su unidad, mucho más teniendo en cuenta que los elementos singulares que lo forman son irrelevantes en su individualidad frente a la *universitas* (84).

Por ello debe concluirse que, aun cuando el comprador de la herencia reúna las condiciones del art. 34, L. H.—siquiera en grado aproximativo, por lo que se refiere al requisito de la doble inscripción—, esto es, aunque adquiera a título oneroso el derecho hereditario en abstracto anotado, procediendo de buena fe, y después anote su título adquisitivo, no gozará nunca de la protección de la fe pública registral (85).

No creemos que sea deplorable ni grave que la Ley Hipotecaria,

(82) Resoluciones 29 agosto 1925 y 1 junio 19-3, entre otras.

(83) "El derecho hereditario en abstracto—dice—ingresará en el Registro mediante anotación preventiva. La indeterminación de su activo y pasivo durante dicha situación y la circunstancia de que muchas de sus partes integrantes escapan precisamente a la esfera del mismo, hace que los asientos registrales resulten insuficientes para exteriorizar la complejidad de elementos que lo integran. Por otra parte, si para la doctrina jurisprudencial no puede aquél derecho gozar plenamente de los privilegios del sistema, ni le son de aplicación rigurosa los principios de *especialidad* y *publicidad*, y se reconoce incluso que puede llevar la confusión a los libros del Registro, es evidente que éste debe concretar su función a garantizar la simple titularidad de una *universitas iuris*. Lógicamente se ha estimado que el derecho hereditario no puede continuar ingresando en forma de un asiento definitivo, como es la inscripción. La anotación preventiva es el medio más idóneo para exteriorizar una relación jurídica que, cual el derecho hereditario en abstracto, *no puede merecer la total protección del sistema*. Se confía de esta suerte evitar las dudas y litigios a que había dado lugar su actual forma de registración."

(84) Op. cit. págs. 371 y sigs.

(85) Vid. Roca, op. cit., pág. 968 y nota 1. Sin embargo, en el tomo I de la misma obra, 2^a ed., Barcelona, 1945, pág. 297, hace una afirmación totalmente opuesta.

mediando esas dos anotaciones, no pueda mantener en su adquisición al cesionario o comprador que de buena fe adquiera a título oneroso toda la herencia o una cuota hereditaria sin concreción de bienes. No tiene nada de extraño que se permita la registración y luego se nieguen las principales defensas del sistema, porque ello es debido a una dificultad insuperable de tipo institucional. La Ley Hipotecaria no puede otorgar más de lo que puede, sin violentar los principios que la informan. El acceso al Registro del derecho hereditario se justifica por la concesión de una serie de efectos, incluso muy débiles o atenuados, que de otra suerte no tendría. La protección del comprador del *nomen hereditarium*, si se estima que es justa y responde a un interés digno de tutela, hay que buscarla fuera del Derecho Hipotecario y de los libros registrales de fincas y derechos reales sobre inmuebles, tal vez al calor de normas o principios substantivos.

En el apartado siguiente nos proponemos examinar la posibilidad de proteger, al amparo del Derecho civil puro, al tercero de buena fe que adquiere a título oneroso de un heredero aparente, más allá de lo que permite el juego de la *fides pública*. Pero desde ahora podemos ya adelantar que, aun cuando se admite esa extensión—cosa que, como se verá, es muy discutible—, no parece oportuno comprender el caso de la venta de una herencia, porque bien ponderado el argumento contrario presentado más arriba en último lugar (letra *d*), debe concluirse negativamente por la falta de un interés legítimo merecedor de esa protección. Por vía de regla, el *emptor hereditatis* es un aventurero que corre el riesgo de no haber adquirido más que una masa de deudas... o una herencia aparente. Se le puede exigir que calcule mejor su negocio y que estudie a fondo la titularidad de su causante hasta cerciorarse de la legitimidad de su derecho. Y no se diga en contra que para ello tropieza con las mismas dificultades que el comprador de una *res hereditaria* singular, porque éste tiene una *opinio iuris* del heredero vendedor, fundada en la fuerte apariencia de la posesión en concepto de dueño (art. 448) y de la inscripción (art. 38, Ley hipotecaria), mientras que la del comprador del *nomen hereditarium* se apoya en la apariencia siempre más débil e imprecisa, de la *possessio* de una cosa incorporeal y de la anotación preventiva, que por sí sola le advierte ya de que se trata de un “derecho especial”, con trato registral diferenciado, sometido a todos los posibles peligros. Al primero se le puede excusar una falta de diligencia que no degenera en culpa grave; al segundo se le debe exigir el máximo cuidado en averiguar el título del transmitente. En todo caso el comprador de una herencia no queda totalmente sin protección: siempre que sufriera la evicción del heredero real, tendría la garantía que le ofrece el artículo 1.531 Código de comercio.

2.^o ¿CABE AMPLIAR DE ALGÚN MODO EN NUESTRO DERECHO LA PROTECCIÓN DE LOS TERCEROS ADQUIERENTES DEL HEREDERO DE FACTO?

Hasta aquí hemos visto en qué situaciones legales y dentro de qué límites resulta claramente protegido el tercero que adquiere de un heredero aparente. La cuestión que vamos a examinar ahora tiene bastante importancia. En efecto, al margen de esos casos de tutela legal expresa, quedan muchos otros supuestos en los que se hace necesario averiguar si, de acuerdo con nuestro ordenamiento, los adquirentes del *possessor pro herede* que se vean en la imposibilidad de recurrir a los arts. 464 del C. c. o 34 de la L. H., pueden invocar otras normas o principios, en virtud de los cuales resulten igualmente protegidos.

Tratándose de cosas muebles, el tercero de buena fe que adquirió del heredero aparente no será amparado por el art. 464 si no está en posesión de las mismas. También es dudoso que proceda aplicar este artículo cuando el negocio dispositivo no verse sobre cosas singulares, sino sobre una *universitas facti* de bienes inmuebles (por ejemplo, una biblioteca). Son los supuestos que los autores italianos suelen presentar como prueba del amplio alcance del art. 534 frente al 1.153 del nuevo Código (arts. 933 y 707, respectivamente, del Código del año 1863) (86) y de la insuficiencia del principio “en fait de meubles possession vaut titre”, en base al cual la jurisprudencia francesa da por resuelto el problema de la validez de las enajenaciones relativas a bienes muebles hechas por el heredero aparente.

A pesar de las consideraciones apuntadas, somos también de la opinión de que en materia de muebles, dejando a un lado el primer caso, verdaderamente excepcional y curioso (87), no se debe siquiera plantear el problema del ensanchamiento de la tutela del tercero. Basta el art. 464 interpretado benignamente. Dentro del mismo cabe el otro supuesto de la universalidad de muebles. ¿Por qué limitar su alcance? Abona la solución afirmativa el hecho de que el Código español no contenga expresamente como el italiano la salvedad de las universalidades de muebles (art. 1.156).

Respecto a los inmuebles se dan en nuestro Derecho muchos supuestos que escapan a la protección del art. 34, L. H. Como es potestativa la inscripción, cabe perfectamente que por cualquier causa falte el asiento registral, y se vea el tercero que adquirió de buena fe y a título oneroso del presunto heredero sin defensa frente a la *rei vindicatio* del verdadero *heres*. Y es muy posible que resulte a descuberto sin culpa suya, por no haber podido inscribir su adquisición, en contra del principio del trato sucesivo: el heredero aparente no inscribió su derecho sobre bienes concretos y determinados—no importa por qué motivo—y no está dispuesto a suplir el eslabón que falta para

(86) Vid. MAIERINI, op. cit., pág. 81; AZZARITI-MARTÍNEZ, op. cit., pág. 181; D'AVANZO, op. y loc. cit., pág. 259.

(87) Vid. *supra*, nota 64.

que su causahabiente obtenga el segundo asiento necesario al juego del artículo 34.

Y, como vimos, el comprador en globo de toda la herencia o de una parte alícuota de la misma queda a merced del heredero de mejor derecho, porque la anotación del *nomen hereditarium* no goza del privilegio de la fe pública registral.

En todos estos casos, ¿deberá perecer el tercero ante el heredero real que invoca los principios “*nemo plus iuris*”, “*resoluto iure dantis*”, “*res inter alios acta*” y “*ubi rem meam invenio ibi vindico*”? ¿O podrá esgrimir alguna otra arma defensiva?

No faltan razones para apoyar la solución afirmativa: son los conocidos argumentos de la certeza y seguridad del tráfico, las exigencias del crédito, la equidad y la utilidad social.

Veamos, en rápida síntesis, los remedios de carácter técnico ofrecidos con ese fin.

A) En primer lugar puede presentarse la analogía *iuris*. El principio de la protección de los terceros adquirentes a *non domino* de buena fe y a título oneroso parece estar latente en numerosas disposiciones del Código. El tercero meramente civil, reuniendo esas condiciones, quedaría tutelado por el ordenamiento, aun cuando no tuviera la cualidad de tercero hipotecario.

Es cierto que el puro Derecho civil, sin necesidad de intervenir el Registro, protege a veces a los terceros adquirentes—en unos casos atendiendo a su buena fe; en otros, más numerosos, prescindiendo de ella—de cosas muebles o inmuebles, pero esto se explica o por la *negatio actionis* o por la concesión de un poder dispositivo expreso, ambas admitidas con carácter excepcionalísimo o como reflejo del principio contenido en el art. 464, C. c., lo que impide la aplicación analógica de unos preceptos poco aptos para deducir de los mismos el principio general de la tutela del tercero de buena fe que adquiere un bien inmueble a título oneroso del titular aparente.

Estos supuestos son:

a) El del art. 976 del Código civil. El art. 975 concede tan sólo una eficacia relativa a la enajenación del cónyuge viudo de bienes inmuebles sujetos a reserva, subordinándola a la no existencia de hijos o descendientes legítimos del primer matrimonio. En cambio, según el art. 976 “las enajenaciones de los bienes muebles hechas antes o después de contraer segundo matrimonio serán válidas, salvo siempre la obligación de indemnizar”. Los hijos o descendientes legítimos del primer matrimonio sólo tienen derecho, por tanto, al valor o precio de lo enajenado. Ello representa una extensión del poder dispositivo limitado que corresponde al viudo respecto de los bienes adquiridos del premuerto a título lucrativo (88).

No creemos que de este precepto se pueda sacar ninguna consecuencia útil para el problema que examinamos. Aparte de que únicamente

(88) Sobre este artículo vid. HERNÁNDEZ-GIL: *De nuevo sobre el artículo 464 del Código civil*, loc. cit. pág. 426.

mente se refiere a bienes muebles y al caso excepcional de la reserva ordenada por el art. 968, el tercero adquirió aquí válidamente por tener el reservista un poder o facultad de disposición sobre las cosas muebles, expresamente otorgado de forma amplia por el Código. Se explica así que no se requiera la buena fe del adquirente ni del enajenante, y que no se distinga entre el título oneroso y el lucrativo. Ni siquiera constituye un reflejo del art. 464. Los supuestos son bien distintos.

b) El del art. 1.160, ap. 2º, C. C.: "En las obligaciones de dar—establece este artículo—no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla. Sin embargo, si el pago hubiere consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe."

También se refiere a cosas muebles y, concretamente, a bienes fungibles. El que los recibió en pago de quien no tenía la libre disposición ni capacidad para enajenar, únicamente estará a salvo de la repetición si los gasta o consume, estando de buena fe. Hay en este supuesto una atribución patrimonial *solvendi causa*, válida dentro de ciertos límites, que nos inclinamos a justificar por caminos diferentes al del paralelismo con el art. 464 (89) o al que insinúa Vallet de Goytisolo (90). No se explica suficientemente aludiendo a la irreivindicabilidad de las cosas fungibles. En tanto que subsistan las llamadas circunstancias individualizantes (es decir, mientras que no se verifique la mezcla o confusión) pueden ser objeto de reivindicación (91).

Lo que hace el art. 1.160 es suplir la falta de capacidad o del poder de disposición sobre unas cosas propias (titularidad con facultad dispositiva subsanada)—y entonces dicho artículo no es propio de terceros (92)—o ajenas (poder de disposición otorgado sobre el patrimonio de otro, limitadamente a los bienes fungibles, para el caso de que quien los recibió creyendo que eran del deudor los hubiera gastado o consumido). La razón de esta excepcional medida se encuentra en la gran aptitud y facilidad de esas cosas para la circulación y el consumo. No sirve, pues, como argumento analógico. ¿Con qué base se induciría un poder dispositivo general sobre los inmuebles ajenos adquiridos a título oneroso y de buena fe por el tercero?

c) Artículo 1.295, 2º del C. C., seguir el cual no tendrá lugar la rescisión "cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe". En este caso, comprensivo lo mismo de los muebles que de los inmue-

(89) HERNÁNDEZ-GIL, *op. y loc. cit.*

(90) Op. cit., pág. 936, nota 13: "El artículo 1.160, párrafo segundo—dice—no se refiere a un supuesto de reivindicación—puesto que las cosas fungibles no son aptas a tal efecto por no ser identificables—, sino a un caso de devolución o no del equivalente".

(91) Vid. JORDANO BAREA: *El quasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I, 3 1948, pág. 1012.

(92) Así, HERNÁNDEZ-GIL, *op. cit.*

bles, la adquisición—onerosa o lucrativa—del tercero de buena fe paraíliza los efectos propios de la rescisión, sustituyéndose la impugnación y la consiguiente restitución por una indemnización de perjuicios (artículo 1.295, 3.º). Aparentemente parece que se protege al adquirente de buena fe. Pero bien vistas las cosas no es así. El art. 1.295 se refiere al juego de la acción rescisoria que, siendo de carácter personal, no puede afectar a los terceros adquirentes... Y, sobre todo, porque el tercero, antes de la impugnación, había adquirido en firme *a vero domino*. No existiendo una adquisición *a non domino*, mal se presta este artículo a servir de base a la analogía *iuris* (93).

d) Artículo 1.540 C. C.: "El que pierda por evicción la cosa recibida en permuto, podrá optar entre recuperar la que dió en cambio, o reclamar la indemnización de daños y perjuicios; pero sólo podrá usar del derecho a recuperar la cosa que él entregó mientras ésta subsista en poder del otro permutante, y sin perjuicio de los derechos adquiridos entre tanto sobre ella con buena fe por un tercero". Hernández-Gil interpreta este precepto como un caso de limitación de la procedencia de la acción reivindicatoria, que se compadece perfectamente con el régimen establecido para las adquisiciones mobiliarias por el art. 464. "Con toda evidencia resulta—escribe—que se mantiene la adquisición de la propiedad por el tercero; que ante él se detiene la acción restitutoria del permutante víctima de la evicción, cualquiera que sea la suerte del contrato; en una palabra: que no se le ampara al mismo con la ilimitada perseguitibilidad de la acción reivindicatoria, toda vez que, si sólo puede recuperar la cosa del otro contratante, ello no será en méritos de una acción real, sino personal... Nótese, además—añade—, que no sólo se mantiene la adquisición de la propiedad por el tercero, sino también la de otros derechos reales, de forma que, aun cuando proceda la recuperación de la cosa, es preciso respetar aquéllos" (94).

De seguir esa interpretación, nos encontrariamos, pues, frente a un artículo aplicable no sólo a los muebles, sino también a los inmuebles, y comprensivo lo mismo de los actos a título oneroso que de los realizados a título gratuito—puesto que se refiere a la cosa objeto de la permuto en términos generales y no exige la onerosidad—, que consagra en un supuesto la validez de las adquisiciones *a non domino* por la *negatio actionis*, siempre que el tercero adquiera con buena fe (95). Y, entonces, sería caso de tenerlo en cuenta como base del procedimiento analógico indirecto.

Sin embargo, creemos que el precepto en cuestión se puede expli-

(93) Cfr., HERNÁNDEZ-GIL, op. cit., pág. 427, y VALLET DE GOYTISOLO, op. y loc. cit.

(94) Op. y loc. cit., pág. 428.

(95) Según HERNÁNDEZ-GIL, aunque 'la buena fe parece ir literalmente referida sólo al supuesto de la adquisición de derechos reales distintos del de propiedad, una consideración sistemática y ética aconseja extenderla también a la adquisición de la propiedad (op. y loc. cit.).

car por otros cauces (96). El permutante eviccionado sólo tiene una *actio in personam* (la redhibitoria) para recuperar la cosa que dió en cambio. Su juego se limita por fuerza a las relaciones *inter partes*, sin que pueda afectar nunca a los terceros adquirentes. No se trata, por tanto, de un artículo de terceros. La acción reivindicatoria no se limita o niega para substituirla por otra de carácter personal; simplemente, no procede porque quien entregó una cosa (*traditio*), a consecuencia de un contrato de permuta, transmite—si ya la tenía—la propiedad (art. 609 C. C.). Los terceros que adquieren del permutante que responde de la evicción adquieren por ello en firme, *a vero dominio*. El permutante que sufre la evicción tiene que respetar esas adquisiciones. El “derecho a recuperar la cosa entregada”, que la Ley le concede *a posteriori*, únicamente puede hacerse efectivo en tanto que aquélla subsista en poder de la otra parte. También se explica que la recobre entonces con los derechos reales limitados adquiridos sobre la misma en el espacio intermedio con buena fe por un tercero, y libre de los que pueda tener quien sabía que su causante estaba en condiciones de ser obligado a restituir. Una elemental razón de justicia imponía este límite.

e) Artículo 1.738 C. C.: “Lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”. He aquí una interesante disposición que se refiere a uno de los supuestos que originan la figura similar del “mandatario aparente” (97). Según ella, los terceros que contratan con él—a título oneroso o lucrativo, puesto que se silencia este extremo—de buena fe realizan una adquisición válida, que surtirá todos sus efectos. El mandatario cuyos poderes de disposición se extinguieron con el mandato y no obstante continúa actuando como tal, queda reducido a la condición de un mandatario de hecho sin poder dispositivo alguno. Con todo, los terceros adquirentes no pueden ser atacados por el *dominus*: siempre que obren de buena fe le opondrán la eficacia de los contratos que pactaron con el mandatario aparente (por ejemplo, la compra de una cosa mueble o inmueble). Nótese que también se exige la buena fe de este último.

A pesar de las analogías que median entre el mandatario y el heredero aparentes, no juzgamos factible una extensión del artículo que estamos analizando. No se puede extraer del mismo ningún principio o tendencia favorable a la tutela de los terceros que de buena fe contratan con el heredero aparente. Se trata de un precepto excepcionalísimo en el que se suple la falta de poder por extinción del mandato (más propiamente, de la representación); poder dispositivo, continuado *ex lege* en atención a la *bona fides* del mandatario y de los

(96) Como insinúa VALLET DE GOYTISOLO, op. y loc. cit.

(97) Vid., a este propósito, LÉAUTÉ: *Le mandat apparent dans ses rapports avec la théorie générale de l'apparence*, en “Revue Trimestrielle de Droit Civil”, 1947, págs. 287 y siguientes.

terceros, que ningún otro artículo concede al heredero aparente. Sus *enajenaciones* tienen por fuerza que ser nulas (art. 4, 1.^o C. C.).

f) Artículo 1.765 C. C.: "Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es, sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que éste le abone la cantidad en que éste se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio". Con Hernández-Gil nos inclinamos a ver en este artículo, claramente referido a los bienes muebles (arg. art. 1.761 C. C.), un caso de *negatio actionis*, que contiene, a propósito de una particular relación jurídica (depósito), el desarrollo y la especificación de la doctrina general establecida por el artículo 464: el art. 1.765 parte del supuesto de que el acto dispositivo—a título oneroso o lucrativo—del depositario esté motivado por su incapacidad. "Si en su virtud, éste, contraviniendo las obligaciones que le corresponden (1.766), o mejor dicho, porque precisamente no le corresponden tales obligaciones, enajena la cosa objeto de la prestación, el depositario carece de acción para reivindicarla de terceros adquirientes. La acción de que dispone en todo caso es sólo personal. El depositario es un no titular de un derecho real que, sin embargo, lo transmite válidamente. A parte de la semejanza de las situaciones jurídicas producidas, permite el 1.765 una fundamentación análoga al 464; el depositante debe buscar la confianza allí donde la puso. Por esto la Ley limita su protección" (98). Aunque el art. 1.765 silencia toda alusión a la buena fe, creemos, siguiendo a dicho autor, que no debe entenderse que el propietario (depositante) carezca de acción reivindicatoria cuando la cosa, a consecuencia de un acto dispositivo del depositario, haya sido adquirida por terceros de buena o de mala fe. La tutela del interés del incapaz—que es la *ratio* de la norma—no se menoscaba porque a los terceros se les exija la buena fe, y no hay motivo para que éstos, en el supuesto especial del art. 1.765, reciban un trato más beneficioso y contrario a la regla general del art. 464 (99). A lo más el artículo en cuestión confirma en un caso concreto el principio "en fait de meubles possession vaut titre".

g) Artículo 1.778 C. C.: "El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado". Nos encontramos frente a otro caso especial de *negatio actionis* referida a una determinada situación del contrato de depósito. Y hay adquisición a *non domino* de una cosa mueble por vía de consecuencia. Literalmente el precepto alude a la venta (título oneroso) y no exige la buena fe de los terceros para que sean mantenidos en sus adquisiciones; en cambio, se hace precisa la existencia de la buena fe del heredero enajenante. Caben dos soluciones: o interpretar el artículo como un desarrollo del 464, y entonces cabe extenderlo a toda

(98) Op. y loc. cit., pág. 426.

(99) Op. y loc. cit., pág. 427.

clase de enajenaciones (incluidas las realizadas a título lucrativo), conciliéndolo como una regla aún más especial, por la necesidad de la concurrencia de la buena fe, tanto en el que dispone como en el que adquiere (100), o entender el precepto en el sentido de un derecho todavía más singular, en atención a la exclusiva buena fe del enajenante y limitado a la venta. Los terceros podrían ser de buena o mala *fides* (101).

En cualquiera de las hipótesis está vedada su extensión analógica.

h) Artículo 1.897 C. C.: "El que de buena fe hubiera aceptado un pago indebido de cosa cierta y determinada, sólo responderá de las desmejoras o pérdidas de ésta y de sus accesiones, en cuanto por ellas se hubiese enriquecido. Si la hubiese enajenado, restituirá el precio o cederá la acción para hacerlo efectivo". Hernández-Gil encuentra en esta disposición una similitud con los dos artículos anteriormente examinados: también limitaría la procedencia de la acción reivindicatoria. Y, referido a los bienes muebles, constituiría un punto de apoyo sobre el que es posible hacer descansar la base legal del artículo 464 (102). Con todo el respeto debido a su indiscutible autoridad de maestro, no compartimos esa opinión. De lo contrario, nos hallaríamos frente a un supuesto—otrosí referible a los inmuebles—en el que se mantienen las adquisiciones a título oneroso de los terceros, con tal que el *enajenante* sea de buena fe (a lo que se atiende es a la *bona fides* de éste, no a la de los terceros, que, por ello pueden estar de mala fe).

No hay que olvidar—como observa Vallet de Goytisolo—que el artículo 1.897 se refiere al pago de lo indebido. "Y sabido es—añade—que, tradicionalmente, el pago de lo indebido es válido y sólo da lugar, con carácter puramente personal, al juego corrector de la *condictio indebiti*. No necesitándose, por tanto, en este caso, para explicar la irreivindicabilidad de la adquisición del tercero, acudir a la virtud mágica de unas adquisiciones a *non domino*, que en este supuesto ni existen ni hacen falta" (103). En una palabra, no es un artículo de terceros: éstos adquieren en firme del presunto acreedor.

Hemos estudiado la posibilidad de inducir el principio de la protección de los terceros adquirentes sobre la base de ciertos precep-

(100) Así parece interpretarlo HERNÁNDEZ-GIL, op. y loc. cit.

(101) Otra interpretación le da VALLET DE GOYTISOLO (op. y loc. cit.). Según este autor, los artículos 1.765 y 1.778 se refieren a las relaciones entre el depositario incapaz y los herederos del depositario, respectivamente, con el depositante; pero no a las que puedan existir entre este último y el adquirente de las cosas depositadas. A su juicio el que dichos artículos limiten las obligaciones de los primeros, no supone la convocatoria de la adquisición del tercero. Sólo prevén la imposibilidad de la reivindicación, sea por no hallarse la cosa, desconocerse su paradero, haberla destruido el tercero, etc. "Esto resultará palpable—añade—examinando atentamente el artículo 1.765. En efecto, ¿cómo puede ser válida la enajenación hecha por un incapaz? y, siendo ineficaz, ¿cómo va a ser posible que el depositante pierda su acción reivindicatoria?"

(102) Op. y loc. cit.

(103) Op. y loc. cit.

tos del Código, que sólo muy de lejos pueden tener alguna relación con la materia. Haciendo el balance total de los artículos examinados se llega, como tuvimos ocasión de ver en cada caso, a la conclusión de que ello resulta imposible.

B) Aun queda por analizar un artículo: el 197 del C. C., que regula un supuesto, cuyos puntos de contacto con la figura del heredero aparente son—según la mayor parte de la doctrina—tan profundos que podría incluso dar lugar a una aplicación analógica directa (analogía *legis*).

Dice así: “Si después de la declaración de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido; pero no podrá reclamar de sus sucesores, rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”.

Todo depende de la naturaleza jurídica que se atribuya al derecho que adquieran los sucesores del declarado fallecido (“envoyés en possession définitif des biens de l'absent”, “immessi nel possesso definitivo dei beni dell'assente”). Si se estima que no son verdaderos herederos, sino *adjudicatarios* que carecen de la posesión perfecta, configurándose la posición jurídica de los herederos del ausente al igual que la de los herederos sometidos a condición resolutoria, tienen toda la razón los autores que presentan este caso como una de las figuras concretas de heredero aparente (104). En efecto, los herederos sometidos a condición resolutoria no adquieren el dominio pleno de la herencia hasta que se tenga la certeza de que la condición no se cumple (en el caso del ausente declarado fallecido, cuando se comprueba su muerte). Entretanto su dominio es revocable y, en consecuencia, la validez de sus actos dispositivos depende de la condición resolutoria: si ésta se verifica, se resolverán *ex tunc* lo mismo que la propiedad sobre la *res hereditariae*. Así, el heredero del declarado fallecido se encontraría en una situación muy similar a la del *possessor pro herede*, sobre todo por lo que afecta a las relaciones con los terceros que contraten con él creyéndolo verdadero y pleno heredero. Siguiendo el hilo de estas consideraciones se nos ofrecería que, de no decir nada el artículo 197 C. C., el ausente que retorna después de la declaración de fallecimiento tendría derecho a recobrar sus bienes, aun de manos de los terceros adquirentes: pero aquella norma vendría a sentar una

(104) “MUCIUS SCAEVOLA” (*Código Civil*, t. III, 5.^a ed.) habla en la página 884 de “adjudicatarios” y en la pág. 887 dice que el estado jurídico que crea la declaración de fallecimiento del ausente no da lugar, por lo que a los bienes se refiere, ni a una relación absoluta de dominio ni a una relación posesoria perfecta.

Consideran al heredero por declaración de fallecimiento del ausente, que luego resulta vivo, como una figura particular de heredero aparente. DE ANGELIS (op. cit. pág. 52, § 7^o), MIDIRI (op. cit., pág. 338) y TARTUFARI (op. y loc. cit., § 492), entre otros.

excepción al principio "resoluto iuris dantis, resolvitur ius concesus" con la frase "tendrá derecho al precio de los bienes que se hubieran vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido", que deja a salvo las enajenaciones onerosas.

Un paso más y, generalizando a todos los supuestos de heredero aparente (105), llegaríamos a la conclusión de que, aplicando analógicamente el art. 197 C. C., resultarían siempre protegidos los terceros adquirentes a título oneroso, sin más condiciones (obsérvese que no se requiere la buena fe).

Sin embargo, a nuestro juicio, tal aplicación analógica del art. 197 cae por su misma base. Los sucesores del declarado fallecido son unos verdaderos herederos, con los mismos derechos y obligaciones que todos los herederos. Tienen la libre disposición de los bienes por título oneroso, sin ninguna limitación de tiempo ni de clase de título (así, podrá venderlos, permutarlos, darlos en hipoteca, transigir sobre ellos, darlos en pago, etc.). Esto se deduce del mismo art. 197, que otorga al ausente que regresa el derecho a sus bienes en el estado en que se encuentren y al precio de los que se hubieran vendido o a los bienes que con este precio se hayan adquirido, lo cual, como razona Serrano y Serrano, debe interpretarse en sentido amplio. Y, sobre todo, esta amplitud de atribuciones a título oneroso se desprende de la circunstancia de que el art. 196, que es el que pone limitaciones a la facultad de disponer, tan sólo lo hace para la disposición a título gratuito y únicamente en los cinco primeros años: si la excepción es que no pueden disponer dentro de ciertos límites, la regla será que pueden hacerlo en los restantes casos: "Un heredero que es como todos los demás, que tiene la libre disposición a título oneroso y a título gratuito, después de transcurrido el plazo, no se puede decir que carezca de la posesión perfecta, porque *lo que adquiere es el dominio pleno sobre los bienes y derechos de la herencia en la misma extensión que el ausente tuviera*. El derecho del ausente que retorna no es idéntico al del here-

(105) "La generalización se impone—afirma JOSSEYAN (*Cours de Droit civil positif français*, París, Sirey, vol. III, 1930, pág. 548, n. 1.025) a propósito de los artículos 132 y 136 del Código Napoleón: todo heredero aparente a quien la opinión pública otorga la cualidad de sucesor, debe poder cumplir, sobre los bienes hereditarios, actos definitivos, oponibles al verdadero heredero: no existe razón para distinguir según que aquél haya estado ausente en el sentido jurídico de la palabra o según que, sin ser ausente, haya descuidado hacer valer sus derechos y tomar posesión de la herencia". Según AUBRY y RAC (*Cours de Droit civil français*, 5.^a ed., t. X. París, 1918, págs. 16-17, en nota), el artículo 132 (equivalente al 197 de nuestro Código) resuelve virtualmente la cuestión para el caso de la ausencia; y su disposición puede ser invocada *a fortiori* para el caso de que el pariente más próximo haya dejado a los parientes más alejados tomar posesión de la herencia a la que él estaba llamado. Apoyándose en el mismo artículo admiten una excepción al sistema de la validez por ellos propugnado; y es el caso del heredero aparente que haya aprehendido la herencia sin ningún título o con un título emanado de la voluntad del hombre, que se encuentre afectado de nulidad o revocación, porque, a su juicio, no se puede extender las disposiciones del artículo 132—que se refiere a un título fundado sobre la misma ley—a la hipótesis donde se trata de un título voluntario.

dero que resulte por aplicación de una condición resolutoria, ni la posición jurídica de los herederos del ausente igual a la de los herederos sometidos a condición resolutoria" (106). El retorno del ausente declarado muerto no tiene efectos retroactivos (*ex tunc*), sino presentes (*ex nunc*), desde el día de su presencia o de la declaración de no haber fallecido; por tanto, el dominio de los herederos del ausente no es un dominio revocable. Lo más que se puede decir es que la titularidad conjunta sobre los elementos del patrimonio del ausente, ya sean los mismos, ya los que los hayan sustituido, ésta afecta a la *especial* condición resolutoria de la vuelta del ausente, que, como es tan improbable, está privada por la Ley de las consecuencias que naturalmente tendría (107). En realidad, se trata de una titularidad plena y perfecta, con determinados límites en el poder dispositivo a título gratuito, sujeta a un término final dependiente de un evento *incertus an incertus quando*, cuyo advenimiento provoca tan sólo efectos de presente.

Así pues, la situación jurídica del heredero por declaración de fallecimiento del ausente que más tarde resulta existir, no tiene ninguna similitud con la hipótesis del heredero aparente, ni, mucho menos, constituye una figura particular de *possessor pro herede*. En consecuencia, hay que descartar la aplicación analógica directa del art. 197 del Código civil. Por otra parte, este precepto no sanciona ninguna protección en beneficio de los terceros adquirentes del poseedor de la herencia del ausente declarado muerto. Los terceros que contratan con él a título oneroso adquieren en firme, como si negociaran con un heredero verdadero, aunque tengan conocimiento de la existencia del ausente. Y lo mismo si hubieran contratado a título lucrativo con el heredero después del plazo señalado en el art. 196, 2º. No se puede exigir la buena fe a quienes traen causa de un titular con dominio pleno y poder de disposición expreso. El límite que impone el art. 197 al derecho del ausente que vuelve respecto a las enajenaciones a título oneroso cumplidas por su presunto sucesor, no tiene su base en la tutela del tercer adquirente de buena fe (requisito que no se exige), sino en la anterior concesión del título de heredero y de poderes dispositivos al que fué introducido en la *possessio* de los bienes del declarado muerto, lo cual es totalmente ajeno al juego de la apariencia jurídica y de la protección de terceros. En este caso la apariencia jurídica es tan fuerte e intensa... que corresponde a la realidad misma. Por ello, el artículo 197 se limita a regular las relaciones que median entre el ausente y sus sucesores.

Finalmente, siguiendo la tesis contraria, se llegaría a una consecuencia absurda: como se recordará, el problema del heredero aparente está enfocado desde el punto de vista hipotecario por el art. 28 L. H., que impone una limitación temporal al juego de la fe pública registral;

(106) SERRANO Y SERRANO: *La ausencia en el Derecho español*. Madrid, 1943, páginas 410-11, 419-421 y 413.

(107) Cfr., SERRANO Y SERRANO, op. cit., pág. 414.

aplicar analógicamente, de modo puro y simple, el artículo 197 a todo heredero aparente equivaldría a hacer de mejor condición al adquirente que no inscribe que al que inscribe, puesto que a éste le afectaría la limitación del artículo 28. Y no se puede ni pensar en aplicar por analogía este último artículo al adquirente no inscrito, porque ello supondría generalizar indebidamente una norma que parte por su propia esencia de la base de que entre en escena el Registro.

C) Además de la analogía *iuris o legis*, el tercero en trance de succumbir frente al heredero real tendría el recurso de colocarse bajo la sombra cobijadora e indulgente del rancio brocardo *error communis facit ius*, tan caro a la jurisprudencia francesa (108).

No creemos que en nuestro Derecho valga resucitar viejos latines que permiten todo, al socaire de una virtud mágica. Ya en Francia, Louis Crémieu—y antes que él Wahl—puso de relieve la inconsistencia del principio. No vamos a repetir aquí toda su crítica, pero sí aludiremos a los dos principales argumentos aducidos. Uno se refiere al fundamento legal de la máxima, invocada en uno de los considerandos del aviso del Consejo de Estado francés del 2 de julio de 1807, no puede tener la fuerza de ley prescrita para su parte dispositiva; el otro afecta a las consecuencias del mismo: basándose en el mismo los tribunales deberían sancionar no sólo la validez de las enajenaciones a título oneroso sobre cosas singulares, sino también la de los actos a título gratuito e incluso de las cesiones de toda la herencia (109).

La jurisprudencia francesa no aplicó nunca en toda su extensión el principio del error común. En realidad éste fué la pantalla empleada para introducir el otro principio de la apariencia del derecho (110),

(108) Vid. *supra*, II, § 2, n. 1, pág. 673.

(109) WAHL, en "Revue Trimestrielle de Droit civil", 1908, pág. 126 y siguientes; CREMIEU, op. cit., págs. 75-76.

(110) JOSSEYARD, op. y loc. cit., parifica el brocardo *error communis facit ius* y el principio de la apariencia del derecho. Pero lo cierto es—como observa justamente D'AMELIO—que la doctrina de la apariencia jurídica no se debe confundir con el principio del error común. En efecto, "el *error communis*—dice el mismo autor—es la opinión errada de la colectividad: es la convicción general en fuerza de la que todos creen que el estado de hecho corresponde al estado de derecho. Una vez constituida esta opinión general, es esta misma la que engaña a las personas de buena fe, independientemente de la conducta o comportamiento de la persona a la que el error se refiere. En la apariencia del derecho juega principalmente, por el contrario, dicho porte exterior, que es causa del engaño del tercero... De aquí se sigue también que la comprobación de la buena fe en el tercero es entendida con diverso criterio en uno y otro caso, ya que si la opinión pública está en error ésta crea el derecho, y la opinión individual no puede reaccionar contra la común constitutiva de una legalidad que es respetada; mientras que en la apariencia del derecho, si la sagacidad del tercero o sus informaciones la han advertido del engaño, no está ya en condiciones de poder invocar la apariencia, aunque otros la invoquen contemporáneamente con razón. En fin, la gratitud del negocio jurídico concluido no es decisiva en el *error communis*, como lo es en la apariencia del derecho, ya que mientras el tercero no puede beneficiarse de la misma más que para las convenciones a título oneroso, el *error com-*

con sus límites naturales (111), en la falta de un sistema positivo protector de los subadquirentes.

D) Y aquí tenemos la última tabla salvadora a la que el tercero podría agarrarse antes de sucumbir: el principio general de la apariencia jurídica.

Entre los autores extranjeros, principalmente entre los italianos, se discute vivamente si la apariencia jurídica es o no un principio general del derecho (112). A pesar de los esfuerzos hechos en pro de la solución positiva, la que predomina en la doctrina es la tesis contraria (113). En nuestro ordenamiento no hay duda de que rige el principio general de la irrelevancia de los negocios sobre el patrimonio ajeno, respecto del mismo. Una aplicación de tal principio se encuen-

munis excusa toda actividad jurídica que sea por él determinada" (op. y loc. cit., págs. 552-553, número 6).

La jurisprudencia francesa, no queriendo llevar a sus últimas consecuencias la máxima *error communis facit ius*, la limitó con los requisitos de la buena fe, referida al sujeto que la invoca (Vid. sentencias en CRÉMIEU, op. y loc. cit., págs. 64-65), y de la onerosidad, requisitos que más bien son propios de la doctrina de la apariencia del derecho. Así es que, de hecho, como se dice en el texto, los tribunales franceses aplican el principio de la apariencia jurídica con el ropaje de la máxima *error communis*, que no pasa de ser un comodín hábilmente encontrado para legitimar el uso de la doctrina de la apariencia.

(111) Buena fe u *opinio iuris* y onerosidad. Sin embargo, a juicio de SOTGIA: (*Apparenza giuridica e dichiarazioni alld generalità*, Roma, 1930, páginas 45-46), admitido el principio de que la apariencia que produce confianza (*fides*) debe tener el valor de realidad, es antijurídico limitarlo para ciertos casos de negocios que modifican el mundo exterior y en los cuales han tratado terceros, que tienen el derecho de pedir que la situación jurídica no sea mudada, una vez que haya nacido legalmente. Por ello se declara partidario de una reforma substancial del principio de la onerosidad y auspicia la aplicación integral del principio de la apariencia tal como se admite en el derecho austriaco (§ 824 de C. c.), por responder mejor a la seguridad del tráfico y a la estabilidad de la vida jurídica. MIRABELLI: (*De! diritto dei terzi secondo il Codice civile italiano*, II, Roma, 1891, pág. 191), más moderadamente, juzga que se debe extender la protección a los casos de donaciones hechas por razón de matrimonio y a los subadquirentes a título oneroso del donatario.

Por nuestra parte, creemos que el adquirente por título gratuito no tiene un interés digno de tutela ("qui certat de damno vitando antependoris si qui certat de lucro captando").

(112) En sentido afirmativo, vid. SOTGIA, op. cit., pág. 185, y sobre todo en su estudio posterior. *Ancora in tema d'apparenza del diritto*, en *Rivista di Diritto privato*, 1936, I, págs. 121-154; MOSSA: *La dichiarazione cambiaria*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1937, I, págs. 305 y sigs.; D'AMELIO, op. y loc. cit., págs. 527 y sigs. Negativamente: MESSINA: *La simulazione assoluta*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1928, I, pág. 37, nota; STULFI: *L'apparenza del diritto*, Módena, 1924, págs. 22 y sigs., y 28; CARIOTA-FERRARA, op. cit., página 106; SEGAN: *Osservazioni in tema d'crede apparente*, en *Il Foro italiano*, 1925, I, págs. 104 y sigs.; MENCONI, op. cit., págs. 77 y siguiente. Una posición intermedia mantiene BOGLIAFFI: *Le teorie dell'apparenza del diritto*, en *Rivista del Diritto commerciale*, 1934, I, páginas 131 y siguientes.

(113) Vid. VERGA: *Osservazioni in tema di apparenza*, en *Rivista di Diritto privato*, 1940, I, páginas 103 y siguientes.

tra, para las enajenaciones de derechos reales, en la regla *nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse haberet* (114).

Ahora bien, puesto que—como observa Cariota-Ferrara (115)—en los diversos casos en los que la apariencia prevalece sobre la realidad existe propiamente una relevancia de los negocios cumplidos por el titular aparente respecto al patrimonio del titular efectivo, esos casos no pueden constituir más que *excepciones* de aquel principio. Reconducir estos supuestos a otro principio general (principio de la apariencia) es cosa imposible, porque no son concebibles dos *principios generales* contrarios y al mismo tiempo operantes en igual esfera jurídica, que aquí es la de los negocios sobre el patrimonio ajeno. Si es cierto que la irrelevancia es el principio general, las situaciones antes examinadas no son sino casos excepcionales de relevancia, introducidos por razones particulares. Dado esto, hay que excluir *para todos* esos casos la interpretación analógica, porque es tarea del legislador y no del intérprete la de derogar las normas y los principios generales del sistema (115 bis).

A decir verdad, el principio general de la apariencia del derecho sólo se justifica en aquéllos ordenamientos que tienen un sistema de publicidad defectuoso (116). “Donde no es fácil sincerarse sobre la realidad de ciertas situaciones jurídicas—escribe D’Amelio—es necesario proteger la buena fe de quien tomó la apariencia por la realidad y se ha comportado en consecuencia. Donde, por el contrario, la ley con los sistemas de publicidad pone al contratante en condición de asegurarse del verdadero estado de las cosas, no es necesario elevar a principio jurídico la máxima de que el ser está en el parecer. Todas las legislaciones modernas van integrando y reforzando los sistemas de publicidad... no solamente para las transmisiones inmobiliarias, sino también para múltiples negocios jurídicos de otra naturaleza..., unas veces haciendo depender del cumplimiento de la formalidad la validez

(114) Vid. CARIOTA-FERRARA, op. cit., págs. 17 y sigs. y 62 y siguientes.

(115) Op. cit., página 107.

(115 bis) Observa muy justamente COVIELLO L. que el principio general es que las adquisiciones *a non domino* son siempre nulas, a pesar de la buena fe del adquirente, y si en algunos casos, en homenaje a las legítimas expectativas de los terceros la ley deroga el principio, se trata de disposiciones excepcionales que hay que interpretar restrictivamente. En verdad—añade—es misión del legislador y no del intérprete determinar en qué casos debe darse prioridad a la expectativa del tercero respecto del titular del derecho, que queda sacrificado (*La rappresentanza dei non concepiti e la buona fede dei terzi*, en *Il Foro italiano*, 1932, I, páginas 1316 y siguientes).

(116) Así, según D’AMELIO, en el Derecho italiano la doctrina de la apariencia del derecho ha tenido fortuna a causa del defectuoso sistema de publicidad contenido en el sistema legislativo. Y más adelante, concluye: “Es una doctrina inspirada por la realidad de la vida y por las condiciones imperfectas de nuestro sistema publicitario en el derecho. Hay que servirse de ella dentro de justos límites. Una vez más se presenta en el Derecho el problema de los límites” (Op. y loc. cit., página 555).

Conviene, pues, retener esta idea: el principio de la publicidad desplaza al principio de la apariencia jurídica.

misma del acto, y otras, *consecuencias jurídicas de notable importancia, particularmente respecto a los terceros* (como es, por vía de regla, el caso de nuestra Ley Hipotecaria). *Estos encuentran en el sistema de publicidad la mayor tutela. Entonces no pueden invocar la apariencia del derecho, salvo que ésta resulte del cumplimiento errado o fraudulento de la misma publicidad* (art. 34 L. H.) (117). En general se puede decir que el sistema de la publicidad y el de la apariencia tienen un camino paralelo. Donde la realidad se afirma, la apariencia no cuenta ya" (118).

Con otras palabras: los presupuestos de la apariencia en nuestro sistema de Derecho privado, por lo que afecta a los inmuebles, son la inscripción en el Registro, la buena fe y la intervención de terceros; en materia de muebles, los dos últimos más la posesión (119).

En el ordenamiento positivo español resulta, pues, que fuera de los límites consentidos por el juego del artículo 464 y de la *fides publica* no cabe ampliar de ningún modo la validez de las enajenaciones cumplidas por el heredero aparente ni la protección de los terceros adquientes del mismo. Los remedios de carácter técnico presentados en favor de la extensión (la analogía del Derecho y de la ley, la máxima "error communis facit ius" y el principio de la apariencia jurídica) no permiten convalidar ni mantener las adquisiciones que los terceros realicen sin reunir los elementos necesarios según la ley para que tenga lugar su tutela.

Sentada la solución que nos parece más segura de *iure constituto*, pasamos a examinar el problema de *iure constituendo*.

3. *El problema desde el punto de vista políticolegalitario*

Después de las consideraciones hechas anteriormente no creemos que sea oportuno, ni conveniente, ni necesario, dictar una disposición

(117) Los sublineados y paréntesis son nuestros.

(118) Op. y loc. cit.

(119) Sin embargo, por lo que a los inmuebles se refiere, debe tenerse en cuenta que como ha revelado VALLET DE GOYTISOLO (op. y loc. cit., páginas 939, 949 y 952), la posesión en concepto de dueño y la presunción correspondiente del art. 448 C. c. pueden tener un efecto negativo, limitador del juego de la *fides publica* y de la presunción del art. 38 L. H. Ello tendría importancia en nuestro caso si se siguiera la opinión de aquellos que como AZZARITI y MARTÍNEZ (op. cit., pág. 182), STOLFI, N. y F. (op. cit., pág. 119) y MENTONI (op. cit., págs. 81 y sigs.) estiman que, en las relaciones con los terceros, se debe considerar heredero aparente a todo el que, independientemente de la posesión de los bienes hereditarios, asuma un comportamiento tal que engendre en ellos la razonable creencia de estar frente al heredero verdadero. Entonces esa creencia caería por su base y la presunción legitimadora del artículo 38 L. H. quedaría reemplazada por la del art. 448 C. c., siempre que los bienes hereditarios fueran poseídos de forma manifiesta por otro, en concepto de dueño. Lo normal será, en cambio que el heredero aparente esté en posesión de las *res hereditarias*, "en concepto de heredero", y junte las presunciones de los artículos 448 y 38 L. H. En todo caso, la del segundo artículo le legitimará por sí sola, si no es contradicha por la del primero.

que expresamente deje a salvo los derechos adquiridos por cualquier clase de terceros de buena fe que contraten a título oneroso con el heredero aparente.

En el Derecho italiano y en el Derecho francés se explica, de una parte, la necesidad de un precepto especial que, en atención a la seguridad del tráfico, consagre la validez de los actos dispositivos del *possessor pro herede* y, de otra, los esfuerzos doctrinales o jurisprudenciales tendentes a suplir la laguna de la ley, porque los sistemas inmobiliarios de esos países se proponen, principalmente, resolver los conflictos entre los causahabientes de un mismo titular, no regulando registralmente los posibles conflictos entre causahabientes sucesivos ni los que median entre los adquirentes *a non domino* y el titular real de un derecho. Como los terceros no encuentran protección en el sistema de publicidad, se torna precisa la adopción de medidas especiales que aseguren la estabilidad de las adquisiciones de un titular aparente. De lo contrario, se verían amenazadas de nulidad de acuerdo con los principios del derecho civil puro ("nemo plus iuris", etc.).

Nuestro Derecho, en cambio, ofrece, bajo ciertas condiciones, la más amplia tutela a los terceros adquirentes que confiaron en la exactitud del Registro. Extender la protección más allá de los límites necesarios para que entre en juego la *fides publica* equivaldría a hacer inútil el Registro de la Propiedad. Por sucesivas generalizaciones se llegaría a la protección total del tercero no inscrito; en efecto, pocas diferencias hay entre el que adquiere de un heredero aparente y el que adquiere de un titular aparente cualquiera. Las mismas razones invocarían los que contratasen con un propietario ficticio.

Como tuvimos ocasión de ver, lo normal en puro Derecho civil es que los actos de disposición del titular aparente (en nuestro caso, heredero) sean nulos, y que, por tanto, el titular real goce de prioridad respecto de los ulteriores adquirentes del titular aparente. Mas en atención a la seguridad del tráfico, el Derecho concede medios para cambiar este sistema. En cuanto a los inmuebles, el medio es el Registro de la Propiedad, que alterando los términos de la cuestión otorga prioridad al tercer adquirente que inscribe respecto del titular real no inscrito y sanciona por esa vía una adquisición *a non domino*. Ahora bien, esta subversión de principios está condicionada rigurosamente por la intervención del Registro, y fuera del mismo no es lícito extenderla. El que quiera obtener una posición inatacable ha de cumplir lo que el Derecho le impone para ello; si no lo hace, allá él. El ordenamiento no tiene por qué excederse caritativamente tutelando a quien no se ha acogido a los medios de protección que él pone en sus manos. Tanto más cuanto que el principio de seguridad jurídica no juega exclusivamente a favor del tercero, sino también en beneficio del titular real, ya que supone inseguridad la posibilidad de verse afectado o incluso privado de un derecho por actos ajenos. Es cierto que también el titular verdadero puede precaverse inscribiendo; pero en igualdad de circunstancias, si ninguno de los dos ha inscrito, parece justo mantener, aun así, el derecho del titular real. El tercero, si quiere gozar de los

beneficios del sistema, tiene que provocar una mutación, adelantándose con el asiento.

Una reforma legislativa, en el sentido de extender la protección a todo tercero de buena fe y a título oneroso, tampoco se justificaría pensando en los casos excepcionales que quedan fuera del ámbito de la *fides publica*. Por el deseo de comprender generosamente a esos supuestos que escapan a la tutela del sistema se haría totalmente innecesario el Registro.

Ya razonamos en el lugar oportuno (120) que, por lo que afecta a los actos dispositivos del derecho hereditario en abstracto, no hay mal mayor en negarles la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En todo caso, si se estima que son merecedores de tutela hay que buscar ésta al margen del Registro de la Propiedad, por ejemplo, creando un Registro de patrimonios, lo cual podrá ser más o menos discutible, pero tendría la ventaja indudable de no alterar los principios del sistema inmobiliario ni los del ordenamiento privado.

En cuanto al otro supuesto (121), del tercer adquirente que no pue de inscribir por faltar la previa inscripción del heredero aparente, pensamos que también cabe una solución satisfactoria sin violentar los principios hipotecarios.

La doctrina se ha planteado ya el problema de si juega el artículo 34 L. H. cuando en el momento de adquirir el tercero está pendiente de inscripción el título del transferente. Villarés Picó sostiene que en estos casos no entra en juego el artículo 34, sino el 32 (122). Pero muy justamente hace observar Vallet de Goytisolo que la protección del artículo 32 es insuficiente (123). A su juicio, cuando el título del transferente es inmatriculado después de la adquisición de un tercero, a éste (ni aun pasados los dos años de suspensión de efectos que para el caso establece el artículo 207 L. H.) no le protege la fe pública, puesto que no adquirió de quien tiene su derecho inscrito (123 bis). En cambio, si la finca se hallaba ya inmatriculada e inscrita a nombre de un causante inmediato o mediato del transferente, y el tercero ha adquirido en vista del posible enlace registral entre la inscripción vigente y el título del transferente, su adquisición será protegida por la fe pú-

(120) Vid. *supra* II, § 3, núm. 1, pág. 688.

(121) Vid. *supra* II, § 3, núm. 2, pág. 700.

(122) VILLARÉS PICÓ: *La posesión y el Registro*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1947, página 437.

(123) Op. y loc. cit. página 946.

(123 bis) Vid., sin embargo, MOLINA Y RAVELLO: *Comprensión de la fe pública registral*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1948, págs. 770 y siguientes, el cual, interpretando el principio de la fe pública registral, respecto a las inscripciones que por vía de inmatriculación no hayan cumplido el plazo de los dos años a partir de la primera inscripción, entiende que tratándose de un causahabiente a título oneroso del titular registral le comprende la fe pública, puesto que ésta se basa en la confianza en el Registro, no haciendo falta que el derecho esté ya inscrito en el momento de la disposición, cosa que se puede hacer con posterioridad, apoyándose en la garantía del principio de igualdad.

blica, siempre que el título de dicho transferente llegue a ser inscrito dando entrada al del tercer adquirente. La base del derecho inscrito y el enlace sin obstáculos entre éste y el título del transferente crean la fe del adquirente, que aquí está basada en un dato condicional: que el título del transferente llegue en realidad a poderse inscribir (124).

Creemos que no existirán dificultades insuperables para establecer el enlace necesario al trámite sucesivo, aun en la hipótesis de que el heredero aparente no se preste a colaborar con el tercer adquirente para que éste goce de la protección registral, si se aplica analógicamente el artículo 312 del Reglamento Hipotecario (125). Conseguidas las dos inscripciones, la del transferente y la del tercero, éste podrá invocar el artículo 34 frente al heredero de mejor derecho.

En méritos de todo lo expuesto, podemos formular ya nuestra opinión acerca del problema que nos ocupa: y es que convendrá mantener el actual sistema hipotecario, que asegura satisfactoriamente una amplia tutela a los terceros que adquieran de buena fe y a título oneroso del *possessor pro herede*.

Es cierto que las legislaciones que tienen un sistema de publicidad integral para las transmisiones de propiedad y de derechos reales, haciendo de la inscripción en el Registro un elemento *constitutivo* de la transmisión y un medio de publicidad absoluta, todo conflicto entre el heredero real y los terceros que han adquirido de buena fe del heredero aparente se encuentra regulado naturalmente por la aplicación de los principios que constituyen la base del sistema. En efecto, la inscripción es *obligatoria* lo mismo para los cambios de titularidad *mortis causa* que para las enajenaciones entre vivos. En el régimen de los libros fundiarios, el heredero o el legatario debe, en el día de la apertura de la sucesión, requerir una inscripción en las oficinas o circunscripciones legales. Si no inscribió su derecho y un pariente más lejano, o incluso un extraño, obtienen la inscripción a título de heredero, este último es considerado como un verdadero heredero, y los que hayan adquirido de buena fe del presunto heredero inscrito son cubiertos por la inscripción. Cuando el heredero real se da a conocer no puede nunca eviccionarlos; simplemente tiene el derecho de reclamar al heredero aparente los daños indirectos y de accionar subsidiariamente contra el Estado, responsable por la negligencia de sus agentes, que son culpables de no haber realizado una comprobación suficiente antes de proceder a la inscripción (126).

Efectos correspondientes a la inscripción en el libro fundiario tiene en el derecho alemán el "certificado hereditario" (*Erbschein*). Hasta que éste documento no es declarado nulo, quien se indica en él como

(124) Op. y loc. cit., página 950, nota 77.

(125) Aplicación analógica que es defendida por ROCA SASTRE en el tomo I de sus *Instituciones*, últ. ed., página 735.

(126) Seguimos en texto, con algunas ligeras variantes, la exposición de CRÉMIEU, op. y loc. cit., página 48 nota 1.

heredero se presume tal (§ 2.365 B. G. B.) (127), y las disposiciones a título oneroso o lucrativo cumplidas por el heredero aparente sobre un objeto de la herencia producen todos los efectos, excepto cuando la otra parte conozca la inexactitud del certificado o sepa que el tribunal había requerido su restitución por no ser exacto (§ 2.366 B. G. B.). Es decir, la ley atribuye la *fides pública* al certificado hereditario.

No obstante las posibles ventajas que pueda reportar un sistema semejante, no creemos que deba ser adoptado en sustitución del nuestro. No es este el lugar apropiado para tecer en la vieja disputa entre los partidarios de la inscripción constitutiva y los que pregona bien alto las excelencias de nuestra Ley Hipotecaria (128). Basta decir que los muchos inconvenientes de aquélla quedan hartamente superados con un buen sistema de protección de los terceros adquirentes de buena fe. Ir más allá no parece aconsejable cuando, en los mismos países en que rige la inscripción constitutiva y obligatoria, se advierte una fuerte tendencia en sentido contrario.

(127) Sabido es cómo en nuestro derecho el Registro de actos de Última Voluntad y los certificados expedidos sobre el contenido del mismo están desprovistos de cualquier efecto semejante al que otorga al *Erbschein* el § 2.365 del B. G. B. Admitir lo contrario equivaldría a dar a aquel Registro una eficacia de *fides pública*, en cierto modo análoga a la del Registro de la Propiedad, lo cual no parece sostenible.

(128) Ultimamente, defienden el sistema de la inscripción constitutiva y obligatoria: ROBLES ESPINOSA: *La publicidad substantiva*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1947, págs. 608 y siguientes; GALLARDO RUEDA: *Fe pública registral en Información Jurídica*, 1949, págs. 205 y sigs.; *Fe pública y seguridad jurídica*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, II, 1, 1949, página 98. Para la apología del actual sistema hipotecario, vid. VALLET DE GOTTISOLO, op. y ioc. cit., págs. 932 y 959-60; y, sobre todo, de forma insuperable, NÉÑEZ LAGOS: *El Registro de la Propiedad Español* (Memoria presentada al Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires) citada.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Concepto positivo de «cultivo directo y personal» en la Legislación de Arrendamientos rústicos

RAMON FERRAN POCH

Abogado

El concepto positivo de “cultivo directo y personal”, fijado en el artículo 4.^º de la Ley de 23 de julio de 1942, plantea una serie de problemas de interpretación, que a nuestro entender sólo pueden resolverse debidamente con la previa consideración de los verdaderos fines materiales de esta disposición.

En esencia, para que una explotación pueda calificarse de directa y personal es necesaria la concurrencia de los tres requisitos siguientes: renta inferior a 40 Qm.; deber de residencia en el término municipal o en el contiguo al de la finca, y una participación del arrendatario o de sus familiares en el trabajo de la explotación superior al 75 por 100.

De los anteriores requisitos el último es el verdaderamente interesante para el estudio de lo que nos proponemos, ya que los dos primeros son en cierto modo presupuestos lógicos de su existencia, la cual difícilmente podría tener realidad si aquéllos no se diesen.

El alejamiento del lugar del trabajo haría antieconómica la explotación por necesidad de desplazarse el arrendatario, y la cuantía de la renta superior a 40 Qm. implicaría una presunción de excesiva extensión de terreno para que pudiera efectuarse el cultivo sin recurrir a jornaleros, aparte de otras consideraciones sobre la mejor fuerza económica de los pequeños arrendatarios.

Lo anterior lleva, pues, a la conclusión de que el legislador, en evitación de simulaciones ha querido sobre todo asegurar la efectividad del cultivo directo y personal del arrendatario, exigiendo además la concurrencia de los presupuestos indicados, sin cuya existencia éste no sería concebible.

El fundamento de los privilegios concedidos por el ordenamiento jurídico al “hecho” del cultivo directo y personal deriva, a nuestro juicio, de consideraciones de muy diversa índole.

El cultivador que consagra la casi totalidad de sus energías y la

de sus familiares a la explotación de la tierra que detenta, cumple tangiblemente con una "obligación de trabajar" que dimana de mandatos divinos y que se recoge en los puntos programáticos del Estado y en el Derecho positivo. El trabajo tiene rango oficial de virtud en España y como tal recibe en este caso la protección que le otorga el artículo 4.^o de la Ley.

El hecho sociológico resultado de la proyección de las energías físicas del labrador sobre el suelo que cultiva es más intenso y más tangible que el formado a través de manos extrañas e intermediarias. Ello merece también una mayor protección del Derecho, pues hay una mayor vinculación del hombre a la tierra causada por el despliegue de una mayor actividad personal y muscular del que asume los riesgos de su explotación.

Económicamente es también explicable la protección otorgada, pues hay que presumir que el cultivo efectuado directa y materialmente por el empresario será mejor realizado y alcanzará un mayor rendimiento para la economía nacional que si se efectúa a través de asalariados.

Con las anteriores consideraciones de orden material creemos haber desbrozado el camino que ha de conducir a la recta interpretación del artículo 4.^o de la Ley de 23 de julio de 1942, cuando en atención a sus normas se pretenda establecer una calificación jurídica de un contrato de arrendamiento y ver en cuál de los dos "status", "protegido" u "ordinario", es preciso buscar las normas que le son aplicable.

Las dificultades del problema que con las precedentes consideraciones queremos ayudar a resolver, nos han sido planteadas por supuestos arrendatarios en los que aparentemente se dan todos los requisitos del cultivo directo y personal, por no intervenir asalariados en la explotación, pero que por las deficiencias de la misma es probado que el arrendatario no llega a ejecutar el 75 por 100 del trabajo que sería necesario para que el cultivo mereciera el calificativo de adecuado y satisfactorio.

Según las razones doctrinales que hemos señalado como justificativas, a nuestro juicio, de la mayor protección al cultivador directo y personal, es evidente que no cabrá calificar de esta manera el contrato del arrendatario que no trabaje debidamente sus tierras, ya que se beneficiaría sin razón alguna—sin causa—de algo pensado precisamente en consideración a la necesidad de amparar realidades e intereses totalmente contrarios.

Creemos que, aparte las razones de diversa índole que hemos apuntado, también una consideración estrictamente jurídica y formal del problema permite llegar a la formulación de la siguiente conclusión, que a la luz de los textos legales nos parece indiscutible:

El contrato de arrendamiento "protegido" pierde este carácter si el arrendatario que explota la finca no efectúa en ella, por lo menos, el 75 por 100 de los trabajos necesarios para que la finca pueda estar adecuadamente cultivada.

En otras palabras, y avanzando en nuestro razonamiento, entendemos que el concepto jurídico de "cultivo directo y personal" y la

calificación en atención al mismo de una explotación agrícola concreta, exige se tome en consideración, no solamente el trabajo realmente ejecutado por el cultivador, sino lo que es más importante, *la relación cuantitativa de éste con el que normalmente habría que ejecutar para obtener una explotación satisfactoria según uso y costumbres de buen labrador.*

Es indispensable reconocer la implícita existencia de un elemento axiológico en el concepto legal si queremos que éste responda en su aplicación a los justos fines para los que fué elaborado y que hemos intentado exponer al principio de este trabajo. Lo contrario nos llevaría a las siguientes absurdas consecuencias que formulamos hipotéticamente en apoyo de nuestra aseveración:

Respecto del arrendatario, dado su posible interés en obtener una mayor protección a sus posibilidades de permanencia en la posesión arrendaticia, podría inclinarse en muchos casos a la no ejecución de todos aquellos trabajos que, aun siendo necesarios, le obligarían a hacer efectuar por asalariados un número de obradas superior al 25 por 100 del total. Aseguraría con ello el "tipo" de arrendamiento protegido a costa de los altos intereses económicos nacionales, que en modo alguno deben quedar sacrificados.

Y respecto del arrendador, podría suceder otro tanto, a fin de "cumplir" con su obligación de cultivo directo y personal después de haber obtenido la tierra mediante invocación en juicio de desahucio de su facultad de denegar la prórroga del arrendamiento. En tal caso, podría cumplir fácilmente su promesa de cultivo directo y personal durante un mínimo de seis años, absteniéndose de contratar ningún jornalero y dejando la tierra prácticamente abandonada. Ello sería igualmente absurdo y resultaría además contradictorio con el sentido y justificación de los preceptos que hacen necesaria la probanza de una capacidad de labrador al que pretende desahuciar.

Creemos que nuestro punto de vista respecto del problema coincide plenamente con el criterio contenido en los textos legales vigentes, en los que no es difícil percibir su natural alusión al supuesto de cultivo directo y personal efectuado con la debida diligencia.

El artículo 4.^o de la Ley de 23 de julio de 1942 deja entrever claramente por uno de sus resquicios, en su párrafo 2.^o, la presencia del elemento axiológico, cuya trascendencia subrayamos, estableciendo que, "se entenderá que el cultivo es directo y personal, a los efectos de esta Ley, tanto respecto del arrendador como del arrendatario, cuando las operaciones agrícolas se realicen materialmente por éste o aquél o por los familiares, en su más amplio sentido, que con él convivan bajo su dependencia económica, no utilizando asalariados más que circunstancialmente por exigencias estacionales del cultivo, y sin que en ningún caso el número de obradas de estos asalariados exceda del 25 por 100 del total que sea necesario para el ADECUADO laboreo de la finca".

Subrayamos la gran trascendencia de esta última frase, pues en ella se contiene claramente aludida la necesidad de que la explotación

sea "adecuada", es decir, reciba el mínimo de trabajo que técnica y agrícolamente sea exigible.

Ello es importante para aclarar el concepto de simulación al que se refieren los párrafos siguientes del mismo artículo, ya que ésta se producirá siempre que por cualquier forma encubierta el cultivador pretenda ocultar el incumplimiento de cualquiera de los requisitos que deben concurrir en el "cultivo directo y personal", entre los que figura, sobrentendido el de la necesidad de que la cantidad de trabajo personal del empresario y familiares sea superior al 75 por 100 de la normalmente requerida.

El presunto cultivador directo y personal que careciendo totalmente de asalariados, realiza un trabajo inferior en un 75 por 100 al normalmente exigible, no merece tal calificación, ya que tiene en contra suya la presunción lógica, justa y... benéfica de que el trabajo pendiente de realización no lo realiza, porque solamente lo podría efectuar a través de mano de obra extraña, cuya cuantía rebasaría lógicamente el 25 por 100. De no ser así, merecería más protección en su situación arrendaticia el cultivador que abandonara negligentemente el cultivo y no tomara mano de obra extraña, que aquel que para cultivar "adecuadamente" hiciera ejecutar por asalariados más de un 25 por 100 de las obras necesarias.

Subrayamos, pues, la necesidad de tener en cuenta este hecho en toda actividad calificadora si se quieren evitar consecuencias jurídicas totalmente injustas y distintas de las efectivamente perseguidas por nuestro derecho.

La circunstancia del "abandono de cultivo", cuya relevancia y repercusión jurídica es recogida cuando hay reincidencia como causa de desahucio, puede tener también, según hemos expuesto, el efecto de convertir en arrendamiento "ordinario" al contrato de arrendamiento que teniendo las características de renta inferior a 40 Qm., residencia del arrendatario en el lugar de la finca y carencia de asalariados, ofrece además la particularidad de que el cultivador no lleva a cabo el 75 por 100 de los trabajos que debería efectuar.

Cuando se dé la anterior hipótesis el "status" aplicable será idéntico al que corresponda para los arrendamientos de renta inferior a 40 Qm. en los que el arrendatario no viva ni en el término municipal donde radique la finca ni en el contiguo al mismo.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

«En torno a la reforma de la Sociedad anónima.» Dos conferencias del Profesor Uria.

La publicación del anteproyecto, elaborado por la Sección de Reforma del Derecho privado del Instituto de Estudios Políticos, ha ofrecido ocasión de despertar la conciencia jurídica del país y de sacar abundantes enseñanzas de sus reacciones, no siempre previsibles.

Apasionante y apasionada, la polémica de reformistas y contrarreformistas sigue manteniéndose por mucho tiempo en un plano muy destacado de nuestra vida jurídica, acaparando la atención de propios y extraños y ganando el interés del hombre medio. La reforma de la Sociedad anónima, uno de los grandes temas del moderno Derecho mercantil, ha devenido un auténtico problema contemporáneo. Ha sido, pues, pleno el acierto de la dirección del Instituto de Cultura Hispánica al incluir la materia en el plan de conferencias de la Universidad Internacional de Verano, de Santander, y al encargar de las mismas al profesor Rodrigo Uria, una de las voces más autorizadas en la materia y que une a su preparación excepcional la condición de coautor del anteproyecto. A través de sus dos conferencias campea la seguridad de quien se refiere a la obra propia, la preparación del especialista consagrado a su materia y la serenidad del maestro que sabiendo la imperfección de la obra humana sabe aceptar pronto la sugerencia ajena.

Por estas razones, hemos creido de interés ofrecer a nuestros lectores, a través de esta ventana abierta de par en par sobre el panorama de la vida jurídica nacional, un breve esquema de estas dos conferencias, desarrolladas los días 16 y 18 del pasado agosto.

Si el necesario proceso de readaptación del Derecho a exigencias siempre nuevas plantea a los diversos países el común problema de la reorganización de la Sociedad anónima, en España la existencia de un régimen legal nacido ya insuficiente y con sesenta años de vida sin haber sufrido alteración importante, la necesidad de la reforma se presenta como algo perentorio. Pero se estimó no bastaba una reforma ortopédica, era preciso crear todo un aparato legal nuevo en que engranase, en régimen de perfecta armonía y sistema, las diferentes piezas que integran el complicado mecanismo de las Sociedades anónimas modernas. La reforma de la Sociedad anónima española debía ser orgánica, total y sistemática. Con conciencia de que la tarea era ardua y nada fácil, la Comisión se apresió a ella, estimando rendir con ello un indudable servicio, que sólo

podía esperarse de los juristas, a nuestro Derecho y a nuestra Economía. Han sido razones de orden económico las que han actuado de motor de la reforma en los diversos países, pero la tarea de edificar y repasar el régimen legal de la Sociedad anónima compete sobre todo al jurista.

La adaptación del Derecho a las variantes necesidades de orden económico es tarea del jurista de todos los tiempos, y ¿puede nadie admitir seriamente que las circunstancias económicas no han cambiado substancialmente en España desde 1885? Las crisis económicas traídas por las guerras han operado en España necesariamente, como sobre los demás países. El profesor Garrigues ha puesto de relieve recientemente que desde principios de siglo voces de la cátedra y de la política, hombres de empresa, financieros y organismos oficiales habían venido manteniendo la necesidad de reformar el régimen de la Sociedad anónima, reclamando disposiciones normativas eficaces para la protección de accionistas, de acreedores del Estado y del público en general. Sólo encastillándose en utópicas posiciones ultraliberales se puede defender el actual *statu quo* legal, oponiéndose por innecesaria a la reforma proyectada.

Hoy vivimos, queramos o no, un estatuto económico híbrido, que, en definitiva, no da plena satisfacción a nadie, pero que obliga a renovar nuestras viejas instituciones.

De haberse meditado sobre los derroteros del mundo actual, a nadie hubiese podido extrañar que nuestro Estado se hubiera decidido a intervenir directamente la vida y el funcionamiento de la Sociedad anónima. Sin embargo, no ha sido así; el anteproyecto no es en absoluto intervencionista, porque no abre ninguna brecha importante a la intervención del Estado en el seno de la Sociedad anónima. Es lógico que haya resultado así, ya que fué propósito deliberado de quienes lo redactaron proyectar una reforma limitada al ámbito estrictamente técnico. En todo caso, si las Cortes lo creen oportuno, será fácil dar realidad dentro del proyecto a los postulados políticos que el momento aconseje.

Por estas razones y con esta orientación nació el anteproyecto, que ofrece al país una ordenación orgánica y sistemática de la Sociedad anónima, que, recogiendo la propia experiencia y la de otros países, da a nuestras Sociedades un estatuto jurídico del que hoy carecen.

La segunda conferencia se refiere a las novedades más fundamentales que el anteproyecto aporta al campo del Derecho español.

La fase fundacional, como la más delicada, difícil y propicia a los fraudes, ha sido atendida especialmente por los redactores, que han querido sustituir el vigente régimen por un sistema de libertad regulada a través de un conjunto de normas imperativas.

Como cuestiones hoy huérfanas de regulación, a las que el anteproyecto ha querido dar solución, sobresalen especialmente las que afectan al capital social, al régimen legal de las acciones, al derecho de información del accionista y a la organización interna de la Sociedad, una de las materias que más hondamente han preocupado a los redactores y resuelta en el sentido de respetar el postulado tradicional de la soberanía de la Junta, pero estableciendo un sistema especial de impugnación de los acuerdos sociales, con el que se trata de proteger los

derechos de los accionistas y evitar la violación de los intereses sociales en beneficio de un grupo de socios.

E. VERDERA

Retracto arrendaticio rústico. Decreto aclaratorio de la Ley de 6 de julio de 1949.

El deseo de aclarar lo dispuesto en la Ley de 16 de julio de 1949, cuya interpretación estrictamente literal podría ir en contra de los fines que con aquélla se pretendían lograr y que se exponen en el preámbulo, motiva el Decreto de 7 de julio de 1950, que contempla el supuesto de venta de una finca dada en arrendamiento a varios, cuando el comprador es uno de los arrendatarios.

Dispone el artículo único del Decreto citado que, en el caso de que la totalidad de una finca arrendada en parcelas a varios colonos, fuese vendida a alguno o algunos de estos arrendatarios, puedan todos los demás o alguno de ellos ejercitar conjuntamente contra los compradores la correspondiente acción de retracto legal respecto de la parte del inmueble transmitido que el aspirante o aspirantes no llevaren en arriendo al tiempo de verificarse la venta.

El derecho que concede este precepto viene condicionado por el hecho de que sea requisito indispensable que el retrayente o retrayentes vinieran explotando en régimen de arriendo la mitad al menos de la superficie objeto de retracto.

De esta forma se aclara de modo auténtico un precepto que podría ser objeto de interpretación contraria en absoluto al espíritu de la norma.

J. H. C.

B) EXTRANJERAS

CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PRIVADO

(Roma, 8-16 de julio de 1950)

El Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado de Roma (1) convocó a juristas de todos los países a un primer Congreso de Derecho privado, para examinar perspectivas y determinar el método de unificación respecto a ciertos problemas especialmente elegidos. La amplitud de la tarea realizada impide dar cuenta con detalle de sus trabajos (2), pero conforme a

(1) Creado en 1926, bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, para estudiar los medios de armonizar y coordinar el Derecho privado entre los Estados o entre grupos de Estados y preparar gradualmente la adopción por los diversos Estados de una legislación uniforme de Derecho privado. Cuenta, al menos nominalmente, con la participación de treinta países.

(2) El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado prepara la publicación de las actas del Congreso.

su interés general, se da un extracto más o menos amplio de los informes y de alguna de las discusiones sobre ellos sostenidas.

En la sesión inaugural, después de los discursos de salutación de rigor, inició la labor prevista en el programa del Congreso el Profesor F. VASALI, disertando sobre el tema *La misión del jurista en la elaboración de las leyes*. Comenzó diciendo que la cuestión enunciada correspondía a una situación histórica caracterizada en que las leyes no son asunto de los juristas aunque —justamente por ello— se necesite su colaboración para su redacción formal. Y es un fenómeno extraño que en todas las edades las reprimendas sobre el estado del Derecho se orienten más que contra su contenido, contra su desorden, obscuridad, multiplicidad e incertidumbre. ¿Qué hacer? Aclarar, simplificar, hacer códigos o si se quiere textos unificados ("consolidations bills" "testi unici"). Conocida es la labor de los juristas en la codificación, pero hoy se presenta la cuestión nueva de la proliferación de las leyes y, en todos los países, en Europa, en Inglaterra y Norteamérica se oyen voces denunciando el caos legislativo. Tarea inmensa la de hacer leyes en los Estados modernos, que ha llevado a pensar en un Ministerio de Legislación y en una cátedra de Técnica Legislativa. Pero el remedio no está ahí; la cuestión y la dificultad está en armonizar política y técnica; para Italia aconseja hacer obligatoria la consulta de toda medida legislativa al Consejo de Estado, incluso con el control técnico previo sobre cada proyecto de ley; ello, además de oír previamente a las Corporaciones y asociaciones de juristas. Mas el núcleo de la cuestión no es tampoco éste, hace falta devolver el Derecho a los juristas. Las leyes marchan a menudo por caminos que no son los del Derecho, son instrumentos de intrusión o invasión del Estado en la zona de la autonomía jurídica, reflejo de intereses de partido o de orientación gubernamental. En Roma, en el Derecho común, en Francia, en el "common law", los juristas fueron "fons et tuba iuris"; el problema actual consiste en volver las leyes al jurista, en el fondo es la misma aspiración de los hombres, llevar las leyes al Derecho.

En sesión plenaria el Profesor J. HAMEL habló sobre *Perspectivas y límites de la unificación del Derecho privado*, señalando la característica del Congreso que, a diferencia de otros a celebrar en 1950, no se limita a la comparación, sino que tiene por fin la unificación. Las grandes guerras hacen que los pueblos se agrupen instintivamente, y más hoy en que sin desaparecer el riesgo de la guerra se busca una organización pacífica. ¿Cómo puede asociarse a este propósito el Derecho? En este siglo parece como si el hombre, con aduanas, pasaportes, control monetario y licencias de exportación quisiera contrapesar en la vida internacional las ventajas que le proporcionan las invenciones técnicas. Nacionalismo estrecho que, en oposición a la antigua concepción universalista, habla de un Derecho internacional privado, que sometido enteramente a los postulados inmediatos de la política nacional no era ni internacional ni privado. Si se sigue por este camino, el Derecho privado no ayudará en nada al acercamiento de los pueblos. Y, sin embargo hay muchos juristas que estiman que puede jugar un importante papel en ese acercamiento que engendraría la paz internacional, pues el momento actual hace esperar que, como

sucedería y sucede con los Estados federales, se vaya a la unificación del Derecho entre las naciones que tienden a agruparse. El obstáculo primero que a ello se presenta, la noción de soberanía del Estado se debilita en la noción moderna de la soberanía, que admite su limitación para adaptarse a las necesidades de la vida común de los pueblos. Las tradiciones jurídicas de los pueblos, en cambio, hacen aconsejable limitar la unificación a las cuestiones sobre bienes muebles y contratos comerciales, aunque también debiera extenderse a otras materias, incluso de Derecho penal. Para tal tarea se precisa contar con la opinión pública, y a los juristas que creen en el valor humano de la unificación del Derecho corresponde hacer propaganda en sus países, sobre todo entre hombres de leyes, porque de ellos parten las mayores resistencias, más o menos expresas frente a cualquier cambio en su universo profesional, que rompa con su rutina.

El tema sobre *El disfrute y ejercicio de los derechos civiles con relación a la nacionalidad* se discutió en base al informe de A. VERDROSS (3). Señala la existencia de un Derecho consuetudinario internacional respecto al extranjero, basado en el respeto a la persona humana y que impone el reconocimiento a favor del extranjero del mínimo de derechos necesarios a la vida, en especial su reconocimiento como persona del ejercicio de los derechos civiles esenciales (matrimonio y familia, contratar, adquirir bienes, testar), poder residir y comerciar en el territorio de otro Estado en pie de igualdad con los nacionales, con la sola excepción de no poder ejercer ciertas profesiones o adquirir ciertos bienes por razones de seguridad o defensa nacional, pero sin que los bienes de las personas físicas o jurídicas extranjeras puedan ser confiscados o expropiados sin indemnización.

P. BOLLA redactó el informe sobre *Posibilidades y límites de una reglamentación uniforme del Derecho de autor*; en él se señalan los peligros de un excesivo optimismo en la materia y la reserva con que deben considerarse las propuestas de los expertos de la UNESCO: en especial advierte *lci* peligro que supone para los derechos de los autores los grandes intereses económicos coaligados contra ellos. Aconseja limitarse a la reforma de las convenciones vigentes, incluso ampliando la posibilidad de las reservas para aumentar el número de adheridos y cree conveniente aceptar algunas soluciones, técnicamente superiores a las de la Convención de Berna, de las dos últimas convenciones panamericanas.

La ponencia del Profesor E. M. MEIJERS—leída en su ausencia por el Doctor Mateucci—, versó sobre *La fuerza obligatoria de los contratos y sus modificaciones en los Derechos modernos*. Limita la cuestión a la llamada en Francia teoría de la imprevisión, y en Inglaterra "doctrine of frustration", en su doble forma, de cuando el deudor cree tener derecho a resolver o modificar el contrato porque su prestación se ha hecho imposible o muy difícil, o de cuando la otra parte pide la resolución o modificación porque dado el cambio de circunstancias la prestación debida no tiene ya valor para ella. Después de recordar los antecedentes históricos de la cuestión y su distinto significado en las diversas épocas, afirma que hoy se da un desplazamiento desde la teoría de la ine-

(3) V. de VERDROSS: *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers*. Rec. A. D. I. (1931), III, pág. 327.

jecución a la de los cambios que los contratos pueden sufrir por circunstancias imprevistas. Como métodos propuestos para realizar esta idea señala: 1, acudir a la intención tácita de las partes; 2, el principio de la buena fe; 3, regulación legal de casos especiales; 4, disposición legal general reguiadora de los efectos producidos por las circunstancias imprevistas; ellas se manifiestan en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación. MEIJERS vuelve ahora (4) a manifestarse en favor del criterio de la buena fe y decididamente en contra del método de las disposiciones legales, porque estas impican el peligro de llamar demasiado la atención de las partes sobre la posibilidad de resolver o modificar el contrato, lo que debe por el contrario quedar como una gran excepción. El legislador debe guardarse bien de socavar el principio, aún vivo entre la gente honrada, del respeto a la palabra dada aunque se produzcan circunstancias imprevistas; otra cosa sería el fin de la confianza recíproca base de las relaciones entre los hombres.

En la discusión que sigue a la lectura del informe (5) se insiste por la mayor parte de los que intervienen y por la misma presidencia en lo peligroso de la intervención del juez y del legislador en el ámbito de la autonomía contractual. F. DE CASTRO (6) interviene preguntando si la discusión del tema no se ha desviado de su centro, y ello en un doble aspecto. Primero sobre el ámbito de la cuestión, pues el tema no puede reducirse a la imprevisión ya que también comprende la intervención del Estado, en los contratos regulados por normas imperativas e inderogables por las partes, en la legislación de tasas y en la contratación obligada y, en fin, el poder que se reservan o arrogan ciertos contratantes privilegiados en los contratos de adhesión y cláusulas generales. En segundo lugar, en un Congreso reunido bajo el lema de la unificación quizás sea inapropiado limitarse a señalar preferencias en favor de una determinada solución o teoría en uno o en varios Derechos; parece más adecuado separar claramente los datos de la realidad jurídica de las aspiraciones o simpatías personales y distinguir las tres clases de cuestiones que se presentan. a) La realidad social moderna muestra que el contrato, para bien o para mal, ha dejado de tener el carácter "sagrado" que le atribuyera el S. XIX; el saber que la contratación está determinada por la presión económica (el uso y abuso de cláusulas generales, el contrato de trabajo, los estatutos de sociedad y contratos de adhesión) ha hecho se pierda la creencia de que la libertad de contratación sea un postulado de la libertad personal. b) El tema plantea cuestiones básicas a las que se responderá de modo distinto, según sea la concepción que se tenga del Derecho. Se insiste sobre lo justo de conservar incólume la libertad de contratar y de mantener la intangibilidad de lo contratado, pero no debe olvidarse que con ello se pretende perpetuar indefinidamente, y sin límites, la explotación de situaciones privilegiadas que el Derecho positivo concediera gratuitamente permitiendo y amparando al económico-

(4) Lo sostiene ya en un informe a la Sociedad holandesa de juristas en 1918.

(5) Intervienen Esneir, Rouast, Zijlensmaker, Ascarelli, Madeiro Fonseca, Galvao Teles, Blanco, Mottini, etc.

(6) Que asistió en representación del Consejo de Investigaciones Científicas. Concurrieron también al Congreso los profesores Verdera y Gitrama y el doctor Rodríguez Arias.

más fuerte. El orden y la seguridad defendida por los juristas conservadores (Ripert, entre otros) no parece poder mantenerse sin un mínimo de justicia; ¿habría seguridad y orden en donde se entregase la posibilidad de tener un hogar a la codicia ilimitada del propietario? ¿Es injusta la protección del accionista minoritario y del obligacionista incauto, impuesta por el Estado? Se ha dicho que la moral, que el Derecho canónico imponen el respeto a la palabra dada (Rouast); con razón, pero conviene añadir que por encima de ellas está la justicia, y, por esto, el Derecho canónico concedió en tales casos la posibilidad de relevar del juramento que se hiciera para afirmar una promesa: ¿En dónde pondrán los hombres poner mejor su confianza, en la ley que imponga la intangibilidad de los pactos o en aquella que permita el cambio que exija la conciencia moral según las circunstancias? Se ha señalado (por el Presidente de la Sección) que los contratos suponen siempre un riesgo que hay que correr, son una apuesta ("un pari") que no se puede desconocer cuando salga mal; mas cabe preguntar: ¿Hasta dónde es ello cierto? ¿Cabe convertir a todos los contratos bilaterales en negocios aleatorios? ¿Puede limitarse la eficacia de la causa al momento de la perfección y negarle toda influencia durante el desarrollo de la relación contractual? Ello parece excesivo sobre todo en estos tiempos de devaluación e inflación. c) Otra cuestión es la de la forma técnica que se estime preferible para resolver en justicia los casos en que el cambio de circunstancias deba determinar un cambio de la relación jurídica, ya respecto a su alcance (para cada contrato o para los contratos en general), al sistema (principios generales, buena fe, seguridad, regulación casuística), al medio (legislativo, jurisprudencia, a las partes) y al remedio (nulidad total o parcial rectificación o reajuste). En fin, interesa señalar que el temor expuesto de que una concesión legal de rectificación incite a los particulares al incumplimiento (Meijers, Rouast), no debiera ser menor con la fórmula propuesta de la buena fe (Meijers) porque son los abogados—que no la desconocerían—los que aconsejan el pleito o el incumplimiento. Todavía, como conclusión general, pudiera señalarse, como el máximo obstáculo para la solución concorde de la cuestión planteada y para la misma unificación del Derecho en general, a la concepción positivista del Derecho, con su servidumbre a las particularidades legislativas y que a la vez hace posible y fomenta la dependencia de los juristas a grupos de intereses (el jurisconsulto de "patronus" se ha convertido en "cliens" de empresas, clases y partidos), sólo la educación de los juristas en el servicio de la justicia haría posible que el Estado y los particulares confiasesen en su "prudentia" y que ellos pudieran encontrar las bases de unas normas jurídicas aceptables para los diversos pueblos.

Sobre el tema *Posibilidad de establecer una reglamentación uniforme de la responsabilidad de los transportadores con relación a los diversos modos de transporte*, informa en primer lugar VAN GUNST, señalando, ante todo, que la presión en favor de la unificación se advierte más en los medios jurídicos que en los de los directamente interesados. Se considera, generalmente, que la cuestión principal es la de la responsabilidad contraída por el transportista, pero es dudoso que en su base pueda encontrarse una solución satisfactoria. La práctica desmuestra que hoy las pérdidas en el transporte no se consideran

como cuestión de responsabilidad, sino como un riesgo normal del transporte, que como tal debe ser soportado por ambas partes; no hay por qué buscar un culpable del daño, sino un reparto equitativo de los daños, y ello mediante la ayuda del seguro. La cuestión se traduce así, en la de fijar cómo se debe abonar la prima del seguro; la misma acción de regreso, causa de complicados pleitos, debe ser sustituida entre los aseguradores por una escritura de arreglo, así el jurista dejará su puesto al experto en daños. Despues, S. BRACKHUS indica que, no obstante los convenios internacionales de Roma, Bruselas y Varsovia, se producen graves dificultades por las diferencias existentes entre la regulación de los transportes terrestre marítimo y aéreo. Cualquier intento de unificación no deberá desconocer la aplicación casi universal del seguro, que impone se examine sobre su base toda la cuestión de los riesgos, tanto respecto a su distribución como a la función preventiva de la responsabilidad.

Sobre *La influencia del Derecho canónico en la doctrina de los contratos*, el Profesor P. FEDELE señala, ante todo, la importancia cultural y práctica del Derecho canónico para todas las ramas del Derecho y la relación del tema con el más amplio del influjo del cristianismo sobre el Derecho romano. Despues llama la atención sobre las diferencias fundamentales existentes entre el Derecho canónico y el Derecho civil, que hace imposible que se transporten en bloque categorías jurídicas de uno a otro. No obstante las apariencias, la característica esencial del Derecho canónico está en que se dirige a la representación del pecado, a la "salus animarum"; así, el respeto a los "nuda pacta", a la "bona fides", en el Derecho canónico tiene otro carácter que en el civil. No se deriva como se ha creido del "consensus", sino de considerar represensible el ánimo pecaminoso. Ciertamente no puede desconocerse el influjo moralizador y antiformalista del Derecho canónico respecto al Derecho civil, pero ha de advertirse que lo mismo que el Derecho canónico, aun cuando reproduce literalmente las definiciones romanas, cambia su contenido, así también el Derecho civil, al apropiarse las instituciones canónicas, les imprime también otro carácter. Al Derecho civil le es ajeno el elemento ético religioso del "peccatum", pero también el de "charitas", propia de la "aequitas canónica" y del "favor debitorum"; por ello, cuando se hable en Derecho civil de equidad y de favor al deudor, se alude a conceptos basados en ideas distintas de las que animan a las instituciones canónicas de igual nombre.

B. A. WORTLEY expone clara y sencillamente lo que es el "trust" en el Derecho inglés, al comenzarse el estudio sobre "La noción de "trust" y sus aplicaciones en los diversos sistemas jurídicos". P. LAFAYLE señala la expansión que ha tenido la figura del "trust" en distintas legislaciones y en la vida internacional contemporánea. Afirma, despues, la necesidad de prevenir la intensificación de lo que llama el fenómeno de la "emigración del trust"; es conveniente, dice, que los pueblos con legislación de origen romano lo reciban, pero para ello será preciso que adopte una forma más precisa y clara, proponiendo al efecto que se haga de él una persona moral. Presentaron, también, comunicaciones sobre el tema, Huber, Mankienicz, Pascal, Wesenberg, Witkonsky y Zijljenmaker. En la discusión, se señaló la resistencia a admitir la figura del "trust" en el Derecho escocés, y se puso en duda la posibilidad

y la conveniencia de considerarle como persona jurídica, sugiriéndose por peritos del Derecho musulmán que a mejores resultados se llegaría mediante una ampliación del concepto de los derechos reales.

El Profesor H. E. YNTEMA trató de la *Posibilidad de completar la ley uniforme sobre las letras de cambio y billetes a la orden, aneja al convenio de Ginebra de 7 de junio de 1930*, teniendo en cuenta las disposiciones del *Bill of Exchange Act* británico y de la *Negotiable Instruments Law* de los Estados Unidos de América", señalando que, no obstante, la existencia de los tres sistemas había circunstancias favorables a la unificación, como lo eran la tendencia a la unificación dentro de cada uno de los sistemas, el que las diferencias existentes entre las diversas regulaciones se revelasen ser más externas que fundamentales, y que las circunstancias internacionales hacían que los gobiernos inglés y americano viesen con favor la unificación. Como método para la unificación recomienda, no obstante, sus peligros, el método del convenio multilateral, con tal que el proyecto que se presente sea adecuado y de que intervengan en su redacción las naciones especialmente mercantiles, ante todo Inglaterra y Estados Unidos. T. ASCARELLI insistió en su informe en que, no obstante, las diferencias de lenguaje, las divergencias entre el sistema del Convenio de Ginebra y el anglosajón no son graves, aunque debe advertirse que se acentúan por tres causas principales: 1, el influjo inevitable del conjunto del sistema jurídico; 2, la diversidad de categorías jurídicas y de técnica interpretativa; y 3, la reacción que las nuevas normas dadas en un país producen, incluso, sobre las leyes internacionales uniformes. Ello, no obstante, cree posible y aconsejable la redacción de una ley cambiaria uniforme; pero por una parte limitada a sólo las letras de cambio internacionales, y por otra ampliada a los cheques, que son hoy de hecho casi los únicos títulos con circulación internacional: termina proponiendo que sea el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho privado quien se encargue de la redacción del proyecto.

Sobre *Límites de la libertad contractual en la reglamentación de las relaciones de trabajo*, informó el Profesor F. VAN GOETHEM, señalando que si bien la libertad de contratación en las relaciones de trabajo se encuentra cada vez más reducida, ello no excluye totalmente la libertad de contratación, pues hay esferas en las que es deseable conservarla y hasta desarrollarla. Una reglamentación en exceso rígida y casuística puede originar abusos y el dirigismo económico no siempre significa progreso: es aconsejable conciliar armónicamente libertad y ley, para que ambas contribuyan a la justicia y al bienestar, conforme a las exigencias de las circunstancias.

El DR. MATTEUCCI informó sobre el modo de coordinar los trabajos entre las diversas organizaciones internacionales que se ocupan de problemas de unificación del Derecho privado, proponiendo el cambio mutuo de información sobre trabajos a realizar, programas de congresos y organización de ciertos trabajos en colaboración, creándose comités de enlace en los distintos países.

El presidente del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado M. PILOTTI trató sobre *Los métodos de unificación*, examinando los métodos directos e indirectos, en especial el de proyecto de ley uniforme, dejando

a los Estados contratantes la facultad de limitar expresamente su aplicación a sólo las relaciones de carácter internacional, el de los convenios en las que se recomienda que la ley interna se uniformice a la reglamentación contenida en el convenio, el de los reglamentos "standard" que señalan el "optimun" a que se aspira y, en fin, el de la adopción unilateral de leyes redactadas en común. Señaló como aspiración el que de la unificación de las leyes se pase a la unificación de la jurisprudencia, para lo cual sería necesario desenvolver las jurisdicciones internacionales, especialmente la del arbitraje. Concluye diciendo que el estudio del Derecho comparado y la coordinación entre las personas e instituciones que a él se dedican servirían para eliminar más de un obstáculo de los que todavía impiden el progreso de la unificación. En la discusión que siguió a esta oposición, GIANNINI refirió algunas de las causas que, según su experiencia personal, determinan el fracaso o la unificación de los convenios internacionales y MAROI señaló la alta perspectiva desde la que podía considerarse la unificación. Terminó el acto dando el profesor HAMEL las gracias en nombre de los congresistas al Instituto, a la presidencia, al secretariado y a sus funcionarios, por su amabilidad, gentileza y paciencia.

No sería completa esta reseña del Congreso si no se aludiese a lo grato del ambiente en que se desenvolvió, gracias a lo cuidado de la organización, a la exquisita cortesía italiana y a la belleza del Palacio Aidobrandini; y, ciertamente, no debe callarse la labor, por oculta no menos eficaz, realizada fuera de las sesiones, en charlas de pasillo, en cambio de impresiones en las recepciones organizadas por el Instituto para la Unificación pues ellas permitieron muy útiles contactos personales y hasta tratar el tema de la unificación del Derecho con la llaneza y la claridad de una conversación privada.

R.

El III Congreso Internacional de Derecho Comparado

(Londres, 31 julio a 5 de agosto de 1950)

Bajo los auspicios de la *Académie Internationale de Droit Comparé* se ha celebrado en Londres, entre los días 31 de julio y 5 de agosto de 1950, el III Congreso Internacional de Derecho Comparado.

De su fase preparatoria ya se dió cuenta en estas páginas (1), así como de la constitución del correspondiente Comité Nacional encargado de unificar la aportación española, que fué importante en número y calidad (2).

Asistieron los juristas españoles: Castro y Bravo, Conde García, Fenech Navarro, Gordillo García, Hernández Canut, Legaz Lacambra, Martín Balsteros, Quintano Ripollés y Serrano Serrano, cuya participación en la organización del Congreso y en las Comisiones fué considerable y merece ser recordada. En el Comité o Mesa del Congreso figuraron: Federico de Castro, como

(1) Vide: ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I-3, págs. 1053-1056.

(2) Id.: ANUARIO DE DERECHO CIVIL, II-3, págs. 1118-1119.

presidente-delegado; Luis Martín Ballesteros, como vicepresidente-delegado; Luis Legaz Lacambra y Juan Hernández Canut, como secretarios generales-delegados. En las Comisiones figuraron como presidentes de Sección, Federico de Castro y Luis Martín Ballesteros, de la de Derecho civil; Miguel Fenech Navarro, de la de Procesal civil; don Francisco Javier Conde, de la de Derecho público, y don Valentín Silva Melero, de la de Derecho penal; como secretario de Sección de la de Derecho civil actuó don Juan Hernández Canut. Igualmente redactaron Ponencias generales, en base a las especiales que con aquel fin les fueron remitidas, los señores Fenech Navarro, Gordillo García, Legaz Lacambra, Martín Ballesteros, Quintano Ripollés y Serrano Serrano.

Característica simpática y agradable del Congreso fué la amplitud de miras con que fué organizado. Fué especialmente notada la asistencia de especialistas de Derecho canónico, la que se destaca como síntoma del reconocimiento del alto significado que este Derecho merece para cualquier rama de los estudios jurídicos. También fué bien significativa del espíritu del Congreso la presencia de profesores alemanes, a uno de los cuales, el profesor Josef Müller, ministro de Justicia de Baviera se designó como uno de los presidentes de la Mesa (3), y a otro, el profesor A. Blomeyer, como uno de los presidentes de la Sección de Derecho civil. Muy especial mención debe hacerse de la labor del profesor Elemer Balogh, a cuyo celo infatigable, entusiasmo a prueba de desengaños y disgustos, se debe el buen éxito del Congreso, pues sólo su energía y habilidad hicieron posible vencer dificultades y obstáculos que desgraciadamente no faltaron y que será más piadoso silenciar (4). En señal de agradecimiento a Elemer Balogh, de elogio a su labor y de censura a los que pretendieron estorbarla, en la sesión de clausura su nombre fué saludado con entusiastas aclamaciones y aplausos de todos los asistentes, que quisieron testimoniar de modo inequívoco su adhesión y afecto; y nadie, quizás, puede unirse y se une más cordialmente a esta demostración de estima que nosotros los españoles.

Celebrado en el recinto del "Lincoln's Inn", asistieron al mismo cerca de 300 representantes de diversos países; la nutrida asistencia obligó a adoptar el sistema de división en Secciones que reunían especialistas de cada materia.

Ante la imposibilidad de dar noticia completa de cada una de las Secciones, lo que, por otro lado, excedería de los límites tradicionales de las materias tratadas en el ANUARIO, nos limitamos aquí a dar, por una parte, cuenta de las ponencias presentadas por los españoles asistentes, así como de las remitidas por otros de nuestros profesores que no asistieron al repetido Congreso, y por la otra, a hacer especial mención de las deliberaciones que tuvieron lugar en la Sección de Derecho civil, así como de las conclusiones que fueron adoptadas.

Las Ponencias presentadas fueron: *Humanismo y Ciencia Jurídica. La teoría del nombre en la España del siglo XVI*, por D. JUAN BENEDITO PÉREZ; *El pago de prestaciones debidas en moneda devaluada*, por D. LUIS MARTÍN BALLESTEROS; *Doble nacionalidad en las Repúblicas de la antigüedad y Las rela-*

(3) Los otros Presidentes delegados fueron: F. de Castro, Ernesto Cordeiro Alvarez, Choucri Cardah y Salvatore Galgano.

(4) Maniobras de las que resultó víctima, por azar, el informe—uno de los mejores presentados al Congreso—de un eminentísimo profesor vallisoletano.

ciones entre el derecho y la equidad, por D. FEDERICO DE CASTRO; *Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: El ordenamiento procesal sevillano de 1360*, por D. VÍCTOR FAIRÉN; *La realización forzosa en el proceso tributario de ejecución española*, por D. MIGUEL FENECH; *La noción jurídica de la persona humana y los conceptos relativos a los derechos del hombre*, por D. LUIS LEGAZ LACAMBRA; *La competencia penal en materia de navegación aérea*, por D. MANUEL GORDILLO; *La ampliación de los derechos del poseedor en la evolución reciente del Derecho inmobiliario* (referido al ordenamiento que regula la legislación de arrendamientos urbanos y arrendamientos rústicos), por D. JUAN HERNÁNDEZ CANUT; *La ampliación de los derechos del poseedor en la evolución reciente del Derecho inmobiliario* (referido al Derecho hipotecario), por D. PASCUAL MARÍN PÉREZ; *La equidad canónica*, por D. ELOY MONTERO; *Comparación de los métodos y de las instituciones en materia de enseñanza: Sus méritos y sus defectos*, por D. JOSÉ M. PI Y SUÑER; *El régimen de la prueba penal, Derechos de la defensa ante el Juez de Instrucción y El interrogatorio del acusado*, por D. VALENTÍN SILVA MELEIRO; *La competencia penal en materia de navegación aérea*, por D. MANUEL GORDILLO; *La no retroactividad de las leyes penales*, por D. ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS; *El estado actual de la Filosofía y de la Ciencia del Derecho en España*, por WERNER GOLDSCHMIDT; *Los derechos de los trabajadores extranjeros en España*, por D. CARLOS GARCÍA OVIEDO; *La protección jurídica de los menores en la Edad Media*, por D. RAMÓN PRIETO BANCES; *Hacia un nuevo "ins gentium"*, por D. ALVARO D'ORS; *Declaración de ausencia y de fallecimiento*, por D. IGNACIO SERRANO, y *La formación del jurista*, por D. JOSÉ E. GREÑO.

Tras una reunión preparatoria, que tuvo lugar el 31 de julio por la mañana, con objeto de organizar las sesiones, a las tres de la tarde del mismo día el Lord Canciller y el ministro de Justicia, junto con el tesorero de la Institución "Lincoln's Inn", dieron la bienvenida a los congresistas en una sesión inaugural, en la que hicieron uso de la palabra los señores Roscoe Pound, que trató el tema *La evolución del Derecho americano y sus desviaciones a partir de Derecho inglés*; Sir Percy H. Winfield, sobre *Derecho extranjero en materia de delitos*, y, por último, el profesor Henri Donnédieu de Vabres, sobre el tema *Los límites de la responsabilidad penal de las personas morales*.

Después de las disertaciones pronunciadas en esta sesión, el profesor Elmer Baiogh, secretario perpetuo de la *Académie*, dió cuenta de las actividades de la misma.

En días sucesivos, hasta el de clausura del Congreso, tuvieron lugar en los locales asignados la reunión de las distintas Secciones, en donde se discutieron cada uno de los temas propuestos.

La Sección segunda de Derecho civil en la primera reunión, celebrada el 1 de agosto, y bajo la presidencia del profesor GALVÃO TELES, se ocupó del tema *Las limitaciones legales al fraccionamiento de la propiedad inmobiliaria*, por ausencia del profesor DE JUGLART, de la Universidad de Burdeos, designado ponente general del mismo procedió a su lectura, en su nombre, el profesor CAVARÉ, de la Universidad de Reims; comienza exponiendo cómo tres hechos importantes influyen sobre la existencia de la propiedad inmueble y son susceptibles de romper su unidad, fraccionándola: el ejercicio de la acción hipotecaria, la partición tes-

tamentaria y las relaciones contractuales de las cuales puede ser objeto. Existe un verdadero interés en sustraer la explotación rural, en la medida de lo posible, a la acción perturbadora de ciertas regías del derecho de crédito, del derecho de sucesiones y del derecho de la contratación. La intervención del legislador, en este sentido se manifiesta en tres hipótesis que expone por el siguiente orden: Limitaciones legales al fraccionamiento de la propiedad inmobiliaria; en el derecho de crédito y en el sucesorio, distinguiendo dentro de éste distintos supuestos, según que el padre o el causante haya practicado o no la partición; en el derecho de contratación, y, por último, las que se derivan de la reorganización inmobiliaria. La circunstancia de que la ponencia se refiriese tan sólo al Derecho francés determinó que los asistentes debatieran el tema, exponiendo cada uno las particularidades del Derecho de su país para después, de este modo, adoptar unas conclusiones generales. El profesor CHEHATA (El Cairo) señala cómo en su país la legislación se inspira en un sentido individualista, estando por ello la propiedad sumamente fraccionada, sin que obste a la existencia de grandes propiedades su legislación conoce el retracto, llamado entre ellos *chefa*; el profesor BLANCO (Habana) advierte cómo en Cuba su Derecho es como el español, y que el único destello peculiar de las limitaciones objeto del tema son las que se refieren al derecho del trabajador a permanecer ocupando la tierra en las explotaciones azucareras; por su parte, el profesor KIRALFI (Londres) expone la innovación introducida en 1947 en Inglaterra por la llamada "Agriculture Act", según la cual se impide la división de la propiedad por debajo de cierto límite, la llamada "agricole unity"; el profesor AFCHAR (Teherán) destaca cómo en su país la regulación de esta materia tiene su base religiosa en el Derecho Islámico; en cuanto a las causas del fraccionamiento de la propiedad, dice cómo en su país sólo la venta la motiva, y que el retracto tiene allí poco predicamento; CABRAL DE MONCADA (Lisboa) se expresa en el sentido de que en Portugal se advierte la progresiva evolución de su Derecho hacia la tendencia de sustituir la legislación individualista por una de carácter social, y de ello es buena prueba el artículo 107 del Decreto número 16931 del año 1933, que prohíbe toda división de la propiedad en fracciones inferiores a media hectárea; MATINE DAF-TARY (Teherán) insiste en las manifestaciones del profesor AFCHAR de que la propiedad en su país, por ser algo casi sagrado, no admite restricciones legislativas, y es por ello por lo que con frecuencia tiene allí un carácter feudal, con preeminencia del latifundio en perjuicio de las clases económicamente más débiles; HERNÁNDEZ CANUT (España) destaca cómo en el Derecho español se hace necesario distinguir entre las normas contenidas en el Derecho común y las que recoge el Derecho foral; como en el primero, merced a los retractos de colindantes, comuneros, etc., y en especial los derivados de la legislación arrendaticia rústica se evita, aunque de modo indirecto, un excesivo fraccionamiento de la propiedad, circunstancia que se advierte sobre todo en el Derecho foral —cuya existencia y características expuso sucintamente a los presentes—, en el que dos instituciones constituyen a su juicio la representación típica de estas limitaciones que tienen como objeto un interés económico-familiar superior: la "casa aragonesa" y la "sociedad familiar gallega". Por último, el profesor GALVAO TELES (Lisboa) traza magistralmente las especialidades del Derecho portugués a este respecto, destaca el contraste entre el Derecho constitucional

y el Derecho civil, pues mientras en la constitución se asigna un fin social a la propiedad, la legislación civil no sigue este camino y adolece del defecto de ser excesivamente individualista; en todo caso la única limitación existente es la posibilidad de un acuerdo de no fraccionar la propiedad, acuerdo que, sin embargo, no podrá tener una duración superior a cinco años.

Al finalizar la intervención de cada uno de los asistentes a esta primera reunión de la Sección de Derecho civil, se sometieron a discusión las conclusiones, aprobándose las siguientes: 1) El fraccionamiento de la propiedad inmobiliaria está todavía admitido, casi sin limitación, en un gran número de países; 2) en otros, por ejemplo, Francia, la legislación se orienta actualmente en el sentido de limitar el fraccionamiento de la propiedad inmobiliaria en la medida impuesta por las necesidades económicas y sociales de la familia; 3) esta orientación es la más conveniente, pero con la prudencia necesaria para evitar restricciones excesivas que anulen la libertad individual y sin olvidar las exigencias económicas especiales de los países en las que predomina la gran propiedad; 4) la cuestión, en definitiva, debe ser contemplada en el conjunto de problemas enmarcados dentro de la llamada "socialización o institucionalización de la propiedad", es decir, considerar la propiedad como teniendo un fin social.

Con el Dr. HUGO CABRAL DE MONCADA, como ponente general se trató el tema *La prolongación de los derechos del poseedor en la evolución reciente del Derecho inmobiliario*, adoptándose como conclusiones generales la de que si bien era conveniente esta prolongación de los derechos del poseedor en cuanto le unían más a la tierra, se debía buscar una solución que luciese compatible aquélla con los derechos del propietario.

El tema *Las prestaciones debidas en moneda desvalorizada* tuvo como ponente general al profesor LUIS MARTÍN BALLESTEROS, quien de modo maestro destacó los puntos sobresalientes de las distintas ponencias presentadas, adoptándose, en relación con el tema, las siguientes conclusiones: 1) la posibilidad en determinados países de que las partes prevean la desvalorización de la moneda y establezcan soluciones que alejen los inconvenientes de esta desvalorización, especialmente la "cláusula de revisión" y la "cláusula oro"; en otros países, sin embargo, tales cláusulas no se admiten; 2) el primer sistema sólo puede ser admitido con las debidas restricciones y garantías impuestas por los intereses económicos generales; 3) si las partes no prevén la devaluación, es aconsejable que la ley ordene la actualización de la prestación del deudor, pero ello sólo en orden a los contratos de cumplimiento sucesivo o de larga duración y en circunstancia, según las cuales se pueda considerar admisible o deseable la teoría general de la revisión de los contratos.

El profesor ARWED BLOEMEYER hizo el *rapport* general del tema *Garantías contra la evicción y los vicios*, adoptándose como conclusiones generales que en los tiempos actuales existe en esta materia cierta uniformidad que debe ser apoyada, sin que ello obste a que se introduzcan algunos otros remedios existentes en otros países para satisfacer los casos individuales que puedan presentarse.

El profesor PAN J. ZEPoS, al exponer la ponencia sobre *La teoría de la imprecisión en los contratos y la frustración*, señala cómo quizás fuera conveniente adoptar como conclusión al tema tratado lo que se expone en el artículo 388 del

nuevo Código civil griego de 1946, el cuál da al juez facultad discrecional para no obligar al cumplimiento de lo contratado existiendo imprevisión, ya que está probado que resulta más duro obtener la ejecución de lo convenido que ceder el beneficio obtenido; el juez no debe actuar fráuente, sino que, por el contrario, debe tener el máximo cuidado en todo lo que se refiere a una posible intervención en el contrato entre comerciantes.

Una de las más interesantes ponencias generales de la Sección de Derecho civil fué la presentada por el profesor IGNACIO SERRANO SERRANO, sobre el tema *Declaración de ausencia y de fallecimiento*, que dado lo completo del mismo, determinó una muy breve discusión, ya que contenía todos los supuestos que unánimemente se acordó elevar como conclusiones generales, destacando la especial importancia que en la materia tenían las conocidas cuestiones de orden público y, desde luego, las de índole religiosa, sobre todo por lo que hace al matrimonio contraído por el cónyuge presente.

Los profesores J. CARBONNIER y R. KURATOWSKI desarrollaron la ponencia sobre *Prescripción*, llegándose a acordar, como conclusiones generales, la de que algunos plazos de prescripción pueden resultar demasiado cortos para que sean justos para el acreedor, máxime cuando alguna presión política o social puede venir a proteger al deudor; en este sentido el juez debe poseer los poderes adecuados para resolver en cada caso que se le presente; consideran que la *obligación natural* que surge de un derecho prescrito es término más adecuado que el de *obligación legal*.

Las cláusulas penales en los contratos de Derecho privado y su respeto por los Tribunales, fué el tema de la ponencia desenvuelta por el profesor NORMAN S. MARSH, quien propuso como conclusiones generales la de que la orientación a seguir en esta materia depende mucho de si las partes actúan en un plano de igualdad o por estar subordinadas una a la otra una de ellas actúa de modo abusivo; estima que el adecuado tratamiento a este problema puede encuadrarse dentro de la idea de considerarlo como integrante del orden público o como resultante de la buena fe.

M. E. GANAIDO, juez en la Corte Suprema y antiguo profesor en la Universidad de Maita, expuso el tema relativo a *Personas o autoridades a las cuales puede ser conferido el encargo de administrar la sucesión y de proceder a la partición: sus derechos y obligaciones*. Este tema de ejecución testamentaria dio lugar a debatida discusión, coincidiendo los asistentes en adoptar la conclusión esencial de que era preciso en todo caso una estrecha vigilancia de los Tribunales en todo lo que se refiriese a ejecución de la voluntad del testador, destacando la máxima conveniencia de que en todos los países hubiese, como ocurre en España, un Registro de los actos de última voluntad, que facilitaría en gran medida la localización de los llamados a la sucesión, siendo aconsejable, siempre que fuera posible, que en el citado Registro se contuviesen, no solamente los nombres y apellidos, sino incluso las direcciones de aquéllos; para el supuesto de fallecimiento intestado, considera sumamente difícil la solución a dar al problema.

Cerró los trabajos de la Sección de Derecho civil la ponencia general magníficamente desarrollada por el profesor INOCENCIO GALVÃO TELES, sobre el tema *Cesión de contratos*, señalando cómo es quizás incorrecto el tratar el contrato

como cosa singular; el derecho y los deberes, según su naturaleza, deben ser tratados diferentemente; la cesión de los derechos, así como la asunción de los deberes por un tercero, requieren el consentimiento del acreedor y es un tipo diferente de transacción; algunos sistemas, como el inglés, requieren una novación de deberes cuando es creado un nuevo contrato y se destruye el antiguo. Examina los distintos supuestos a que puede dar lugar la cesión, y dado lo completo de la ponencia presentada, se acuerda aceptar las conclusiones expuestas, destacándose como conveniente una necesaria evolución de la legislación relativa a la cesión de contratos, la cuál resulta un útil auxiliar para las relaciones económicas legales pero teniendo en cuenta siempre que deben salvaguardarse los derechos del acreedor, quien no debe ser obligado a aceptar un nuevo deudor contra su voluntad.

En forma parecida actuaron las otras Secciones, que se ocuparon de Historia del Derecho, Derecho canónico, Etnología jurídica, Derecho oriental, Filosofía del Derecho, Estudio y enseñanza del Derecho, Derecho internacional privado, Procedimiento civil, Derecho mercantil, Derechos intelectuales, Legislación industrial, Derecho público, Derecho penal y Derecho internacional público, de cuyas conclusiones no damos cuenta, ya que, de un lado, excedería de los límites de una nota informativa, y de otro todavía se hallan en curso de publicación algunas de las conclusiones adoptadas.

En la reunión de clausura que tuvo lugar en el Old Hall de Lincoln's Inn, a las diez de la mañana del sábado día 5 de agosto intervinieron el honorable LORD REID, que desarrolló el tema *La aplicación del Derecho penal en Escocia*; MONSEÑOR ROBERTI, con el tema *El papel del Derecho canónico en el Derecho comparado*; el profesor LEOPOLD WENGER, con el tema *La historia del Derecho como fundamento del Derecho comparado*; el profesor GIORGIO DEL VECCHIO, con *La Unidad del espíritu humano como base de la comparación del Derecho*, y el profesor japonés KENZO TAKAYANAQU, que cerró el acto con el tema *La recepción de los Derechos extranjeros en el Japón*.

I Congreso Internacional de Derecho procesal civil

(Florencia, 30 de septiembre-5 de octubre de 1950)

Durante los citados días la *Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo civile* reunió en dicha ciudad, y posteriormente en Bologna y Padova, a un grande y brillante grupo de procesalistas de diversos países.

Tratábase especialmente—como dijo el profesor CALAMANDREI en su prolocución inaugural—de reanudar el contacto entre los procesalistas, interrumpido por bastantes años a causa de las desdichadas contingencias internacionales. A este efecto, el Comité organizador presidido por el referido profesor de Florencia y compuesto por los profesores FURNO (Italia), FAIRÉN (España) y HEINTZ (Alemania) y Avv. PREDIERI y LAGORIO, elaboró un extenso plan de invitaciones, que se cumplió en gran parte a pesar de las dificultades de distancia y fronteras.

Los objetivos científicos del Congreso comprendían tres ponencias de gran interés, como a continuación podrá verse:

El día 30 de septiembre, en el Aula Magna de la Universidad florentina, bajo la presidencia del profesor REDENTI, presidente de la *Associazione*, acompañado del ministro de Justicia, honorable profesor ATTILIO PICCIONI; por el rector Mfco. de la Universidad y otras personalidades, se celebró la sesión inaugural.

Pronunciaron palabras de bienvenida el rector de la Universidad, profesor BORGHI; el ministro PICCIONI; el presidente de la Corte de Apelación de Florencia, S. E. GALIZIA, y después el profesor REDENTI, presidente del Congreso.

El profesor CALAMANDREI pronunció el discurso inaugural sobre el tema *Proceso y justicia*.

A continuación, el Congreso comenzó sus trabajos en régimen de sesiones plenarias.

La primera ponencia, a cargo de los profesores ESPÓSITO (Nápoles) y ANDRIOLI (Pisa), versó sobre el tema, apasionante en estos momentos para los juristas italianos, que se encuentran con la novedad del sistema, *El control jurisdiccional de las leyes*. La discusión del tema fué muy animada. Intervinieron en ella los profesores DA CUNHA (Río de Janeiro), ALCALÁ-ZAMORA (Méjico), POHLE (Alemania) y SCHIMA (Austria), así como los italianos profesores CARNELUTTI, GUARINO y CALAMANDREI.

En sucesivas sesiones se desarrollaron la segunda y tercera ponencias. La segunda, a cargo de los profesores SATTA (Génova) y MICHELI (Parma), versó sobre el tema *La tutela del Derecho en el proceso*. Especialmente interesó al Congreso y provocó una larga discusión la ponencia y posición pesimista del profesor SATTA, a analizar más detenidamente (como todo el contexto científico del Congreso), apenas estén publicadas las actas de las sesiones. Intervinieron en la discusión los profesores CARNELUTTI, SCHIMA, ANGELLONI, FURNO, ESPÓSITO, REDENTI, CALAMANDREI, LIEBMAN, GUASP y ALCALÁ-ZAMORA.

La extensión de la interesantísima discusión provocó un retraso en las labores del Congreso, que ya no pudo ganarse; por ello hubo de ser suprimida la discusión de la tercera ponencia.

Esta, a cargo de los profesores ALLORIO (Milano) y CARNACINTI (Bologna), versó sobre el tema *Los estudios de Derecho procesal civil en Italia*; el trabajo se limitó a la exposición de la misma por los ponentes.

El número de comunicaciones presentadas era de 18: Profesor ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, *Apport hispanique à la diffusion des études italiens en matière de procédure*; profesor ARANGIO-RUIZ, *Nuovi espetti del processo romano in un fascicolo ercolanese*; profesor OSCAR DA CUNHA, *O dever da verdade no processo brasileiro*; profesor PONTES DE MIRANDA, *Natura giuridica della decisione di incostituzionalità*; profesor D'ONOFRIO, *Codice di procedura civile e leggi speciali*; profesor ESTELLITA, *Mandado de segurança contra ato jurisdiccional*; profesor FAIRÉN GUILLÉN, *Una perspectiva histórica del proceso: la "itis contestatio" y sus consecuencias*; profesor FURNO, *Judicium accipitur actus... considerazioni preliminari sul procedimiento come categoria tecnico-juridica autonoma*; profesor GARBAGNATI, *Il giudice di fronte alla legge ingiusta*; Avv. GAUDENZI, *Il diritto futuro nel quadro degli studi di diritto processuale*.

civil; profesor GUASP DELGADO, *Reducción y simplificación de los procesos civiles especiales*; profesor LIEBMAN, *Osservazioni sullo studio della storia del processo civile*; profesor MINOLI, *Orientamenti della Corte di Cassazione italiana in tema di acquiescenza*; profesor PAVANINI, *Problemi di diritto internazionale in ordine ai provvedimenti di giurisdizione volontaria*; profesor PROVINCIALI, *Appartenenza didattica al processualista dell'insegnamento del diritto fallimentare*; profesor SEIDL, *Kausales Rechtsdenken und Geschichte des Prozessrechts*; profesor SCHIMA, *Limiti della tutela giuridica*; profesor VOCINO, *Sulla recente riforma parziale del C. P. C. italiano*.

Debido a la escasez de tiempo, no pudieron ser leídas todas las comunicaciones; los profesores italianos cedieron galantemente su turno a los extranjeros en dicha lectura.

El presidente de la *Associazione italiana* y del Congreso, profesor REDENTI, después de recibir iniciativas por parte de varios congresistas, propuso a la asamblea la transformación de dicha *Associazione italiana* en una Asociación o Instituto Internacional de Derecho Procesal Civil; la asamblea aprobó el primer paso con este fin, es decir, el nombramiento de un Comité internacional que prepare la constitución de dicha entidad. Los nombramientos de miembros del Comité recayeron sobre los profesores REDENTI (presidente, Italia), SCHONKE (Alemania), SCHIMA (Austria), FAIRÉN (España), COUTURE (Uruguay), ALCALÁ-ZAMORA (Méjico), OSCAR DA CUNHA (Brasil) y WINESS MILLAR (Estados Unidos), asistidos por los secretarios del Congreso profesores CARNACINI y FURNO.

El Comité comenzó inmediatamente sus trabajos, que continúan actualmente.

El Congreso se reunió un día en la Universidad de Siena, en donde tuvo lugar a una de las sesiones; y terminadas las de Florencia, se trasladó sucesivamente a las ciudades de Bologna y Pádova, en donde en emotivos actos, celebra los en las respectivas Universidades, fueron entregados a los profesores REDENTI y CARNELUTTI los volúmenes de escritos y estudios elaborados en su honor por los juristas italianos y extranjeros.

El Congreso, espléndidamente organizado por la *Associazione Italiana*, cumplió ampliamente sus fines: de un lado, los científicos, por la cantidad y calidad de trabajo desarrollado y por las destacadísimas figuras que en él intervieron; del otro, por haber conseguido poner de nuevo en contacto a los procesalistas de los diferentes países después de largos años de forzado aislamiento. Muestra de lo conseguido es el agrado con que se recibió la propuesta de constituir una Asociación Internacional de Procesalistas.

El libro de actas de las sesiones está actualmente en prensa. Su aparición hará posible completar esta información con la puramente interna y científica.

II. NOTAS CRITICAS

Sobre la definición de Derecho Mercantil

(Comentario a un artículo)

ANTONIO TENA

Notario

I

El ya tradicional problema de la progresiva desarticulación del Derecho privado ha recibido entre nosotros últimamente nuevo y atractivo planteamiento. Un poco desdenada la cuestión por los civilistas, que la contemplaban desde un ángulo muerto, ha venido constituyendo terreno predilecto de los mercantilistas, que forcejeaban por afirmar la naturaleza y el concepto autónomo de su materia específica. A su alrededor se agrupaban los capítulos acerca de las relaciones entre el Derecho civil y el mercantil, la unidad o dualidad de Códigos, la aparición del nuevo Derecho de la Economía y otros afines que abrían los tratados consagrados al Derecho del comercio.

La configuración del Derecho mercantil y su personalidad respecto del civil ha venido operándose tradicionalmente desde un doble ángulo: o bien objetivamente a través de los actos de comercio diversamente caracterizados y cuya más reciente manifestación parte de su consideración como actos realizados en masa; o bien, atendiendo principalmente al sujeto de la actividad, como Derecho de la profesión mercantil, tendencia hoy prevaleciente a través de su formulación como Derecho de las empresas. Esta última es la postura de la doctrina española más autorizada, en gran parte coincidente con la alemana y la italiana contemporáneas. Mientras que la literatura francesa, muy ligada a su Código de Comercio y al movimiento político liberal y antiprofesional que lo inspira, sigue fiel al criterio de delimitación objetiva de la materia mercantil.

Frente a todas estas posiciones, una nueva dirección se apunta en dos artículos recientemente publicados en la *Revista Española de Derecho Mercantil*: uno de CONDE (*La transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo*) y otro de RUBIO (*Sobre el concepto de Derecho mercantil*). Cuauquiera que sea la posición que sobre el fondo de la doctrina allí sentada se adopte, no cabe ignorar la originalidad con que de nuevo se plantea el viejo problema y la importancia del camino que para su esclarecimiento aquí se abre. Con su perspicacia y autoridad reconocida de todos, Federico de CASTRO lo recoge ampliamente en la nueva edición de su *Derecho civil* y subrayando su importancia, aunque no sin significativas salvedades. Ciento que estas salvedades

se ofrecen, a nuestro juicio, menores en su más reciente artículo sobre la crisis de la Sociedad anónima, publicado en la *Revista de Estudios Políticos*.

II

En el movimiento doctrinal, que se esfuerza por encontrar una delimitación teórica al impreciso y oscilante Derecho mercantil, apenas figura Francia, limitada a sus métodos favoritos puramente exegéticos durante los tres cuartos de siglo que siguen a la codificación y poco dispuesta siempre—lo cual no es siempre un defecto—a la construcción jurídica y menos de los conceptos generales. El comercialismo francés opera siempre a base de la delimitación de los actos de comercio de su Código, interpretados por su jurisprudencia no ciertamente sin advertir sus dificultades e insuficiencias. Pero estas últimas no le apartan, en todo caso, del criterio de delimitación objetiva. Ni siquiera ha intentado una justificación más o menos teórica que le sirviera de base. Solamente Thaller, en un meritorio y reconocido esfuerzo—muy parecido al que después intentara Rocco en Italia—, ha pretendido encontrar el dato económico caracterizador de la materia mercantil en la participación en la circulación. La noción sobre la que se apoyan las leyes del comercio, en el momento de delimitar la materia mercantil afecta, según este autor, más que al dato tradicional de la mediación, al de circulación, es decir, “a la actividad encaminada a hacer llegar un producto a aquellos lugares donde es requerido para su utilización, adquisición o consumo” (*Traité*, núms. 6 y 7).

Los fallos hoy advertidos en esta construcción del maestro de la generación mercantilista francesa de hoy, unidos a la conocida despreocupación de los privatistas del país vecino por el tratamiento teórico y con carácter general, desintegrado del ordenamiento nacional de los problemas jurídicos, ha hecho que la determinación del concepto y naturaleza del Derecho mercantil haya seguido moviéndose sobre el terreno tradicional de los actos de comercio. Así, ESCARRA, por no citar sino el autor del tratado más extenso y prestigioso entre los recientes, después de sentar como afirmación inicial de sus *Principes* la imposibilidad de una definición precisa y completa del Derecho mercantil, insiste en afirmar que la “materia de comercio” objeto de esta ciencia es la actividad mercantil; esto es: a) Los actos de ciertas personas—los comerciantes—; y b) Ciertas operaciones—“los actos de comercio”—que, según aclara, son aquellos que se caracterizan por interponerse en la circulación de los valores económicos (pág. 56).

III

En esta situación la lectura de un artículo publicado en la *Revue trimestrielle de Droit Commercial* produce al aficionado español a los problemas de Derecho mercantil muy variadas clases de sorpresa. Año y medio después de la aparición de los artículos de CONDE y RUBIO, y transcurrido un año después de haber dado cuenta en la propia *Revue* de la aparición y lectura del de este último, se publica, bajo la firma de Gérard LYON-CAEN, un breve trabajo titulado *Contribution à la recherche d'une définition du Droit commercial*; la sor-

presa—aunque naturalmente ésta es la menor—se produce ya por el título mismo. Es muy raro que a las revistas francesas preocupen tales problemas, y basta con ojear los índices de las más prestigiosas; también sorpresa por el contenido, totalmente en pugna con los precedentes doctrinales. Y, sobre todo, sorpresa por las citas y referencias, donde los argumentos expuestos en el texto pretenden apoyarse. Fuentes literarias, la mayor parte de ellas bien conocidas del lector habituado a estos problemas, pero donde jamás pudo pensar que se encontrasen materiales para una delimitación histórica del Derecho mercantil. Porque esto es, en efecto, lo que un poco milagrosamente se encuentra en el artículo.

Indudablemente que las recientes tesis españolas, incluso en la forma más extrema y original de RUBIO no se han producido por generación espontánea. Se enlazan, en primer término, con una posición historicista, hoy general, y cuyas más representativas raíces son bien conocidas en Centroeuropa. Se apoya, más concretamente, en las investigaciones sobre el espíritu y el fenómeno capitalista que arrancan de WEBER y SOMBART. Y en el terreno puramente jurídico se enlaza con el movimiento general de unidad y unificación del Derecho privado desde VIVANTE a ROTONDI y con la crítica del Derecho mercantil, como Derecho de las empresas, y la preocupación de encuadrar histórica y económicamente el Derecho privado, cuyos ecos más próximos no suenan precisamente en Francia, sino en la doctrina alemana e italiana de los últimos decenios, desde GIERKE (J.) a ASCARELLI.

Con ninguna de estas fuentes, y menos con la más reciente y concreta española, a pesar de que, según se ha indicado, les es perfectamente conocida, afirma tener contacto M. LYON-CAEN. Parte, por el contrario, de las definiciones de los mercantilistas franceses, empezando por el de su ilustre homónimo. Las reputa de equivocadas e insuficientes, lo cual no le impide dar, apoyándose en ellas, un salto prodigioso que, a pesar de la pertigia marxista en que se apoya, no nos explicamos bien, sobre la base del siguiente argumento: Puesto que el Derecho mercantil es el Derecho de los comerciantes, puesto que los comerciantes constituyen un estado social, puesto que todo estado social responde al predominio de una clase y la clase predomina por una determinada organización y producción de las riquezas, y dado que esta organización es el capitalismo, "propongo para el Derecho comercial la definición siguiente: es el Derecho de las instituciones específicas del régimen llamado capitalista".

Y a continuación, para justificar tan rapidísima conclusión y las raíces posibles del razonamiento, cita con exclusiva abundancia la obra de RIPERT: *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, donde este ilustre jurista, si bien expone con especial acierto la indiscutible influencia del régimen económico de un momento dado—el nuestro—sobre sus instituciones jurídicas, no toca, ni siquiera de pasada, el problema del concepto y delimitación, naturaleza y contenido del Derecho mercantil, ya que nada tiene que ver el que se reconozcan las influencias del sistema económico vigente sobre el ordenamiento jurídico general privado y, sobre todo, el mercantil—recuérdese, por ejemplo, las "notas diferenciales" señaladas con la doctrina dominante desde Ehrenberg a Garrigues—con el criterio que se adopte sobre el concepto y la delimitación del

último. Y la prueba de este obvio hecho nos la ofrece el propio RIPPERT, que dos años después de la publicación de *Les aspects juridiques*, en su reciente *Traité élémentaire de Droit commercial* (1948) sigue definiendo el Derecho mercantil como el Derecho privado que regula las operaciones jurídicas hechas por los comerciantes, sea entre ellos o sea con sus clientes, operaciones que cabalmente, por referirse al ejercicio de esta profesión, son llamadas actos de comercio. A su juicio, la delimitación de la materia mercantil no se ha formulado nunca de manera precisa, y los sistemas tradicionales, tanto subjetivos como objetivos, requieren una determinación exacta del comerciante o de los actos de comercio. El conocido círculo vicioso surge del hecho de que el uno tiene necesariamente que apoyarse en el otro. El autor se inclina finalmente por un sistema mixto, que siendo en primera línea profesional, de acuerdo con la tradición (el Derecho mercantil, afirma, ha sido Derecho profesional hasta la Revolución), no se desinteresa totalmente de la naturaleza mercantil que por su forma o por su objeto presentan ciertos actos.

Como se ve, todo ello está bien lejos de la delimitación histórica del Derecho mercantil.

IV

En realidad, el artículo de LYON-CAEN ni por su extensión ni por su contenido merecía este comentario. Salvo la idea general, algunos comentarios sobre la evolución histórica del Derecho del comercio, distinguiendo entre momento precapitalista y capitalista y alguna alusión al problema de la comercialización del Derecho civil, ecos lejados y desvaídos en las tesis de RUBIO, carece en absoluto de interés. Pero sí puede tenerlo al señalar una vez más los especiales procedimientos con que se manejan y utilizan las cosas y los problemas de la "desconocida España", para volver a afirmar siempre que conviene, y a veces aunque no convenga, nuestra ignorancia tradicional en todos los terrenos y la falta de cualquier contribución española al desarrollo de la cultura y de la ciencia.

En torno a una traducción

La «Common Law». Roscoe Pound.

I. LA TRADUCCIÓN.—Mientras se va leyendo un libro no es raro que a su hilo se vayan enredando reflexiones sobre las cuestiones que él plantea o sobre otras que con ellas asocia la imaginación; de este modo, la lectura de una reciente traducción han hecho nacer las inconexas consideraciones y preguntas contenidas en esta nota.

Se trata de "Las grandes tendencias del pensamiento jurídico" de *Roscoe Pound*, traducido por José Puig Brutau (1). Libro presentado con decoro y cuidado por el traductor, como lo demuestra su "Estudio preliminar" y las notas al pie de texto, con las que se trata de explicar al lector la terminología y peculiaridades de los Derechos inglés y norteamericano. Sobre la exactitud de la versión y la fortuna de su léxico algún lector meticulozo y que la compare con el original quizás pueda anotar máculas no borradas en un texto que, en general, puede alabarse de correcto (2).

Bastante se ha escrito sobre la dificultad de traducir, sobre méritos y cuñas de los que se dedican a esa desagradecida tarea pero todavía falta quien ajuste despacio las cuentas a los traductores de libros de Derecho, que ciertamente constituyen una clase especial. La materia del libro traducido hace que pueda clasificarle en un apartado especial; trata de materias propias de la Filosofía del Derecho de general interés, y tiene todavía las ventajas de ser de obra no fácilmente asequible al lector español y de un autor, como Roscoe Pound, de máximo prestigio internacional. A lo más que podríamos llegar en un balance exigente es a poner en su debe una interrogación: ¿Es acertada la elección dentro de la misma obra de Pound? ¿Por qué se ha traducido un libro que se publicó allá por el año 1922, cuando durante los veintiocho años transcurridos han sucedido hechos trascendentales en la vida política y científica, y que han tenido también su reflejo en la obra posterior de Pound? (3). De todos modos es de estimar la intención y el esfuerzo del traductor.

(1) Ediciones Ariel. Barcelona, 1950.

(2) Suenan extrañamente algunas frases como, por ejemplo, "relatar una historia de nombres" (pág. 54), "el sucesor de Ahrens en Bruselas rindió homenaje a la jurisprudencia histórica por su feudo sobre el Derecho natural" (pág. 96) (¿no será *enemiga* hacia traducción de "feud", en el sentido de "fehde"?; también, vide páginas 118, 148, 163).

(3) Por ejemplo: *Contemporary Juristic Theory*, 1940; *Social Control through Law*, 1942; *The Task of the Law*, 1944.

2. LA "COMMON LAW".—En el "Estudio preliminar", el traductor no se contenta con querer iniciar a los juristas españoles en los misterios del sistema anglosajón, sino que con simpático entusiasmo nos canta sus excelencias y, con toda razón y algunas buenas razones, nos dice el interés que tiene su aprendizaje; mas resulta un exceso de celo el que, después de predicarse la conveniencia de la unificación del Derecho, se nos diga: "El nuevo Derecho común de Europa ha de buscarse en lo que los anglosajones llaman el Derecho del caso" (página XL) y que, contraponiéndose el "Common Law" al Derecho codificado, se acuse a éste de "hundir hasta el fondo de la vida social el tabique sin poros de la diversidad de soberanías" (pág. XLII).

Estas frases y en general el tono del "Estudio preliminar", nos ha en recordar una información fechada en Londres y publicada hará cuatro años en un periódico madrileño, en la que se ponderaban las buenas posibilidades y las ventajas de una expansión del Derecho inglés en los países continentales. Un tanto después, en broma y en serio, se le comentaba en un artículo de un boletín de información con el título: "¿Los sistemas jurídicos nueva arma secreta?" (4). Ilusiones y suspicacias explicables, ya que muy en serio se ha dicho hace poco que la difusión del Código Napoleón fué exponente y vehículo del predominio cultural francés y que al poder político creado por Bismark se debe el moderno influjo general de la ciencia germánica; aunque no convincentes, porque en la vida de la cultura no es lo decisivo el mayor poder material (5). Por todo ello, parece que lo que hay que preguntarse es: ¿En el mutuo influjo cultural de los pueblos civilizados tiene el sistema de la "common law" posibilidades de expansión a costa de los sistemas continentales? Y para responder a ta' pregunta, con razonable probabilidad de acierto hay que considerar objetivamente a la "case law" y a la "common law"; al modo de crearse y al contenido de este Derecho.

Es una polémica ya muy vieja la planteada sobre el poder de los jueces, y escritores de tan distinta mentalidad como Aristóteles, Santo Tomás, Austin y Jhon Adams han coincidido en considerar preferible el gobierno de las leyes;

(4) En donde se decía, entre otras cosas: "La fuerza de las ideas es mayor que la desarrollada por la descomposición del átomo, pero su manejo es mucho más delicado: la discreción es la máxima garantía de su eficacia. La lucha cultural tiene ya pocos secretos; pero es tan lenta en sus resultados, que la impaciencia del hombre moderno añora fórmulas de inmediata eficacia. ¿Qué instrumento más poderoso se tendrá con el trasplante *in complexu* de modos de vivir? He aquí por qué se ha vuelto la mirada a la expansión pacífica de los sistemas jurídicos. Incorporan y dan vigor institucional a los principios básicos, últimos motores de la conducta de los pueblos. El triunfo real de un sistema jurídico extranjero es el signo de la victoria completa sobre los hombres indígenas. Preparar la infiltración y, al fin, la expansión efectiva del propio sistema jurídico es el arma secreta; incruenta, pero de máxima eficacia, no destruye el cuerpo, pero esclaviza el espíritu."

(5) El momento de mayor expansión del Código y de la doctrina francesa fué después de la derrota napoleónica; la hegemonía de la ciencia alemana se establece al reconocer su superioridad los juristas de las potencias vencedoras (Francia e Italia) en la primera guerra mundial. Puede recordarse también a los romanos yendo a aprender Filosofía a Atenas y a los germanos victoriosos sometiéndose al Derecho romano bizantino.

pero, no es ocasión de discutir de nuevo sobre esta "vexata quaestio" (6), sino que lo que importa es señalar el carácter que el "case law" ha recibido de la vinculación al precedente ("stare decisis"), como contrapunto necesario y justo del poder de los jueces en el sistema inglés (7). No habrá que insistir, por sobradamente sabido, en que una decisión definitiva de la "House of Lords" tiene valor definitivo para todo Tribunal y que una regla—aún no afirmada terminantemente por ella—tiene el mismo valor si se apoya en una práctica judicial prolongada y coherente; una y otra sólo puede ser variada por una Ley parlamentaria. Lo que importa destacar a nuestro objeto es que ese imperio del precedente ha sido el que ha llevado a su actual decadencia a la "Common Law".

Es natural que el culto al precedente origine una mentalidad conservadora, pero lo grave es que el culto al precedente haya llegado así, sin otra razón, a mantener soluciones generalmente reconocidas como injustas e ilógicas; por ejemplo, en los archiconocidos y hasta escandalosos casos de "contributory negligence", "mistake of law", "common emp'oyment". Cuando la jurisprudencia ha llegado en estos o en otros casos a consolidar como precedente una regla claramente injusta, no hay más que una salida, acudir a una ley que imponga la solución justa. En diversas ocasiones así lo ha hecho el Parlamento y hasta los mismos jueces han creído necesaria la creación del "Law Revision Committee", para revisar la "Common law", y sustituir o derogar por leyes parlamentarias ("statutes") las reg'as anticuadas e inadecuadas que mantiene la jurisprudencia (8). La falta de agilidad del sistema del "case law" es así causa de la progresiva disminución de la "common law" y del crecimiento, a su costa, del Derecho legislado. Situación que se agravará por la tendencia de los jueces anglosajones a cerrar toda posibilidad de desarrollo al sistema, negando expansión analógica a las reglas jurisprudenciales y reduciendo a estricto casuismo hasta los conceptos utilizados por los Códigos como válvulas de seguridad (9).

De tanta o mayor importancia para valorar el sistema es que el hábito mental originado por la "case law" ha hecho a la judicatura educada en ella, especialmente inapta para la interpretación de los textos legales; pues los entienden

(6) Vide literatura en F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, I, 1949, págs. 493-510. Ultimamente se han señalado como desventajas del Derecho creado por los jueces: 1.º, aparecer como Derecho de una clase profesional, no del pueblo; 2.º, ver el Derecho al revés, desde su incumplimiento, en casos límites, con lo que " pierde de vista el carácter de todo el Derecho, su originaria unidad con la vida social" (ESSER: *Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und Staates*, 1949, pág. 120).

(7) Jueces no vinculados al precedente se conciben sólo en la llamada justicia del Cadi (primitiva e intuitiva) y en los Tribunales políticos, a los que hoy no se consideran jueces verdaderos, por no aplicar Derecho.

(8) Comp. sus informes sobre la máxima "actio personalis moritur cum persona", recuperación del interés debido; no regreso entre los deudores por delito civil; responsabilidad de la mujer casada y del marido por delito civil; prescripción; fraude y "consideration"; la regla del caso *Chandler v. Webster*; sobre "contributory negligence".

(9) El importante "dictum" de LORD HALSBURY en el *Janson Case* ("niego que un Tribunal pueda inventar un tipo de orden público") deja reducido el "orden público" a las hipótesis en que había sido ya aplicado por la jurisprudencia, negando la posibilidad de ninguna otra nueva aplicación del concepto por los Tribunales.

como recopilación de soluciones de una serie inconexa de casos particulares, sin querer ver o poder encontrar el sentido general o los principios propios de la ley (10). De este modo, entendiendo las definiciones o descripciones legales como enumeración exhaustiva de poderes y fines, se ha llegado a resultados no sólo inadecuados e injustos, sino hasta merecedores, como lo han sido, de ser tomados en broma (11); en otros casos, la jurisprudencia ha convertido a la ley en prácticamente inútil (12).

Resultado de todo ello es el que se haya producido un lamentable antagonismo y un ambiente de mutua desconfianza entre el Parlamento y la Judicatura (13); doblemente perjudicial, pues las leyes se redactan por esta razón cada vez con más casuismo y acompañadas de reglas de interpretación minuciosas (14), mientras que se origina el despegó popular hacia la Judicatura (15). Por ello, no es de extrañar que los juristas más independientes y sinceros señalen "el peso muerto del conservadurismo jurídico" (16), se indignen ante la ciega imitación al pasado (17), señalen las tendencias retrógradas que origina (18), lo consideren contrario a la libertad (19) y, en fin, califiquen a todo el sistema de los precedentes como "lento, costoso, molesto y, en general, reaccionario" (20).

El procedimiento de la "case law" que originara la "common law" la hace

(10) POUND: *La legislation dans la période de formation du Droit américain*. Introduction à l'étude du Droit comparé, I, II, 1948, pág. 408.

(11) La definición de los "Trade Union" (Act de 1871, enmendada en 1876, art. 23) fué entendida en *Amalgamated Society of Railways Servant v. Osborne* (1910) de modo restrictivo, de modo que se decidió que las "Trade Unions" no podían aplicar sus fondos a fines políticos (derogado por Trade Union Act, 1913). Se habló entonces de una supuesta "Ley de perros" ("Dogs Act"), que definiendo a los perros como cuadrúpedos, que andan, corren, ladran y mueven la cola, sería interpretado por la jurisprudencia como prohibitiva de coger ratas, por resultar esta actividad "ultra vires" de la definición legal.

(12) Se dice: "En el espacio de menos de cuarenta años, la legislación que tenía por fin asegurar al obrero un recurso simple, fácil y poco costoso, en caso de accidente, se ha sobrecargado de una jurisprudencia muy ornada, seductora y ondulante, que paraliza el conjunto del sistema, bajo los gastos, los retrasos y la dificultad" (ROBSON: *La legislation industrielle en Angleterre au cours des 50 dernières années*. Introduction à l'étude de Droit comparé, V, 1938, pág. 458).

(13) Se dirá: "Cuando el león y el cordero se acuesten juntos, podremos ver al Parlamento conceder su confianza a los Tribunales y a los Tribunales colaborar con él en la elaboración y aplicación de la ley estatutaria" (PLUCKNETT: *L'interprétation des lois (Statutes)*. Introduction à l'étude de Droit comparé, I, II, 1938, pág. 449).

(14) Véase, por ejemplo, la Companies Act de 1948, con 462 largos artículos, con siete anexos complementarios y la interpretación de 46 términos en el artículo 455.

(15) Llegándose hasta acusar de ser órgano de clase.

(16) LORD WRIGHT OF DURLEY: *Legal Essays and Addresses*, 1939, pág. 325.

(17) HOLMES: *Collected Papers*, 1920, pág. 187.

(18) POUND señala la tendencia reaccionaria de las "strong decisions", aplicación literal o legicista de las reglas en contra del sentido y convivencia común (*Las grandes tendencias*, pág. 62, n. 49).

(19) GOODHART: *Precedent in English and Continental law*, L. Q. R., 1934 (enero). *Le précédent en Droit anglais et continental*, Ann. de l'Institut International de Ph. du D. et de sociol. jur., 1934-1935. ALLEN: *The theory of judicial Precedents*, L. Q. R., 16 (1960), pág. 368.

(20) FRIEDMANN: *Legal Theory*, 1947, pág. 302, que sigue diciendo: "Es por ello menos adecuado a un tiempo de cambios rápidos e inquietud, como el nuestro."

hoy día infecunda y, como se ha indicado, la va ahogando poco a poco. Queda todavía que preguntarse si la misma "common law" tiene alguna característica que la haga apta para la magna tarea de desplazar el Derecho codificado continental y para modelar un futuro Derecho unificado del mundo.

Lo primero que sorprenderá al hacer este examen es el ámbito reducido que tiene hoy la "common law". Su incapacidad para satisfacer las modernas necesidades ha llevado a que se codifique en diversas leyes la mayor parte del Derecho inglés. Son leyes las que regulan casi todo el Derecho mercantil, penal, procesal, derechos reales, sucesiones hereditarias, relaciones de trabajo y relaciones familiares. De modo, que se ha podido decir, con razón, que la esfera de la "common law" queda restringida a la materia de contratos, delito civil (culpa y negligencia) y restos de la vieja "equity" (21). Pero ni siquiera en estos estrechos límites consideran los juristas ingleses satisfactoria a la "common law"; la doctrina de los "torts" se estima en parte injusta y, en general, contradictoria e incoherente (22), y la figura jurídica de la "consideration", clave del Derecho de contratación inglés, entienden los hombres de Derecho anglosajones más realistas, que es tan inadecuada y peligrosa que abogan por su abolición (23).

Siendo ésta la situación de la "common law" y señalándose expresa y

(21) Sobre la dificultad, después de 1926, de acotar el campo de la "equity", por la preponderancia del Derecho legislado (*Law of Property, Amendment, Act*), compárese *HANSBURY: Modern Equity*, 1946, pág. 39.

(22) Comparando el Derecho inglés con el continental, se dice que los juristas continentales se asombrarían y se llenarían de satisfacción con su propio Derecho, viendo "cuán amarga es la suerte de los que deben extraer principios claros de una masa grosera de casos y cómo los juristas ingleses de hoy deben trabajar y peñar para llegar a algunas fórmulas simples, como las que, desde siglos, parecen elementales en el Derecho continental"; "comparada a la teoría inglesa de "tort", que semeja una vieja encina desmedrada, llena de nudos e irregularidades, con algunas de sus ramas un tanto podridas, la teoría francesa de la responsabilidad constituye un sistema simple y coherente" (F. P. WALTON: *La responsabilité delictuelle. Introduction à l'étude de Droit comparé*, 1938, pág. 54).

(23) Atacada a mediados del siglo XVIII por el gran jurista LORD MANSFIELD, fué mantenida por el conservadurismo de los jueces. Pound la califica de serio obstáculo puesto al camino de la seguridad de las transacciones (*Las grandes tendencias*, pág. 91). Modernamente, el Law Revision Committee propuso fundamentales cambios, llegando a decir que, tal como existe, es injustificable y choca con "la conciencia general de la Humanidad" (Report, 1939, § 25). Este informe tampoco satisfizo, pues se piensa que puestos a reformar se debe ir a la total supresión de la "consideration" (ya LOAD WRIGGTT: *Ought the doctrine of consideration to be abolished from the common law?*; *Legal Essays*, págs. 287-326, especialmente págs. 289, 323, 325; también, criticando el informe, CHESHIRE Foot: *The law of contracts*, 1945, pág. 73).

Las dificultades originadas por la "privity of contracts" y la imposibilidad de resolverlas todas por medio de la doctrina equitativa de un "trust" implícito o ficticio ha hecho que el Law Revision Committee recomiende su supresión y dar a los terceros un derecho directo a reclamar el cumplimiento del contrato (*Sixth interim Report*, § 50, 9).

Respecto a las dificultades de la doctrina de la "common law" sobre la imposibilidad de cumplir la obligación y la conveniencia de utilizar para solventarla la doctrina romana, GOTTSCHAALK: *Impossibility of performance in contract*, 1945; en cuanto a las dificultades de la doctrina de la "common law" sobre las obligaciones solidarias y la conveniencia de derogarla, sustituyéndola por un nuevo sistema, WILLIAMS (G. L): *Joint obligations*, 1949.

claramente su carácter anticuado, pues "siendo individualista no puede satisfacer las ideas modernas del colectivismo y la planificación social" (24), ¿cómo se explican los elogios que continúan haciendo de ella los juristas ingleses? La razón está en que cuando se rinde homenaje trovadoresco a "la dama" "Common Law", no se piensa en sus características técnicas ni en sus particulares soluciones, sino en que tiene por hermana la libertad, en que ella ha animado a sus servidores a decir la verdad a los reyes, a refrenar la tiranía y a llevar el ideal de la igualdad, de la justicia y del orden a todos los rincones del mundo (25) en que ella es "la ley de los pueblos libres y el campeón de las democracias" (26). Esto es, no se piensa en la actual, enteca y envejecida "common law", sino en su función histórica, y con su nombre se hace referencia a otra cosa, al "genio del Derecho anglosajón", manifestado en la costumbre y en las leyes, en el Derecho público y en el Derecho privado (27).

Siguiendo el examen de las posibilidades expansivas de la "common law", conviene no olvidar otros hechos. Se piensa en la "common law" como un sistema unitario que da uniformidad al Derecho de todos los pueblos de habla inglesa; desgraciadamente esta imagen es falsa; en la misma comunidad inglesa, Escocia, Québec, África del Sur y Ceyán tienen un Derecho privado que pertenece al área romana. El Derecho norteamericano es no sólo distinto del inglés, sino que ha podido decirse que es sólo una mera expresión geográfica; cada uno de los cuarenta y ocho Estados tiene su propio Derecho, y junto a importantes restos de la "common law" hay leyes federales, leyes uniformes, códigos y leyes de los Estados, restos del Derecho francés y español y una variada jurisprudencia federal y particular de cada Estado. Además, con el tiempo, el apartamiento entre el Derecho inglés y el norteamericano va aumentando en proporción creciente, por una parte por la diversidad de sus leyes y por otra por haberse perdido el hábito de la cita mutua de la jurisprudencia y conocimiento de la doctrina (28). A todo esto, hay que añadir

(24) LORD WRIGHT: *The Common Law in its Old Home, Essays*, pág. 347.

(25) POLLOCK: *The Genius of the Common Law*, pág. 124.

(26) LORD WRIGHT: *The Study of law, Legal Essays*, pág. 410.

(27) Que en su mejor parte no es peculiar del Derecho inglés sino restos tradicionalmente mantenidos por éste de la concepción cristiana del Derecho, que también se ha conservado en los Códigos privados y en las Constituciones continentales y que en toda su extensión ha sido defendida con especial energía por la escuela española. No estará demás recordar que la influencia de la Iglesia para favorecer la situación y la dignidad de la mujer, oponiéndose a la concepción feudal que la excluía de suceder en las tierras, fué contrarrestada por la oposición de la "common law", que consiguió que no se le concediesen las libertades que le atribuía el Derecho romano; situación que no cambia hasta la "Married Women Act", 1882 (COLVIN: *Contenu anglais du common law américain. Introduction à l'étude de Droit comparé*, 1936, pág. 36. Todavía, KENT: *Commentaries on American Law*, II, 28, ed. 1851, págs. 159, 171).

(28) Ya en 1889, Lord Halsbury, Cotton (L. J.) y Fry (L. J.) condenaron solemnemente la práctica de citar sentencias americanas (re Missouri S. S. Co). Después, en la práctica y en los libros de Derecho, las mutuas citas escasean. Se hacen, pero en proporción inferior a las citas que en un libro español, alemán o italiano de Derecho civil se encuentran sobre Derecho extranjero.

la dificultad de conocer un Derecho, que en una sola materia obliga a tener en cuenta 70.000 sentencias (29), y tan difícil de entender que exige remontarse a sus antecedentes medievales para poder explicarse sus extrañas y arqueológicas peculiaridades (30).

El espíritu realista anglosajón ha sabido medir el ejemplo de Canadá (31) y no ha vacilado en concluir que aparte alguna limitada institución (32) la "common law" regirá en donde los ingleses constituyan la masa popular o la clase política dominante, "en esos sitios sí, pero en ninguna parte más" (33).

En esta consideración de las posibilidades expansivas de la "common law" a costa del Derecho codificado, hay que tener en cuenta no sólo la falta de energía de que adolece aquélla, sino también la vitalidad del Derecho continental, lo arraigado de la idea de la división de poderes, el carácter constitucional de la subordinación de la judicatura a las leyes, la perfección de su ciencia jurídica, y no deben olvidarse las mismas ventajas del método de codificación. Todo ello hace que más bien que pronosticarse el abandono del sistema legislativo por el Derecho creado por los jueces, propio de la "common law", se pueda predecir la paulatina aceptación general del sistema de la codificación, por ser, según dice el mismo Roscoe Pound, "el modo de elaborar el Derecho característico de los sistemas adultos" (34).

Si de veras se quiere llegar a la unificación del Derecho y se está dispuesto a realizar los mutuos sacrificios necesarios, para ello no hay que pensar en una expansión del sistema del "case law", ni de la "common law"; la aportación positiva de los pueblos de lengua inglesa a la labor común será su Derecho codificado, sus leyes modernas, en cuanto manifestaciones de su nuevo Derecho social, sus soluciones y no su técnica; el Derecho continental habrá de ser tenido en cuenta en sus valiosas soluciones prácticas y por su técnica superior. En fin, no estaría demás advertir que el mejor modo para entenderse los pueblos no parece ser ese de copiar el uniforme del vencedor del día, ni el de seguir las huellas de quienes rompieron la unidad europea; habrá que volver al buen camino y, para ello, tomar la dirección marcada por la concepción cristiana

(29) Citadas en el índice del tomo VIII de *A Treatise on the law of Contracts*, de WILLISTON (THOMSON), 1938.

(30) Basta hojear, por ejemplo, la clara y clásica obra de HOLMES: *The Common Law*, 38 ed., 1945.

(31) En la provincia de Quebec, los intentos de introducir, en caso de silencio del Código, la doctrina inglesa, no han dado resultado; en cambio, en la cuestión de la falta común, las provincias de "common law" han abandonado la doctrina de la "contributory negligence" o del "common employment" y han aceptado la doctrina continental seguida en Quebec (MIGNAULT: *Les rapports entre le droit civil et la common law au Canada, especialmente dans la province de Quebec. Introduction à l'étude de Droit comparé*, 1938, págs. 91-92).

(32) Tribunal de niños en Estados Unidos, "trustee", juicio declarativo anglosajón; además, algún compromiso en alguna institución, como en la letra de cambio (WIGMORE: *L'avenir du système juridique anglo-américain. Introduction à l'étude de Droit comparé*, 1938, pág. 107). Y aun a ello habría que formular reservas.

(33) WIGMORE, *loc. cit.*, pág. 108.

(34) POUND: *La legislation de la période de formation du Droit américain*, pág. 419; también, *Las grandes tendencias*, pág. 109.

del Derecho, única que hasta ahora ha podido, en el pasado, lograr la unidad jurídica entre los hombres y los pueblos.

3. ROSCOE POUND.—La destacada significación de Roscoe Pound en la vida jurídica contemporánea es una evidente realidad y el reflejo natural de sus extraordinarias condiciones personales y del puesto de primerísima figura que ha conquistado entre los juristas norteamericanos. Botánico en su juventud; abogado, juez, profesor, decano de la Escuela de Derecho de Harvard; ha escrito libros sobre Botánica; dictado sentencias ejemplares; publicado una infinidad de escritos (35), enseñado Derecho; dirigido un curso sobre Lucrecio y ha estado en China (de donde volvió en 1948) como consejero del Ministerio de Justicia para la reforma del sistema judicial chino. De condiciones personales también extraordinarias; su gran cultura; su buen conocimiento de la ciencia europea, en especial de la alemana, se realza con su facilidad para escribir, y una memoria casi monstruosa; todo lo que le han hecho merecedor del calificativo de "uniquity" que le diera HOLMES. A ello hay que añadir lo que vale más que los títulos y distinciones que sobre él se han acumulado (36), su juventud espiritual, que a los ochenta años, en el reciente Congreso de Derecho Comparado de Londres, le permitía ser el polo en cuyo derredor giraban las más prestigiosas personalidades y los más célebres juristas del mundo, allí reunidos.

Por su obra y por su vida, Roscoe Pound es digno de la mayor consideración y no disminuye un ápice el aprecio que le debemos el que se añada que este gran jurista no es un verdadero filósofo ni un filósofo del Derecho. Afirmación chocante para algún lector, pero que no entrañará a Pound, quien gusta de decir a cada recién conocido: "yo que tengo una mente afilosófica". Sus escritos, entre ellos el ahora traducido al español, no pueden considerarse como auténticas aportaciones a la Filosofía del Derecho; son ensayos, redactados con finalidades concretas e inmediatas, ingeniosos, entusiastas, con citas abundantes de obras de filósofos del Derecho pero carentes de sistema, y, sobre todo, de espíritu filosófico. El interés de Pound se centra en la acción y en la eficacia. le preocupa el hecho contemporáneo y, para influir en favor de la solución mejor, utiliza el arserial de su cultura; en cambio, huye de enfrentarse con los últimos problemas, con los mismos fundamentos de su pensar. Quizás, por todo ello, el calificativo que mejor convenga a POUND sea el de ensayista, o si se quiere el de periodista de gran formato: posiblemente eso sólo es lo que ha querido y pretendido ser.

"Las grandes tendencias del pensamiento jurídico" es una exposición de las teorías que POUND consideraba más significativas allá por el año 1922 (37), y, a la vez, más aptas para exponer su propia concepción del Derecho. Relación hecha fuera de un exacto orden histórico o sistemático, aunque se critiquen las teorías al hilo de una implícita necesaria evolución histórica (la del pro-

(35) En la *Bibliography of the Writings of Roscoe Pound*, 1942, enumera F. C. STANTON 773 títulos de estudios publicados hasta 1940.

(36) Unas catorce Universidades le han concedido el título de Doctor en Derecho.

(37) Fueron unas conferencias dadas en el Trinity College de Cambridge, en 1922.

greso social); se censura de modo especial la teoría del Derecho natural (38), la de la escuela histórica y la de la escuela analítica inglesa, y se estudian las tendencias de la dirección sociológica y, con especial detenimiento, la teoría de Kohler como base inmediata de la teoría de Pound. Con este método la referencia a las diversas teorías carece de objetividad y precisión; la valoración de los autores es arbitraria, pues mientras se examinan despacio obras de valor secundario, se citan sólo de pasada o se desconocen las de Bierling, Somlo, Del Vecchio, Radbruch, Kelsen, Reinach, y Kaufmann, ya publicadas en 1922. Es imprecisa e inducente a error no sólo la descripción de la escuela del Derecho natural (p. 11, 176), sino el caracterizar repetidamente, de ética a la concepción kantinana del Derecho (p. 34, 42, 64, 75). Todo esto hace que el libro lleve excesivamente la impronta de su fecha y que hoy, cuando el mismo Pound se bate en otros frentes, resulte un mucho trasnochado.

El núcleo mismo del concepto de Derecho de Pound no puede ser más pobre. La jurisprudencia la concibe como una ciencia de ingeniería social (p. 200); pero aunque dice que su tarea es "estudiar el orden jurídico y no la de entablar discusión sobre la naturaleza del Derecho" (p. 200, 201), no ha podido esquivar señalar cuál es su "finalidad u objetivo eterno: el desarrollo de las potencias humanas hasta su límite máximo". Esta idea, tomada de Willian James (p. 297), hace que se reduzca el rango del Derecho todavía más que en la teoría de Kohler; éste la entendía subordinada a la realización de los valores culturales, para Pound será secundaria o instrumental respecto de toda actividad humana. La objeción inmediata que se presenta es la que cabe oponer a todo el pragmatismo, la de que nos deja sin un criterio previo, el necesario para distinguir qué actos o instituciones ayudarán a ese desarrollo, cuando ni siquiera se nos da un módulo para distinguir entre los que es progreso y lo que es retroceso. Pero, seguramente, un argumento práctico parecerá más decisivo frente a una teoría pragmática, el de que con su teoría puede ampararse cualquier tipo de tiranía, en especial las que exaltan la acción y el dinamismo, el desarrollo de las potencias humanas.

Por otra parte, la falta de reciedumbre filosófica hace que el pensamiento de Pound refleje miméticamente ideas de diversas y contradictorias escuelas: tanto, que se ha dicho que su fenomenal memoria puede ser más una maldición que una ventaja, pues hace que le sea más fácil repetir lo hecho por otros que marchar por el camino de la originalidad (39); ello ha permitido también que sus críticos hagan listas de sus múltiples contradicciones (40).

La verdad es que Pound no ha tratado de construir un sistema, que ha combatido por lo que "sentía" ser mejor, con las armas más eficaces en la ocasión: si niega la existencia de una moral y de un Derecho eternos, lo hace porque parte de un sentimiento profundo de lo que es moral y justo, y, así,

(38) No se distingue entre la escuela católica y la posterior desviación protestante y racionalista.

(39) WALTER (E. Victor): *Legal Ecology of Roscoe Pound*, Miami, L. Q. 4, 1950, página 199.

(40) WALTER, loc. cit., págs. 200 y ss.

de lo que debe hacer el ingeniero social. Por ello, si bien los autores pertenecientes a las dos grandes teorías del Derecho natural y del realismo o neorealismo han podido demostrar desde sus respectivos puntos de vista lo insostenible de la teoría de Pound, nadie ha puesto en duda su buena intención; con simpático reproche se le ha dicho que la obra de ingeniería social predicada por Pound requiere ingenieros de su misma integridad moral (41).

F. de C.

(41) Buena comprobación de ello son estas palabras suyas: "Mientras que el objeto sea entrenar prácticos que puedan ganar dinero en el foro, y mientras que las Universidades (escuelas) se juzguen principalmente por su éxito en conseguir tal entrenamiento, no podemos esperar nada mejor (cita de WALTER, *loc. cit.*, pág. 196, n. 78).

BIBLIOGRAFIA

Libros

ANTUNES VARELA, João de Matos: "Ineficácia do testamento e vontade conjectural do testador". Coimbra, 1950; 355 páginas.

Se trata de una tesis doctoral en Ciencias Jurídicas en la Universidad de Coimbra, por la que su autor, que rige una de las cátedras de Derecho civil del prestigioso centro docente, viene a alcanzar el más alto grado de la vida académica lusitana, situándose al mismo tiempo entre los especialistas consagrados del vecino país, con fina personalidad jurídica, bien madurada a lo largo de no pocos años de trabajo intenso y constante.

El doctor Varela cuenta ya con numerosa y rica producción científica, que ha hecho conocido su nombre aun entre nosotros. No hace mucho tiempo tuvimos la ocasión de referirnos a su primer estudio "Da sucessão do Estado nos bens dos particulares" (1), en el que muy juiciosamente abordó uno de los problemas más disputados del Derecho sucesorio. Autor de unos comentarios a la vigente Ley de Inquilinato portuguesa, de algunos artículos y sendos comentarios de Jurisprudencia publicados en la "Revista de Direito e Estudos Sociais", a cuyo Consejo de Redacción pertenece, colaboró con el Prof. Pires de Lima en el "Código civil portugués anotado" y en la tarea de recopilar las "Noções fundamentais de Direito civil", curso de lecciones que el actual ministro de Educación Nacional profirió durante el año lectivo 1944-1945.

El denso y bien documentado libro que hoy llega a nuestras manos constituye un serio trabajo de investigación, que basta para poner en dura prueba las indiscutibles dotes intelectuales del joven civilista lusitano.

El tema fundamental de la monografía es el estudio de las circunstancias exteriores capaces de imponer la ineficacia del testamento a través de la simple voluntad presumible o conjectural del testador, tema que está en íntima conexión con el bonito problema de la relevancia autónoma de la última voluntad del *de cuius*.

Es pena que el autor, absorbido por la cuestión central de su trabajo, no haya desenvuelto más detenidamente la alusión que hace a aquel problema. Bien es verdad que Varela no deja de examinarlo con alguna extensión en sus dos proyecciones más importantes: en el dominio de la interpretación de los actos *mortis causa* y en el de la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias. Pero, acabada la lectura de esta parte de la introducción, se siente que sabe a poco la lectura de esta parte que el autor sugiere y muestra.

(1) En este ANUARIO, t. I (1948), fasc. II, págs. 583 y sigs.

Al decir esto no pretendemos criticar su manera de proceder, porque sabemos que el doctor Varela reservó la cuestión para otro libro que ya bulle en su pensamiento; simplemente queremos llamar la atención del lector español sobre un asunto, no especialmente tratado entre nosotros, que nos es totalmente desconocido (2), a pesar de su extraordinaria vivacidad (3).

Tras de analizar los preceptos legales aparentemente relacionados con la eficacia autónoma de la última voluntad del testador e indicar el plan general de la investigación, entra en materia, dedicando todo un párrafo al trascendental problema de la *causa falsa*.

El artículo 1.745—del Código civil portugués—que coincide casi *ipsis verbis* con el artículo 767 del español—dice que “la invocación de una causa falsa será tenida por no escrita si del propio testamento resultara que el testador no hubiera hecho tal disposición, si conociese la falsedad de la causa”. Varela interpreta acertadamente este precepto en el sentido de que cuando se refiere a la invocación de una causa falsa, la ley quiere aludir a los casos en que aparece en el testamento, como causa de determinada disposición, una *proposición objetivamente falsa o inexacta*, haciendo poco al caso saber si la falsedad es conocida o no del testador. La excepción abierta en la segunda parte del artículo es la que asienta sobre la ignorancia de la falsedad de esa proposición. En el fondo, la ley afirma entonces que la irrelevancia de la causa falsa únicamente desaparece si a la falsedad objetiva de la proposición, constante en el testamento, se añadiera un juicio falso—un error—del declarante sobre la configuración exacta de la realidad (págs. 94-95).

Opinión que nos parece totalmente acertada, incluso de cara a nuestro Derecho. Es ese también el sentido tradicionalmente atribuido de forma unánime a la famosa regla de Ulpiano (Dig. 35, 1, 72, 6).

Para Varela el vocablo “causa” del artículo en cuestión no puede entenderse en sentido técnico (como causa del negocio, de la obligación o de la atribución patrimonial), sino en el de motivo puro y simple (es decir,

(2) En Alemania, en cambio, existen algunos trabajos monográficos, designadamente el de H. LANGE: *Die Verwirklichung des letzten Willens des Erb'assers*, en “Jherings Jahrbücher”, XLVI (1932).

(3) A este propósito son bastante elocuentes dos de los muchos casos prácticos presentados por LANGE, que VARELA refiere en su estudio: Un testador que siendo joven instituyó como única heredera a cierta “estrella” del cinema, muere muchos años después de la redacción del testamento, completamente olvidado de la disposición que hizo y erróneamente persuadido de haberla inutilizado entretanto. Convencido en cualquiera de las dos hipótesis, según testigos dignos de toda fe, de la devolución de la herencia según los moldes de la sucesión legítima, ¿cuál será el régimen de sucesión aplicable al caso?

X, durante una grave enfermedad, otorgó testamento en favor de la enfermera especializada que le asistía, bajo amenaza de quedar abandonado. Restablecido más tarde, no revoca el testamento porque decide libremente dar el mismo destino “mortis causa” a sus bienes. ¿Esta última voluntad tiene suficiente relieve como para convalidar la antigua disposición? ¿O para ello será necesario que redacte un nuevo testamento de igual contenido que el anterior, viciado de coacción?

particular, concreto y atípico), porque de otra suerte el precepto resultaría inconcebible (4).

Planteándose el problema de si la expectativa frustrada referente a circunstancias futuras estará comprendida en el régimen de la causa falsa, llega a la conclusión de que las representaciones psicológicas de hechos posteriores a la redacción del testamento son susceptibles de influir de modo esencial en la formación de la voluntad del testador, sin necesidad de ser elevadas a la categoría de condición.

La interpretación declarativa del texto legal en ese sentido se imponía, visto que tiene a su favor, no sólo su letra, sino también su espíritu.

Después de refutar algunas objeciones formuladas contra la tesis expuesta (la causa contraria a la ley y las condiciones imposibles o *contra legem*, en sus relaciones con la causa falsa, y las expectativas del testador contrariadas por circunstancias posteriores a la apertura del testamento y el principio de la seguridad de la sucesión), examina detenidamente los presupuestos de relevancia de la causa falsa, a saber: esencialidad en el ánimo del testador—no en abstracto—del error en los motivos (o extranegocial, según la terminología germánica), como presupuesto subjetivo, y referencia explícita o implícita a la causa falsa, además de la transparencia objetiva (textual) de la *esencialidad* del error, como presupuestos objetivos. No reputa, en cambio, necesarias la excusabilidad del error ni su individualidad, opinión que compartimos sin reservas.

En el párrafo 2.º analiza el autor la voluntad conjetural, exorbitante de la causa falsa, como fundamento de la caducidad legal de determinadas disposiciones testamentarias. Se trata de averiguar si la voluntad presumible del autor de la herencia, adversa a mantener la validez de ciertas cláusulas, es sólo relevante a través del expediente bastante restringido de la causa falsa, o si el espíritu del sistema permite un régimen de más amplias perspectivas.

Con este motivo estudia los supuestos concretos en los que el legislador portugués se dejó sugerir por ciertas hipótesis en las que la formación de la voluntad no se subordina por entero a los moldes positivos de la causa falsa: caducidad de la institución de heredero, por la supervivencia al testador de descendientes legítimos ignorados o sobrevenidos después de la confección del testamento (art. 1.814 C. c. port.), caducidad de las mandas hechas por causa de la testamentaria o de la tutela testamentaria (art. 1.780 id.) y legado para pago de deuda extinguida después de la elaboración del testamento (arts. 1.818-1.820 id.).

Estos casos, en los que la voluntad conjetural del testador, inspiradora de la ineficacia legal del testamento, trasciende el régimen restrictivo de la causa falsa, constituirán verdaderos trazos excepcionales, o reflejarán, por el contrario, ciertas directrices generales latentes en el ordenamiento jurídico lusitano, no formuladas de forma expresa por el legislador?

A juicio de Varela, no puede encontrarse una respuesta directa a esta

(4) En este punto el autor recoge, en gran parte, su anterior artículo: *Notas breves sobre o conceito de causa no Código civil portugués*, en "Revista de Direito e Estudos Sociais", año II (1946-47), págs. 103 y sigs.

interrogante ni en la letra ni en el espíritu del artículo 1.745 o de las normas antes referidas, por lo que entiende que la cuestión tiene que ser decidida, procurando la solución más [criteriosa o] razonable (*rectius*, más justa) que el propio legislador habría adoptado para el problema, si fuera llamado a colmar la laguna registrada en el sistema.

Es decir, se trata, más bien, de completar apenas, mediante la interpretación integradora, el sistema de la ley, dentro de su propio estilo, sin menoscabo de sus trazos generales o de sus líneas arquitectónicas (5), en armonía—como manda el art. 16 del Cód. civ. port. (6)—con el Derecho natural, conjunto de principios eternos y universales, inmutables, y de otros espacio-temporales, contingentes, de aquéllos derivados (7).

Para ese efecto somete a una fina apreciación crítica las diversas tentativas encaminadas a emancipar la voluntad conjetal del declarante de los estrechos cuadros del error en los motivos.

Comienza por estudiar los antecedentes de la teoría germánica de la base negocial, desde la vieja doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus" hasta la de la presuposición (*Voraussetzung*) de Windcheid, examinando a continuación toda la doctrina moderna (Teoría de la *Geschäftsgrundlage* de Oertmann, teoría del *Geschäftszweck* de Locher, teoría de la *virtueller Vorbehalt* de Kückmann).

El libro culmina en un último capítulo dedicado a la doctrina de la base negocial en face del derecho portugués constituido, donde el autor analiza primero los presupuestos objetivos de relevancia del error (de hecho y de derecho) sobre la causa en el dominio de los negocios *inter vivos*, propugnando con acierto, no sólo la integración del sistema, sino también la interpretación correctiva o rectificadora de los artículos 659 y 660 del Cód. civ. port. (8). Seguidamente, efectúa un agudo análisis teleológico de los arts. 659, 660 y 1.745 del mismo Cuerpo legal, llegando a unas conclusiones del mayor interés teórico y práctico.

Según Varela, la voluntad presumible del declarante no se circunscribe a las circunstancias abarcadas por las representaciones falsas invocadas en el testamento o incluidas en la facticidad propia del negocio entre vivos; se extiende además a otras representaciones falsas y a otras circun-

(5) M. DE ANDRADE: *Anuario de Derecho civil*, en "Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra", vol. XXV (1949), pág. 449.

(6) "Si las cuestiones sobre derechos y obligaciones no pudieran ser resueltas, ni por el texto de la Ley, ni por su espíritu, ni por los casos análogos previstos en otras Leyes, serán decididas por los principios del Derecho natural, conforme las circunstancias del caso."

(7) Vid. nuestro trabajo *Novos rumos do Direito civil*. Lisboa, 1950, pág. 12. No hay que olvidar que los principios generales (de modo especial los del Derecho natural, junto a los políticos y tradicionales) señalan el método de interpretación de las normas, propio de un ordenamiento jurídico y además indican, en cada caso concreto, la fórmula interpretativa que se debe elegir: en el supuesto estudiado por VARELA, extender o incluso rectificar el alcance de ciertas disposiciones. (Cfr. F. DE CASTRO: *Derecho civil de España*, 2.^a ed., Madrid, 1949, págs. 428-429.)

(8) En esta materia, VARELA va mucho más lejos que el Profesor FERREZ, en su conocida monografía: *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Coimbra, 1939. Su nueva aportación a la problemática del error merece, con todo, ser tenida en cuenta, por solucionar muy justamente el conflicto de intereses suscitado.

tancias cuya verificación consideró posible el declarante, e incluso a circunstancias enteramente extrañas a sus representaciones en el momento de la declaración.

La reacción mociónal presuntiva del declarante lógicamente susceptible de justificar la eficacia negativa del propio error, constituye un *substractum* psicológico común a todas las otras situaciones, siendo lícito, por consiguiente, afirmar que en todas persiste el mismo interés del declarante en la impugnabilidad del negocio. Junto a este interés hay que considerar también las legítimas expectativas del declaratario, la certeza de las relaciones y la seguridad del comercio jurídico, tomando como punto de referencia la protección que la ley les confiere dentro del régimen del error.

Respecto a los valores e intereses enumerados hay que tener en cuenta si se trata de un negocio "inter vivos" o "mortis causa", por ser diferente el régimen jurídico del error en uno y otro campo.

En los negocios entre vivos la protección que el artículo 661 concede al declaratorio (aplicable al error sobre la causa, por analogía) tan sólo exige la ineficacia de las circunstancias cuya interferencia en el proceso voluntivo del declarante no se desprenda de la facticidad negocial conocida por el declaratario. La protección del comercio jurídico y la concedida al declaratario dentro del régimen del error, obliga a considerar también como aplicable en estos casos la condición objetiva de atendibilidad del error. Las circunstancias no abarcadas directa ni indirectamente por las representaciones del declarante contemporáneas al negocio, deben, en principio, considerarse irrelevantes, puesto que no conceden al declaratario oportunidad de defensa paralela a la que el legislador le concede en el ámbito del error. No obstante, de este principio se exceptúan—según el mismo Varela—los casos en que esas circunstancias imposibiliten la obtención del fin o fines perseguidos por el declarante, siempre que esa finalidad se haya tornado conocida para el declaratario, porque en tal supuesto la defensa de este último consiste en advertir al declarante que sólo desea contratar si está de acuerdo en que persista la validez del negocio, aun cuando resulte imposible el fin negocial que ese contratante pretendía alcanzar.

En el campo de las disposiciones testamentarias las circunstancias no invocadas implícita o explícitamente en el testamento son en principio irrelevantes, constituyan o no objeto de cualquier representación psicológica del testador. Excepcionalmente, esas circunstancias no invocadas deben considerarse relevantes cuando sean necesarias para conseguir el fin o uno de los fines de la disposición, si del propio testamento puede deducirse que el testador no la habría querido en caso de prever la imposibilidad de la consecución de aquel fin. También en los negocios "mortis causa" se impone la atendibilidad de la falta de las circunstancias tenidas como dudosas por el testador y no esenciales para conseguir ninguno de sus objetivos, cuando se invoquen de modo que sea lícito pronosticar la existencia de un nexo psicológico de causalidad entre ellas y la disposición respectiva.

Desde el punto de vista del declarante, y dentro del problema de la relevancia negativa de su voluntad conjetural, tanto en los negocios "inter vivos" como en los "mortis causa", no es esencial la existencia de una representación errónea. El punto de partida del sistema en esta materia consiste rigurosamente en que se haya invocado directa o indirectamente una circunstancia básica del negocio: invocación directa, cuando directamente se refiere (de modo explícito o implícito) el nexo psicológico de causalidad existente entre determinada circunstancia y la voluntad real del agente; invocación indirecta, cuando la circunstancia se muestra tan sólo ligada por un nexo lógico de causalidad al fin invocado por el declarante.

De este modo, aun cuando el autor aprovecha, con un eclecticismo muy ponderado e inteligente, elementos dispersos de las doctrinas de Oertmann, Locher y Krückmann, son notorias las divergencias de mayor relieve existentes entre la posición asumida y aquellas doctrinas. En realidad, se trata de una nueva formulación que viene a cerrar todo un ciclo evolutivo en la teoría de la base negocial, desde hace algún tiempo empeñada en la búsqueda de una fórmula armónica y conciliadora de encontrados extremos, más flexible que las soluciones unilaterales de los tres famosos juristas alemanes.

Tal vez se pueda discutir la bondad de algún resultado concreto a que la tesis de Varela puede conducir, pero nadie puede regatearle el indudable mérito de por lo menos haber intentado con fortuna una empresa de altos vuelos, plagada de todo género de dificultades.

En el ámbito de las disposiciones testamentarias—que es el que al autor interesa más especialmente—aquellas conclusiones justifican la ineficacia de la disposición afectada a determinado fin que se torne imposible de conseguir, debido a la falta originaria o subsiguiente de alguna circunstancia básica. Y esa ineficacia se impone aun cuando las circunstancias necesarias para conseguir el fin perseguido no vengan explícita o implícitamente invocadas en el testamento, e incluso cuando el testador haya considerado posible su falta, o cuando hayan exorbitado sus representaciones contemporáneas al negocio. Para ello basta únicamente que el fin perseguido se desprenda claramente del testamento, siempre que sea lícito pensar que el testador no habría realizado la disposición de haber previsto su imposibilidad.

Por otro lado, se hace también posible justificar la ineficacia de las disposiciones onerosas en virtud del no cumplimiento del modo, cuando del propio testamento pueda deducirse que el testador no las habría hecho si hubiera previsto la futura conducta del instituído.

Queda asimismo justificada la ineficacia de las cláusulas subordinadas a una condición imposible, cuando el propio testamento deje presumir que de hecho las disposiciones sólo se quieren si se verifica el evento condicional.

Finalmente, se justifica aún la ineficacia de una de las disposiciones llamadas correlativas o interdependientes cuando la otra es declarada ineficaz por cualquier motivo, aunque el testamento no deje entrever la in-

tención del testador sobre la otra es declarada ineficaz por cualquier motivo, aunque el testamento no deje entrever la intención del testador sobre la eficacia definitiva de esta última.

Creemos que el principal acierto del autor estriba en haber sabido elegir como tema de su estudio un problema lleno de interés que le ofreció una magnífica oportunidad de aplicar brillantemente la interpretación correctiva e integradora, tan propias de la *Interessenjurisprudenz*. El doctor Varela, formado e iniciado en la Jurisprudencia conceptual, se adentró pronto—sin abandonar ese mínimo de dogmatismo necesario a toda ciencia—en el campo de la Jurisprudencia de intereses, hoy predominante en la escuela de Coimbra merced al esfuerzo de dos grandes maestros: los profesores Andrade y Ferrer. Esta orientación metodológica, que ha producido ya abundantes frutos en Portugal, le permitió al autor abordar con éxito una de las cuestiones más intrincadas y trascendentales del moderno Derecho sucesorio.

Sin embargo, cabe oponer algunos reparos—de fondo y forma—al libro. En primer lugar, como ya advirtió el Prof. Andrade, el autor habla repetidamente, en términos generales, de ineficacia de las disposiciones testamentarias con referencia a los distintos supuestos tratados, sin decir de qué clase de ineficacia se trata, ni de explicar si es una misma la que actúa en todas y cada una de las hipótesis. Pero bien es verdad que el perfecto esclarecimiento de estos extremos exigía una investigación complementaria, que Varela con buen criterio dejó para un segundo volumen, ya en preparación. De momento, habrá que contentarse con las escasas y parcas referencias que dejó a lo largo de su obra.

En segundo lugar, el estilo del libro, condensado, extremadamente lógico y desnudo del imprescindible ropaje accesorio, lo hace de difícil lectura. Tal vez diluyendo más las ideas y trayendo al texto la rica colección de casos prácticos, que generalmente figura en notas, hubiera ganado mucho en claridad y colorido, al remachar las ideas y confirmarlas con la discusión de los ejemplos presentados.

Estos ligeros reparos no desmerecen en absoluto las numerosas excepciones de la monografía, puestas ya de relieve en el curso de esta recensión. Por ello felicitamos muy sinceramente al doctor Varela, esperando que, en breve, nos ofrecerá nuevas aportaciones científicas, tan valiosas como la que hoy reseñamos.

Juan Bautista JORDANO

DE AZURZA Y OSCOZ, P. J.: "Esquema de la misión notarial (tentativa de situación en el orden jurídico)", separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Inst. Edit. Reus, Madrid, 1950, 91 páginas.

En armonía con el prestigio y la calidad científica alcanzada en los últimos tiempos por el Notariado español, ha surgido con frecuencia entre sus miembros la preocupación por analizar a fondo la esencia y el porqué de la función del Notariado; se trata, por una parte, del cauce en que

normalmente había de desembocar su pensamiento como hombres con ambición intelectual y con deseo de tener conciencia de su misión; por otra, de la necesidad de dar a ésta un encuadramiento y un rango dignos y elevados en el total mundo de Derecho, acabando con las ideas dominantes sobre el Notariado, con la consideración de éste como una categoría inferior, desde un punto de vista de calidad intelectual y de trascendencia moral, entre los profesionales del Derecho.

Una muestra más de esa preocupación, y un nuevo paso en el camino para satisfacerla, es la obra que ahora nos ocupa.

Se nos dice, en el epílogo: "Y al acabar, temo que entre mil intentos, sin éxito, de justificar cada paso, la misma primitiva idea haya desaparecido, oculta entre tanta hojarasca inútil." La modestia del autor ha exagerado, sin duda; no obstante, es cierto que la abundancia de citas de opiniones ajenas, la preocupación de que la labor constructiva propia se reduzca en muchas ocasiones a sugerir el enlace mental entre ideas dispersas de diferentes autores, el arrancar siempre de muy arriba, de ideas muy generales, hasta llegar a la concreción en la tesis del autor, todas estas causas, decimos, contribuyen a que resulte a veces difícil seguir una línea recta que nos lleve a la tesis básica de la obra; ésta tiene, pues, los inconvenientes, y también las indudables ventajas, de la obra que es preciso leer varias veces, meditar y reelaborar personalmente. Por ello, creemos necesario partir de nuestra propia reelaboración de la total línea interna a que cabe reconducir el pensamiento del autor.

Se arranca de la idea de intencionalidad inherente a toda actividad humana, de la necesidad, esencial a ésta, de la fijación de un norte vital; y más que en cualquier otro aspecto de tal actividad, es ello preciso en la profesional; se impone, pues, para el Notariado, el descubrimiento de ese norte, para que su profesión sea vivida con un sentido funcional. Para ello hay que partir de la noción misma de lo jurídico como una de las zonas en que mentalmente cabe escindir la vida; la dificultad, según los filósofos de la cultura, reside en que el fin último del Derecho es ajeno al Derecho mismo, pertenece al campo de lo social; mas para buscar una exacta fundamentación de lo jurídico se hace necesario acudir a la *philosophia perennis*, y, concretamente, a Santo Tomás; el Derecho surge de la vida humana a través de la necesidad de acoplamiento de seres racionales y libres, como medio, en último término, de lograr el fin inherente a todo ser creado: la gloria de Dios; este punto de arranque del Derecho es la norma; pero el Derecho, surgido de la vida, se realiza en esa misma vida a través del derecho subjetivo, la relación jurídica y el hecho jurídico (1). Esta realización del Derecho en la vida puede hacerse: a) por

(1) Derecho subjetivo, relación jurídica y hecho jurídico no son sino algunas de las más importantes entre la inmensa gama de figuras en que se plasma la eficacia constitutiva del Derecho; no es, pues, del todo correcto hablar de la bifurcación del Derecho en objetivo y subjetivo, como, siguiendo la corriente más común, hace Azurza; en realidad, se trata de dos distintos sentidos de la palabra; pero mientras el Derecho objetivo supone en lo jurídico el concepto básico, lógicamente anterior a todos los demás, el Derecho subjetivo es sólo una de las muchas manifestaciones de la eficacia constitutiva de aquél.

aplicación normal y pacífica; *b*) por decisiones arbitrales; *c*) por decisiones jurisdiccionales, y *d*) por calificaciones jurídicas. Para todas estas funciones es precisa una labor técnica que sólo puede realizar un hombre especializado, el jurista; modelo de este tipo de hombres fué el jurista romano, tan semejante, en muchos aspectos, al Notario actual. ¿Es éste un jurista? ¿Cabe encuadrar su quehacer en esa total tarea de realización del Derecho? La opinión dominante es afirmativa; en contra, ha surgido recientemente la tesis de González Palomino; se impone, pues, un análisis detenido del problema.

Lo esencial de la función notarial es la dación de forma de instrumento público a los documentos que autoriza el Notariado; la forma es una necesidad para la percepción y un determinante de vivencias que no pueden ser fácilmente modificadas por quien las vive; sobre tal base, es evidente su necesidad en el Derecho, que ha de valorar, en un ámbito social, voliciones y vivencias individuales; dado que lo jurídico surge de ser contemplados por la norma una serie de hechos de índole social, material, etc., la forma es el elemento a través del cual se realiza esta transformación; partiendo del concepto aristotélico de forma, se puede decir que la materia social, a través de la forma que impone el Derecho, se convierte en esencia jurídica. Así, pues, la forma en este sentido es algo distinto de la forma como requisito de la declaración de voluntad. Esta pertenece al Derecho civil u objetivo; la primera, al Derecho práctico en sentido amplio.

A través de esta dación de forma, el Derecho otorga su tutela, creándose situaciones con una cierta garantía y estabilidad; pero caben en ello muchos grados, desde la apariencia jurídica hasta la cosa juzgada, pasando por el instrumento público; éste supone la garantía normal, sin necesidad de acudir a la sentencia; pero esta garantía, para ser práctica, ha de cubrir no solamente la existencia material del hecho, sino su eficacia jurídica. No basta con que el Derecho presuma, sobre la base del instrumento público, que una determinada persona emitió una declaración de voluntad; es preciso que presuma también que tal declaración reunía los requisitos necesarios para ser válida y eficaz; esto viene impuesto por el artículo 1.218 C. c.; al hablar de "hecho", en vez del plural "hechos" de sus modelos francés e italiano, nuestro Código debe referirse, no a hechos materiales acaecidos ante el Notario, sino al hecho o acto jurídico total con validez y eficacia de tal (2).

Para que el Derecho atribuya tal eficacia al instrumento público, es preciso que imponga al Notario un previo cotejo entre la actividad de las partes y el Derecho prefijado; este cotejo, ordenado en nuestro Derecho por el artículo 145 del Reglamento Notarial, es el presupuesto de la prestación de funciones, es decir, de la autorización del instrumento como adecuación de medio al fin perseguido por las partes; en ambos aspectos,

(2) Siguiendo a Núñez Lagos, Azurza piensa que el artículo 1.218 es aplicable, si no con exclusividad, sí con preeminencia, al documento notarial (pág. 58).

la labor del Notario, aunque de momento no quepa adscribirla a la función administrativa ni a la jurisdiccional, está llena de contenido jurídico, henchida de juridicidad; el Notario, pues, es un jurista, y Notario y jurista aparecen plenamente ensamblados. Y precisamente es elemento esencial en el Notario y en su actividad el sentido jurídico, la intuición jurídica, tan valorada en términos generales por las modernas corrientes metodológicas.

La conclusión es que "el Notario es un perito en Derecho, facultado para imprimir forma jurídica a los actos y contratos, que el Estado pone a disposición de los particulares para que, en su propio interés y con utilidad general, puedan desplegar las actividades pacíficas al amparo de aquéllas dentro del orden jurídico que posibilita el fin ultraterreno del hombre en sociedad".

Entrando en una valoración crítica de la obra, hay que partir de un sincero elogio hacia el intento, lleno de noble ambición, de encuadrar la función notarial en el total orden jurídico, arrancando de la idea misma de Derecho; tal vez quepa pensar que no era preciso remontarse tanto; no obstante, satisface pensar, y no todos lo han hecho, en que la raíz de nuestra misión, como realizadores del Derecho, está en ese mismo entronque entre Derecho y vida que el autor destaca sobre la base de la más pura ortodoxia tomista; y también es de destacar con alegría que se busque para las teorías básicas del Derecho notarial (función notarial e instrumento público), tan propensas por naturaleza a caer en el positivismo, una fundamentación trascendente en armonía con la concepción católica del Derecho. Cabe, sin embargo, objetar que en tal fundamentación hay un corte excesivamente brusco; en efecto, después de presentarnos como misión esencial del jurista la realización del Derecho en la vida, idea que dimana directamente de la raíz misma de esa concepción, se nos rompe la argumentación para empezar a construir la esencia del quehacer notarial sobre la idea de forma; se podría pensar que se trata de conectar los conceptos de forma y realización del Derecho, en cuanto que la forma es el elemento que transforma la realidad social en realidad jurídica; pero si nos detenemos a pensar en ello, es fácil advertir que no cabe tal asimilación, ni creemos que el autor haya pensado en ella; en efecto, se trata de las dos facetas sucesivas en la vida del Derecho: mediante la forma, en la concepción que nos da Azurza (3), la realidad social se transforma en realidad jurídica; en cambio, la realización del Derecho supone la etapa ulterior, que es precisamente inversa: la realidad jurídica, extraída de

(3) Esta concepción está en gran parte inspirada en Carnelutti, al que el autor cita frecuentemente (vid., sobre todo, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*, pág. 273, cit. por Azurza, pág. 46, n. 81). La idea de forma, en cuanto común a todo fenómeno jurídico, es frecuentemente formulada por la doctrina; pero suele ser desechada por su mismo carácter de generalidad, para fijarse en la forma como forma específica pre-determinada por el Derecho para imponerla como requisito de la declaración de voluntad o como presupuesto de una especial eficacia de ésta; tiene interés la tesis de Azurza al ligar la forma notarial al primer concepto en vez de a éste.

la vida, se plasma de nuevo en la vida, se hace realidad social (4). Por tanto, el Notario, al realizar su quehacer funcional, al dar forma, no realiza el Derecho, sino que pone el supuesto de hecho para que el Derecho otorgue una determinada eficacia; en lo específico de esta eficacia es donde reside la cuestión; en efecto, si se quiere, como exactamente dice Azurza, que el instrumento público garantice, en la medida que le es peculiar, la validez y legalidad del negocio a él incorporado, es preciso que el Notario realice un previo control de la legalidad de tal negocio; y es en este control donde indirectamente el Notario contribuye a la realización del Derecho (5); ahora bien, el grado de eficacia del instrumento público viene a su vez determinado en cierto modo por la calidad jurídica del Notario; no todos los documentos públicos tienen la misma eficacia; y la interpretación que Azurza nos da del artículo 1.218 C. c. tal vez no sea aplicable en la misma medida a todos ellos, ni hubiera podido surgir probablemente si el Notariado actual fuera idéntico al anterior a la Ley Orgánica de 1862; no se trata, pues, de que la calidad de jurista (en el sentido de realizador especializado del Derecho) sea inherente a la función notarial en cuanto dación de forma, sino de que la especial eficacia del instrumento público exige una tarea previa que sólo un jurista puede realizar, pero teniendo en cuenta que esa eficacia no es esencial al documento notarial, sino que viene determinada en cada país y en cada momento por la efectiva calidad jurídica del Notariado (6) (7).

Tal vez todo lo dicho no esté en contradicción con el pensamiento de

(4) Recuérdese cómo De Castro separa y distingue, de un lado, la realización del Derecho, y de otro, la eficacia de la norma (vid. el distinto significado de estos conceptos en su *Derecho civil de España*, tomo I, 2.ª edición, Inst. de Estudios Políticos, Madrid, 1949, págs. 439 ss. y 521 ss.).

(5) Esta contribución tiene un doble aspecto: negativo en cuanto que se niega acceso a la especial eficacia mananente del instrumento público a los negocios que no sean conformes a la ley; positivo en cuanto que influye sobre los particulares que, para obtener dicha eficacia, procurarán ajustar dichos negocios a la norma legal; aquí se prescinde de la actividad asesora del notario, que aconseja cuál es el cauce legal más adecuado a la voluntad de las partes; esto es ajeno, como veremos, a la función notarial propia, que se reduce a prestar su ministerio si el negocio es legal, o a denegarlo en caso contrario.

(6) Existe, pues, un círculo vicioso que, si bien enlaza la función notarial estricta a la función de jurista, impide afirmar que la segunda venga determinada en el notario por la primera; nótese cómo respecto de los agentes mediadores de comercio, que también son notarios (art. 93, C. de c.), el control previo se reduce, según el artículo 95, 1.º, C. de c., a la identidad y capacidad legal de las personas, en contraste con la amplitud del establecido por el artículo 145 del Reglamento Notarial; éste a su vez puede servir de base a la interpretación que da Azurza del artículo 1.218 C. c., porque parte de la alta formación jurídica del Notariado actual, lograda en gran parte por el sistema de selección del mismo que el propio Reglamento regula; hay que hacer constar que la tesis de que el instrumento público garantiza la validez y eficacia del negocio en cuanto a su legalidad de fondo se va imponiendo hoy día (en tal sentido, NÚÑEZ LAGOS: *Documento público y autenticidad de fondo*, en "La Notaría", 1948, págs. 69 ss., y el propio GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho notarial*, tomo I, Inst. Edit. Reus, Madrid, 1946, pág. 119).

(7) Consecuencia de lo dicho hasta ahora es que parezca preferible atenerse, con respecto a la forma notarial, al concepto de forma como forma, de ser o de valer, pre-determinada por el Derecho para actos determinados.

Azurza; pero, en todo caso, supone una aclaración a su tesis, que creemos necesaria a fin de hacer ver el carácter en cierto modo circunstancial del ensamblaje que él propugna entre Notario y jurista. Con esta salvedad, nos parece plenamente exacto, en lo sustancial, el pensamiento de Azurza; en especial su tesis básica de que el Notario es jurista en cuanto Notario, no al margen de su calidad de Notario, como sostiene González Palomino (7 bis); en efecto, de las tres funciones esenciales que hoy realiza el Notario, dación de forma, control previo de la legalidad del negocio y asesoramiento de las partes, las dos primeras las realiza en cuanto Notario; refiriéndonos concretamente al control de legalidad, le es impuesto reglamentariamente como tal Notario, y es presupuesto esencial de la eficacia que tiene, *actualmente y en España*, el instrumento público; y ya hemos visto que dicho control supone una función de jurista. No obstante, hay que hacer dos observaciones a la vista de la oposición entre la tesis de Azurza y la de González Palomino: de una parte, que el primero no toma en consideración esa otra tarea del Notario de asesoramiento de las partes, de afirmación y pedagogía de la voluntad de los particulares, tarea que es donde más resalta la cualidad de jurista del Notario, que éste realiza constantemente, y que, sin embargo, no le es inherente, ni esencial ni circunstancialmente, en cuanto tal Notario; el mayor mérito de la obra de González Palomino está en haber destacado esa labor del Notario como ajena a su cualidad de tal (8); sin que esto quiera decir que, además, no sea jurista el Notario al ser tal Notario. La segunda observación se impone como consecuencia de la anterior: se trata de que es necesario para fijar los términos de la discrepancia determinar lo que se entiende por jurista; para Azurza, parece ser decisivo el carácter eminentemente jurídico de la tarea realizada, si bien hace referencia también al concepto del que aquí hemos partido y que, en esencia, procede de De Castro (9): persona especializada en la realización del Derecho, y precisamente en aquellos aspectos que requieren una rígida especialización; en cambio, González Palomino parece restringir el concepto, tomándolo más bien del tipo del jurisconsulto romano; por eso lo asocia a esa labor de asesoramiento, y también de elaboración del fondo del negocio. Tal vez no se reduzca todo a una mera cuestión terminológica; pero es preciso estar advertido frente al peligro de resucitar viejas polémicas bizantinas en torno al carácter y cualidad del Notario (10).

(7 bis) Ob. cit., págs. 122 ss.

(8) El artículo 1.º del Reglamento Notarial, al conceptuar al notario como profesional del Derecho, en sentido análogo al aquí comentado, no impone este carácter a la esencia del notario, sino que se limita a recoger una situación de hecho.

(9) Ob. cit., pág. 485.

(10) "Hace ya muchos años—escribía González Rodríguez—que el lirismo suplantó a la investigación, y toda una generación de notarios se dedicó a hablarlos del Sacerdocio, de la Magistratura y del Profesorado, enredándose unas discusiones tartarinas sobre si éramos más sacerdotes que profesores, o más profesores que magistrados" (*Bases para una revista del Notariado*, en "Bocetos jurídicos", separata de los Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid, 1946, pág. 82). Preguntémonos, hoy que parece superada esta etapa, si hay algo serio y de fondo detrás de la discusión, antes de gastar nuestro ardor polémico en torno a si somos o no juristas.

Prescindiendo de las comentadas discrepancias, que más bien son observaciones o aclaraciones al pensamiento de Azurza, la obra de éste es plenamente digna y seria, está correctamente construida y llena en muchas ocasiones de sugerencias interesantes y aportaciones de valor. Creemos, en definitiva, que no se deberá prescindir de ella en las futuras elaboraciones en torno a la dogmática de la función notarial.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ

Notario

ESSER, Josef: "Einführung in die Grunbegriffes des Rechtes und Staates.". Eine Einführung in die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie. Wien. Springer Verlag, 1949.

Dos causas principales parecen haber contribuido a la aparición de los numerosos y buenos libros publicados después de la guerra sobre introducción y fundamento del Derecho (1): una, la necesidad sentida por el hombre de hoy de plantearse de nuevo y a fondo los problemas fundamentales de su vivir, y otra el haberse dado cuenta los maestros del Derecho de la singularidad de su saber y del caño que ha hecho y seguirá haciendo el que los juristas se eduquen desconociendo el verdadero valor del Derecho. Esta última preocupación hace decir a Esser que hay que rebelarse contra la consideración de la teoría jurídica como un lujo filosófico, pues esa "abstinencia espiritual" produce falta de amor a la profesión, y que a la crisis del estamento de los juristas ha colaborado el que no se les haya enseñado desde el principio a considerar el sentido social y ético de los conceptos del Derecho. De aquí la importancia de una adecuada guía al comienzo de los estudios jurídicos; de modo que se podría decir, en vez de "bueno es lo que bien acaba", "bueno es lo que bien comienza".

La obra reseñada se divide en cinco partes, que tratan de la esencia del Derecho y del Estado, doctrina de las fuentes jurídicas, grados de la realización del Derecho, las materias jurídicas, y vocación y estudios de los juristas. No todas son de igual interés ni están redactadas con igual cuidado; pero, no obstante esta desigualdad, el conjunto merece cumplidamente el calificativo de libro excelente.

La primera parte es seguramente la más sugestiva. Sin alardes de originalidad filosófica ni pedantería conceptualista, en un lenguaje expresivo y cálido, con frases de la vida ordinaria, oportunas metáforas y citas literarias, consigue presentar con emoción contagiosa un claro concepto del Derecho (2). Si el Derecho fuese "sólo un procedimiento y un instru-

(1) Recordando sólo extranjeros, los de BURCKHARDT, BAUMGARTEN, DU PASQUIER, NAWIASKY, MEIJERS, ROUBIER, KRANENBURG, BRETHE DE LA GRASSAGE y LABORDE-LACOSTE.

(2) En la síntesis que sigue—de las páginas 1 a la 25—se ha pretendido conservar la línea principal del pensamiento del autor, traduciendo en lo posible sus mismas frases; desgraciadamente, al condensar, no se ha podido reproducir lo brillante del original.

mento de la lucha social" (Gumplovicz) no sería un bien cultural, porque éste siempre ha de tener un *sentido*; decir que es Derecho el mandato de la autoridad es lo mismo que afirmar: poder + arrogancia = Derecho. La medida de lo que es Derecho como de lo que es Arte está en la conciencia, pues querer obtener el Derecho de la experiencia sería lo mismo que—como el Barón de Münchhausen—intentar salir del pantano tirando de su propia coleta. Es preciso considerar al Derecho como idea, realidad ontológica, contenido *a priori*, núcleo del cristal de lo jurídico; la idea del Derecho, que se contrapone a su concepto como la Belleza al concepto de Arte. Existe una verdad jurídica que se manifiesta en la Historia, no ciertamente como parte de las leyes biológicas, sino como parte de las leyes de valoración del ser humano; la infracción jurídica no provocará una catástrofe natural como la de una ley física, pero sí dará pie a una catástrofe social, al despreciarse valores y fundamentos de valores inviolables. La idea del Derecho exige que haya un orden y un orden en un *determinado sentido*, un orden justo. La Moral y el Derecho tienen el mismo origen, el Derecho se forma en la misma conciencia moral, pero se le ha dado una organización externa, forma y medida; es la moralidad formada para fines de uso, simplificada y confeccionada.

La necesidad de la ciencia jurídica resulta para Eßer de: a) la pluralidad y renovación espiritual de las cuestiones del orden social; b) la insuficiencia del sentimiento jurídico ingenuo; c) la necesidad de una garantía real, no sólo personal, para la justa formación jurídica objetiva; d) la necesidad de hacer asequibles en general los conocimientos jurídicos y de enseñar el trabajo jurídico (p. 45). La investigación científica tiene cometidos en el sentido del diagnóstico y de la terapéutica, que clasifica en cinco apartados: 1. La investigación social (sociología jurídica y disciplinas auxiliares: comparación antropológica, psicología, etc.); 2. Aclaración del Derecho (dogmática jurídica de *lege lata*, doctrina de la materia positiva); 3. Formación del sistema ("doctrina del Derecho natural", teoría jurídica, filosofía del Derecho); 4. Investigación de las fuentes (Historia del Derecho, doctrina histórica de la materia); 5. Mejoramiento y nueva formación (desarrollo del Derecho, política jurídica de *lege ferenda*) (p. 46).

Bajo el título "Historia del estilo del Derecho y del Estado", hace una escueta y brillante exposición de las concepciones filosóficas del Derecho. Entiende por estilo el sello común propio a todas las instituciones y manifestaciones culturales de una época (3). Pero así, la ingeniosa y atractiva denominación utilizada por Eßer tiene el peligro de sugerir que el ser mismo del Derecho (4) es un producto cultural, cuya naturaleza cambia radicalmente en el curso de la Historia (5). Causa de ello es

(3) Lo define también: "espíritu acuñado, que viviendo se desenvuelve", p. 50.

(4) Sería según los tiempos, manifestación de la "lex aeterna, mandato de la autoridad, juicio de la razón, resultado del juego de las fuerzas sociales, producto de los instintos, &c".

(5) Lo que está también en contradicción con el pensamiento del autor. Compárese además su crítica de las concepciones racionalistas, imperialistas, como grave equivocación sobre la naturaleza del Derecho y del hombre, p. 94.

el abuso ya corriente del término estilo (5). Se emplea bien cuando nos referimos a modos externos del vivir; pero cuando se trata de la postura del hombre frente a un valor o a una idea, no se puede hablar sólo de estilo o forma, sino primariamente de justicia y de verdad. En la frase "estilo de las culturas" se encierra generalmente otro equívoco, confundir la mera moda, lo típico o llamativo con lo general o lo esencial. El observador de la vida social atiende más a lo brillante y superficial que a lo menos visible, y que es, precisamente por serlo, lo que más hondo cala. El historiador de teorías propende además, por habitual antropomorfismo, a ver una evolución, una sucesión, en la que siempre la nueva teoría desplaza a la anterior; con lo que se desconoce u olvida que en cada momento histórico actúan siempre y encontradamente las principales actitudes sobre la vida y que la teoría que parece más característica, la que se dice que da estilo a la época, es sólo la de moda, por ser la más nueva. Ejemplo claro de esto lo ofrece la historia de la filosofía del Derecho. Es indudable que desde la predicación del Evangelio la idea cristiana del Derecho quedó formulada clara y definitivamente, y desde entonces ha habido siempre autores que la han mantenido y hombres que han vivido y han muerto para defenderla; aun admitiendo la existencia y sucesión de un estilo renacentista, racionalista, de la "Aufklärung" y de todos los demás que ESSER enumera, hasta la crisis contemporánea del positivismo materialista, sería necesario reconocer su coexistencia con el estilo que denomina "cristiano medieval" (7); mas esta corrección sería aún poco expresiva de la realidad, porque esos estilos o modas transitorias, (8) no han sido las que han dado tono a la cultura, ya que, de modo expreso o latente, ha sido el espíritu cristiano el que ha caracterizado a la civilización europea y dado sentido a su Derecho. La crisis actual, que con tan vivos colores retrata ESSER (9), es el resultado de que la concepción escéptica y materialista, que hasta tiempos recientes fuera sólo moda, se haya impuesto como modo de vida de diversos pueblos y, precisamente, las nuevas direcciones que buscan asentar el vivir y convivir de los hombres sobre unos fundamentos objetivos y justos no son, en el fondo, otra cosa que muestras de la perenne vitalidad del sentido cristiano de la vida.

La función que compete al jurista se deriva, para ESSER, de la función social del Derecho; por eso, después de señalar la necesidad del pen-

(6) Las frases, "el estilo es la fisonomía del alma" (SHOPENHAUER) y el alma de una época o de una cultura, llevadas hasta la superposición de metáforas en las del estilo de una época o cultura, parecen hacer olvidar su originaria referencia a lo externo.

(7) ESSER dice con nostalgia: "en verdad, desde la caída de la imagen del mundo medieval el reino de los sentimientos sociales se hace cada vez más sombrío", p. 94.

(8) Eran creencias externas, decires, que no tocaban al propio vivir; las minorías descreídas mismas siguen ajustando su vida personal, familiar y social, a los patrones tradicionales del cristianismo.

(9) Véase su referencia al "fariseísmo arrechigoso y social" del S. XIX y su descripción de la tragedia ocasionada por la pérdida de toda creencia, incluso de lo que dicen los cinco sentidos, y que lleva a los hombres a creer en cualquier absurdo, páginas 90-91.

sar conceptual, advierte lo peligroso del hábito de pensar formalmente, el que las *gafas jurídicas* anquilosen la fuerza de su visión social (p. 180). La interpretación debe hacerse (y así entiende el artículo 6 A. B. G. B.) buscando la "ratio legis" objetiva; el juez no está al servicio de la investigación histórica, sino de la formación de la propia vida jurídica y conciencia jurídica de su tiempo; toda interpretación ampliadora, restrictiva o correctoria es una mejora de la regulación histórica, desde el sentido del orden objetivo, actual (p. 184). El juez, así, no está sometido exclusivamente a la Ley, sino al Derecho; es órgano, comisionado de la comunidad jurídica, no su conductor (p. 185).

También merece señalarse la opinión de Eßer sobre las dotes que debe reunir el buen jurista: 1, sentimiento del Derecho y sentido de lo social; quien no conozca el ansia de fomentar los valores de la vida, de proteger a los débiles e indefensos, de establecer el orden sobre el arbitrio y de ayudar a todos a obtener su derecho, ése no es jurista; 2, ha de tener sentido y amor por los valores de la existencia, pues tiene que conocer y saber juzgar de las cualidades de los hombres y de las cosas; 3, ha de tener juicio propio y no sólo sobre cuestiones jurídicas, sino de hecho (sobre si un puente está firme, una cicatriz desfigura, corresponde al estilo un edificio, una escalera es peligrosa, un conductor debió conducirse de otra manera, etc.); pero, sobre todo, juicios de valor (si se pudo prever un peligro, si un matrimonio está insanablemente desunido, un trabajo es cuidadoso, etc.); 4, consideración del Derecho positivo, para lo que hace falta saber pensar conceptualmente; 5, el arte de saberse comunicar, viviendo los casos y en el trato con las personas y el público (pp. 272-273). En correspondencia con ello, su idea de la preparación del jurista no corresponde a la de "los hombres serios", pues aparte de los libros jurídicos y de participar ampliamente en la vida universitaria (filosofía, historia, arte), recomienda la lectura cuidadosa de algún gran periódico (y, si posible, la parte económica), de poesías y de novelas, para librarse de la estrechez espiritual que le amenaza (p. 275).

En obra de tan amplio contenido no es de extrañar que—aparte de las orientaciones generales indicadas—se encuentren afirmaciones o ideas con las que no se puede estar conforme; así, por ejemplo, cuando el autor acepta la distinción entre ley formal y material (p. 126), al caracterizar a la relación jurídica como relación de la vida ordenada por el Derecho (p. 145), al utilizar un concepto del negocio jurídico tan poco técnico que dentro de él se comprenden las facultades y el ámbito de lo lícito que deja el derecho dispositivo (p. 148), al no distinguir el derecho subjetivo de las facultades (10) y al admitir deudas sin responsabilidad (p. 168).

Al tratarse de la distinción entre Derecho privado y Derecho público, después de criticar y rechazar las teorías, generalmente mantenidas, dice que se puede continuar utilizando aquella pareja de conceptos, con la reserva de que "se trata sólo de escalonamiento gradual entre dos polos: iniciativa privada y autoadministración privada, organización soberana y

(10) Define al derecho subjetivo: "derecho de decisión vinculado socialmente", página 159.

orden administrativo" (p. 197). Esta reserva supone un notable avance doctrinal, pero su formulación no es del todo aceptable (11); pues no sólo da por presupuesta la distinción en los criterios diferenciales o polos (lo privado, la soberanía), sino que se restringe excesivamente el sentido de cada polo del Derecho, separando su radio de acción de modo mecánico y sin que se advierta que ambos informan—aunque con distinta intensidad—**a todas las instituciones y ramas del Derecho** (12).

En resumen, puede decirse que el libro reseñado habrá de contarse entre las mejores "Introducciones" publicadas en los últimos tiempos; escrita para los que comienzan el estudio del Derecho, los juristas ya formados no encontrarán novedades en la exposición esquemática hecha de las distintas disciplinas jurídicas (13), pero en las demás partes de la obra hallarán materia para meditar de nuevo seriamente sobre las más fundamentales cuestiones de la ciencia jurídica.

F. de C.

GARCIA GALLO, Alfonso: "Curso de Historia del Derecho Español". Tomo II, "Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal", Volumen 1, Conceptos generales. La persona natural.—Madrid, 1950; 140 páginas.

Los civilistas españoles han repetido constantemente, en los comienzos de sus obras, que la Historia del Derecho Privado Español estaba aún por hacer, que faltaba un verdadero Tratado o Manual de esta materia. He aquí ya un prometedor Manual de la Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal, a juzgar por el contenido de este primer volumen, dedicado al derecho de personas; su autor es el catedrático D. Alfonso García Gallo.

Era, sin embargo, cierta la objeción señalada por los civilistas. España caminaba con evidente retraso en dichos trabajos, ya que en otras naciones, desde fines del siglo pasado, comenzaron a publicarse interesantes manuales sobre la Historia del Derecho Privado. ¿Quién no recuerda los de Hübner, von Schwerin y Planitz, en Alemania; los de Roberti, Leicht y Torelli, en Italia, o los de Brissaud y Viollet, en Francia, entre otros?

En España, hasta la fecha, cabría sólo citar los loables intentos de los profesores Altamira, Minguijón, Beneyto y Riaza, sin que sus obras nos diesen una visión completa de nuestra materia. Existía, y aún existe, una

(11) Se advierte aquí una notable coincidencia con F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, ed. 1942, págs. 68-70; ed. 1949, págs. 90-96; aunque quizás como se advierte en el texto, más externa que interna.

(12) Lo que aparece más claro en el cuadro que hace de todas las ramas jurídicas, en la pág. 194, en donde quedan en la zona intermedia el Derecho agrario, el Derecho de la economía y el Derecho de los menores, mientras lleva a la zona exclusivamente privada al Derecho de familia (¡el de la iniciativa privada!) y a la zona exclusiva del Derecho público al Derecho internacional público (¡el de la organización soberana y ordenación administrativa!).

(13) Al menos en lo referente al Derecho privado. Interesarán, en cambio, los esquemas del apéndice, en especial los muy ingeniosos sobre formas de incumplimiento del contrato, obligaciones de acreedor y deudor y sobre responsabilidad del poseedor, páginas 301-307.

razón fundamental, y es la de que son muy escasos los estudios monográficos dedicados a la Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal, por lo que era casi imposible hacer una síntesis—manual—sobre unos trabajos inexistentes.

Por ello, nos encontramos agradablemente sorprendidos cuando, a fines del mes de febrero del año actual, apareció el volumen I de esta Historia del Derecho Privado, Penal y Procesal del profesor García Gallo.

No es la primera vez que en el campo de la ciencia históricojurídica aparece el nombre del citado profesor ligado a nuevas etapas, teorías o direcciones científicas. De todos es conocida la labor desarrollada por este ilustre investigador; sin embargo, podemos afirmar que esta vez la empresa revestía una mayor dificultad, pues, sin existir casi previos trabajos monográficos, ha abordado una materia en forma de síntesis en un manual. Bien es verdad que una labor semejante fué llevada a cabo por el citado profesor, con pleno éxito, hace unos años en relación con las instituciones de derecho público, pero ahora las dificultades eran aún mayores.

La primera valoración de este volumen, consiste en advertir que está construido—en su mayor parte—directamente sobre las fuentes de la Historia del Derecho Español, hay, pues, por un lado, verdadera investigación propia y, por otro, síntesis expositiva. Sin duda, para llegar a su total redacción su autor ha tenido que ir estudiando en las fuentes—casi monográficamente—cada uno de los apartados o aspectos de la historia del Derecho de personas en España, lo que representa una labor improba y de gran importancia para nuestra ciencia.

Otra característica que queremos hacer resaltar en segundo lugar es el profundo sentido jurídico que apreciamos en el contenido del citado manual, nota que tan pocas veces predomina en las obras de Historia del Derecho.

En tercer término, conviene destacar que trata sobre las personas en la Historia del Derecho Español, no meramente en el Derecho romano o germánico, pues, como con singular acierto señala, ni el Derecho romano ni el germánico se reciben puros en España; por ello, se basa siempre en el derecho contenido en fuentes españolas o en el que se recibe y se aplica.

Antes de entrar en el examen concreto de la obra, queremos recoger una advertencia que hace el propio autor, con valor preliminar, y es que no se pretenda buscar en este manual abstracciones más o menos teóricas o conceptos genéricos; en él predominan los datos, ya que en los tiempos pasados el Derecho se formulaba en normas concretas, con “manifesta repugnancia por las abstracciones”.

Tras de señalar estas características esenciales de dicho texto, vamos a penetrar en su contenido. En primer lugar, es necesario indicar que el profesor García Gallo adopta en este segundo tomo de su Curso un método de exposición diferente del tomo primero, ya que siguiendo la corriente casi general de los historiadores del Derecho, españoles y extran-

jeros, emplea un método sistemático, estudiando cada institución o aspecto por separado y viendo su evolución a través de toda nuestra historia.

Comienza la obra con una parte dedicada a los conceptos generales, y trata como punto de partida del concepto del Derecho civil, que no lo presupone y unifica para cualquier momento, sino que lo plantea y difiere en cada período de nuestra historia. Así, comienza hablándonos del concepto en el período romano—pues la falta de datos impide el precisarlo en la España primitiva—, distinguiendo el antiguo Derecho civil romano y el de la época clásica, junto al Derecho de gentes y al Derecho privado. En el sistema visigodo, sostiene el carácter privado de su Derecho. En el Derecho de la Alta Edad Media, se fija en el carácter privado del Derecho popular, haciendo resaltar el resurgimiento de los conceptos romanos hacia el siglo XII. En la Baja Edad Media y Edad Moderna distingue entre Derecho común, por un lado, y Derecho español, por otro, y dentro de este último, el Derecho popular, que sigue con carácter privado, y el Derecho real, que tiende a abarcarlo todo. Finaliza con el siglo XIX, en el que se abre paso la diferenciación entre Derecho civil, mercantil, penal y procesal.

En el apartado siguiente, en forma logradísima, nos señala la evolución general del Derecho privado español, que tiene un proceso de transformación a través del tiempo similar al del Derecho público, aunque en conjunto los cambios sean "menos bruscos y aparentes", ya que el Derecho privado "tutela intereses más firmes y estables, en gran parte permanentes, como son la existencia y condición de las personas, la relación con las cosas, el tráfico de intereses, la familia o la sucesión hereditaria", indicando de esta manera los presupuestos básicos a examinar en esta rama del Derecho.

A continuación analiza los caracteres del Derecho privado en cada uno de los sistemas jurídicos que se aplicaron en nuestra Península, y así, nos dice cómo el sistema primitivo se basaba en la familia monógama, fuerte, coherente; existía en él la propiedad privada y se transmitían los bienes a la muerte de la persona. Y cómo después el sistema hispanorromano, por influencia del Derecho romano clásico, tiene un carácter individualista, régimen de propiedad absoluta, etc..., opuesto al sistema primitivo de los indígenas. Y el sistema hispanovisigodo, donde la capacidad de las personas aparece modificada por el factor religioso, y donde vuelve a adquirir singular importancia la familia, concibiéndose la propiedad en función de ella, siguiéndose más la tradición romana en el régimen sucesorio y en contratos. Y cómo en el sistema de la Alta Edad Media coexiste el Derecho visigodo junto al Derecho popular (derechos locales y territoriales), caracterizándose este último porque en él se afirma la fortaleza del grupo familiar, dentro del cual se concibe al individuo protegiéndolo y tutelándolo en todas sus actuaciones; aumenta el número de limitaciones a la libre disposición del propietario, dándose importancia al sistema de troncalidad o comunidad de bienes; en el matrimonio coexisten formas civiles y canónicas y se toleran y reglamentan, a veces, formas de uniones extramatrimoniales, se tiende a consolidar el sistema de gananciales,

de unidad y de comunidad como régimen económico matrimonial; el poder conjunto del padre y de la madre es fuerte; el régimen de bienes es distinto, según se trate de bienes inmuebles o muebles; los derechos sobre las cosas apenas si aparecen diferenciados; el derecho de obligaciones presenta unos rasgos muy rudimentarios, son muy pocos el número de contratos reglamentados y sólo los contratos agrarios aparecen claramente desarrollados; y en el derecho de sucesiones se da preferencia a la sucesión legítima sobre la voluntaria. Como en el siglo XIII comienza a aplicarse un nuevo sistema, basado en los Derechos romano y canónico de la recepción, sistema que reelaborado científicamente perduraría a todo lo largo de la Edad Moderna, y cuyas características esenciales eran las siguientes: En el Derecho de personas, la estructuración de la capacidad jurídica conforme a la doctrina de los "status" y la aparición de más circunstancias que la modifican; se desarrolla ampliamente la doctrina de la persona jurídica; el vínculo de la familia se debilita cada vez más; el matrimonio canónico triunfa sobre el civil, quedando al margen del Derecho las uniones extramatrimoniales. Se delimitan claramente los Derechos reales y los personales. En los derechos sobre las cosas, la propiedad se hace individualista y se restringe el derecho de troncalidad, cobrando singular importancia algunos derechos reales, como los censos. En el régimen económico matrimonial adquiere preponderancia el sistema dotal romano sobre los tradicionales. Aumenta extraordinariamente el número de figuras contractuales. Y en el derecho de sucesiones predomina la sucesión voluntaria sobre la forzosa, disminuyéndose la "cuantía de las legítimas y facilitando los testamentos y legados"; también aparecen las vinculaciones. Por último, examina las tendencias codificadoras y principios que las informan a todo lo largo del siglo XIX, con lo que se renueva el sistema jurídico y enlaza con el sistema actual.

Esta primera parte del volumen, dedicada a las cuestiones preliminares, finaliza con este claro análisis de los rasgos generales que presenta el Derecho privado en cada uno de los sistemas jurídicos que se asentaron en nuestra patria.

La segunda parte de esta obra, la dedica al Derecho de personas y familia. Comienza examinando lo que se entiende por sujeto de derecho en cada uno de estos sistemas, ya que no siempre se ha entendido como tal a todo hombre o determinados grupos humanos o entes (criterio actual), sino que en el pasado, por un lado, no todos los hombres fueron sujetos de derecho, y por otro, grupos de seres, cosas, etc., que hoy consideramos sólo como posibles objetos de relaciones jurídicas, fueron considerados como sujetos. Así, en el Derecho primitivo hispano, no sólo podía ser sujeto de derechos y obligaciones el hombre libre, sino también las divinidades, los ríos, los lagos, árboles y animales; esta concepción desaparece en parte en el Derecho hispanorromano, pero resurge con el Derecho hispano y sigodo, al considerar, en sus comienzos, a los santos cristianos como titulares de derechos, capaces de recibir donaciones, etc.; después examina esta cuestión en los sistemas jurídicos de la Alta Edad Media, de la recepción romanocanónica y en el Derecho actual.

En el capítulo I de este segundo libro, plantea el concepto de persona

y capacidad jurídica, refiriéndose únicamente a la persona natural, pudiendo afirmar que hasta el siglo XIX no aparece "una consideración abstracta del hombre como sujeto de derechos y obligaciones". El tecnicismo jurídico, en las distintas épocas, alude a las diversas situaciones en que el hombre actúa jurídicamente, pero sin llegar a expresar una categoría abstracta de sujeto de derecho o de capacidad en general, y así aparecen en el derecho hispanorromano los términos "persona", "caput", "status", expresiones que perviven en los sistemas jurídicos posteriores, aunque con diferente significación; hasta que en el siglo XIX Savigny formula el concepto jurídico de persona como ser sujeto de derechos y obligaciones.

En otro apartado, se detiene en los requisitos de la capacidad jurídica, que distingue de las circunstancias modificativas, ya que los primeros son esenciales para poseer dicha capacidad, mientras que los segundos sólo la modifican. En tal sentido, examina la libertad como requisito esencial en todos los sistemas, aunque cambiando su concepción en cada uno de ellos; y se ocupa después de la profesión de fe católica, requisito que aparece en el sistema hispanovisigodo, a partir del siglo VII, y que volvió a surgir en el siglo XVI, recogiéndose en las Leyes de Toro.

A continuación analiza por separado las distintas circunstancias modificativas de la capacidad, distinguiendo unas civiles y otras naturales. Entre las primeras examina: la nacionalidad y extranjería, la religión, la condición social, la situación familiar, el estado cultural y la infamia. Entre las circunstancias naturales incluye: la edad, el sexo y la enfermedad. Resulta en extremo interesante la minuciosidad con que va estudiando cada institución a través de los distintos sistemas, destacándose siempre el análisis de cada una de ellas en los períodos visigodo y de la Alta Edad Media, aun siendo este último el más difícil de exponer y ordenar por la diversidad de derechos locales y territoriales que se aplicaron en nuestra Península, continuando después su evolución hasta enlazarlo con el Derecho vigente.

En el apartado siguiente se preocupa de la adquisición de esta capacidad jurídica, ya que no siempre se adquiría en la misma forma, pues hasta la abolición de la esclavitud el Derecho preveía dos maneras distintas de adquirirla: por nacimiento de libres y de los esclavos manumitidos. Atendiendo a estos motivos, el autor distingue tres formas: por nacimiento, por manumisión y por imperativo de la ley, examinando independientemente cada uno de ellos a través de toda nuestra historia. Y así se fija cómo, a veces, no es suficiente con el nacimiento para adquirir la capacidad, sino que se requería una posterior aceptación del padre o jefe de la familia, requisito que aparece en el Derecho primitivo de la Península y que aún perduraba consuetudinariamente en el período visigodo, ya que su legislación lo prohíbe y sanciona. También se detiene en las medidas protectoras del concebido y no nacido, en particular en el Derecho de la recepción, en que se reglamentan ampliamente por influencia canónica. En la manumisión examina las distintas formas, facultades, etcétera, en cada uno de los sistemas jurídicos.

En el apartado inmediato analiza los nombres de las personas, signos,

títulos y blasones como atributos de la personalidad, estudiándolos desde el Derecho primitivo hasta el actual.

Posteriormente se preocupa de la extinción de la capacidad jurídica, distinguiendo dos formas: por muerte natural y por muerte civil. En el primer caso analiza problemas de gran interés, como son los del alma del muerto, el suicidio, las pruebas y presunción de muerte de los ausentes. La segunda forma la subdivide en tres grupos: por pérdida de la libertad, por pena y por causa de religión. Estudiando todos estos casos en los distintos sistemas jurídicos que se aplicaron en España. Finaliza este primer volumen con un apartado dedicado a los hombres sin capacidad.

Como podemos apreciar, se trata de un completo estudio sobre las personas a través de la Historia del Derecho Español, construido con el rigor metodológico que caracteriza a toda la obra del profesor García Gallo. A veces, podemos observar cómo el autor ha tenido que desechar o sacrificar multitud de datos, en beneficio de una exposición más clara. Hay momentos en que no ha podido prescindir de relacionar lo estrictamente privado con las fuentes en que se basan, tal sucede en la primera parte de la obra dedicada a las generalidades del Derecho privado, y otros en que aparecen tratados aspectos muy en conexión con instituciones de carácter público. Pero con todo ello se tiende a un más completo estudio de las distintas facetas de cada problema.

En resumen, podemos afirmar que después de la aparición de esta obra, la Historia del Derecho de Personas en España ha tenido un gran avance. Esperamos con gran interés la aparición de los próximos volúmenes para entonces poder decir lo mismo de toda la Historia del Derecho Privado Español.

Joaquín CERDA

GIRON TENA, José: "Introducción al Derecho mercantil inglés de la Economía de guerra". Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid. Valladolid, 1950; 200 páginas.

La laboriosa monografía que Girón Tena acaba de publicar revela decisión en la elección de tema y capacidad de sistematización poco frecuentes. Lo primero, porque con plena conciencia de los peligros de la selva del Derecho inglés de la Economía de guerra, se ha aventurado por caminos que la complicación conceptual y terminológica del derecho anglosajón, en momentos de subversión de los módulos tradicionales, hace difícilmente transitables. Y notable capacidad de sistematización al lograr reducir a esquema orgánico la multiplicidad de disposiciones de diverso rango que han querido encauzar el esfuerzo bélico de la Gran Bretaña. La orientación de la bibliografía inglesa, siempre con aspiraciones más prácticas que dogmáticas, despreocupada de la misma existencia del Derecho de la Economía, hacen todavía más encomiable el esfuerzo del Profesor español, que, sin la base de una producción monográfica anterior, ha sabido ofrecer una útil visión de conjunto.

Al margen de la temática tradicional, la obra ofrece, por otra parte, el interés de haber captado las vicisitudes de nuestras viejas instituciones en momentos en que el esfuerzo de guerra exige someter un país de raigambre liberal a un sistema de economía totalmente dirigida, prestando una sugestiva imagen de lo que podría llegar a ser nuestra disciplina en un mañana incierto.

La obra está dividida en ocho capítulos, el primero consagrado a Introducción y el segundo destinado a trazar un esquema de las consecuencias de la guerra total, al imponer una serie de transformaciones del sistema económico y jurídico vigente.

La necesidad de lograr la máxima producción combinando todos los recursos del país, fomentando directa o indirectamente las útiles al esfuerzo de guerra y restringiendo las no útiles, dió lugar a una multiplicidad de disposiciones relativas a empresas e instalaciones, que se estudian en los capítulos siguientes.

El tratamiento de los bienes se ve afectado por las mismas razones, estableciéndose una nueva jerarquía de valor en su clasificación, en función de su mayor o menor interés para las necesidades de guerra y dándose una serie de normas que suponen la desaparición casi completa en cuanto a la libertad de contratación.

La política de comercio exterior y de control de precios se exponen con detenimiento, así como las disposiciones sobre el Derecho de transportes, en sus diversas modalidades.

En los dos últimos capítulos se analizan las disposiciones relativas al Derecho de Seguros, uno de los aspectos más interesantes del sistema jurídico inglés de guerra y de más trascendencia práctica, y la espinosa materia del cumplimiento de las obligaciones.

E. VERDERA.

MENGONI, Luigi: "L'acquisto "a non domino". Milán, Vita e pensiero, 1949 (290 págs).

Una de las cuestiones más complejas del Derecho y, al mismo tiempo, más atrayentes por sus múltiples proyecciones dentro del sistema jurídico, es la de esas adquisiciones anómalas que, a veces, se presentan en la vida cotidiana de los negocios, cuando el acto dispositivo de una cosa o derecho lo realiza, no el verdadero *dominus*, sino un titular aparente.

La problemática de las adquisiciones *a non domino* es doble. Ante todo se plantea un problema de orden político que, sin muchas vacilaciones, hay que resolver en armonía con las exigencias de la seguridad del tráfico y tutela de la expectativa del tercer adquirente de buena fe, sacrificando el interés particular del *dominus* en aras del bien común. Pero esta ya vieja cuestión hace algún tiempo que dejó de preocupar a los prudentes del Derecho, cada día más absortos en la contemplación del otro problema, más delicado, éste de tipo dogmático.

La ciencia jurídica moderna continúa afanada rebuscando el funda-

mento técnicojurídico de las adquisiciones *a non domino*: ¿Cómo se explican de cara al Derecho? ¿Con qué medios o instrumentos operan?

He aquí el sugestivo campo de trabajo elegido por Luigi Mengoni, Asistente del Instituto Jurídico de la Universidad Católica del Sacro Cuore de Milán, para elaborar esta bonita y completa monografía que le sitúa ya como civilista de cuerpo entero, del que cabe esperar muchas cosas buenas.

Para el autor, es imposible formular una teoría unitaria de las adquisiciones "a non domino" en el ordenamiento jurídico italiano, tanto desde el punto de vista de la adquisición originaria como de la derivativa.

Prima facie parece que el fundamento de la adquisición no puede ser el negocio dispositivo entre enajenante y adquirente, dada la falta de legitimación del *non dominus*, sino más bien un *Tatbestand* o supuesto de hecho diferente basado en una relación inmediata del adquirente con el objeto, productor, por ende, de una adquisición a título originario. Así, la regla "nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet", como *condicio sine qua non* de eficacia de los negocios de disposición, debería conducir, por lógica consecuencia, a afirmar la naturaleza originaria de las adquisiciones *a non domino*, y, por tanto, a la posibilidad de una reconstrucción dogmática común, sobre la base del concepto de adquisición *ex causa nova*.

Mengoni opone que esta manera de argumentar es propia de quienes entienden el principio de la legitimación, condensado en la famosa regla de Ulpiano, como expresión de un poder jurídico del *dominus*, del que sólo derivaría, por un nexo casual, la eficacia del acto de positivo, cuando lo cierto es que, a su juicio, se trata de una simple posibilidad objetiva, que traducida en términos subjetivos asume el carácter de facultad, de modo normal correspondiente al *dominus*, porque la titularidad del derecho es un elemento de perfección del *factum* ("fattispecie") determinante del efecto negocial-dispositivo, pero que también es concebible, desde un punto de vista lógico formal, que el orden jurídico sustituya, en el mismo *Tatbestand*, la falta de titularidad del *non dominus* por una situación de hecho objetivamente considerada equivalente (apariencia del derecho). En tal caso, la adquisición *a non domino* se realizaría con carácter derivativo, sobre la base de un negocio de disposición del titular aparente, provocador de una sucesión entre el verdadero titular y el *accipiens*.

Así, pues, según Mengoni, también el concepto de adquisición derivativa ofrece teóricamente perspectivas, en función de una reconstrucción conjunta de las adquisiciones "a non domino". Sino que prácticamente —como trata de demostrar a lo largo de su bien documentado estudio— tal reconstrucción dogmática unitaria de las diferentes hipótesis de adquisición *a non domino* no le parece viable de cara al ordenamiento positivo italiano, puesto que el legislador no siguió un procedimiento técnico constante, de tal modo que la tutela del tercer adquirente se realiza, según los casos, a través de medios diversos: en unas hipótesis el instrumento técnico de esa tutela es la posesión de buena fe y, entonces, la adquisición es a título originario (máxima "posesión vale título" y usucapión

abreviada) (1); en otras, la tutela se obtiene sustituyendo el defecto de legitimación con la apariencia del derecho ("legitimación aparente" = adquisición de manos del heredero aparente y del prestanombre (2), o bien con la transcripción o inscripción (la llamada publicidad sanante) (3), y entonces la adquisición es a título derivativo.

Muy logradas son las páginas que el autor dedica al estudio del concepto de legitimación aparente. Consiste, a su juicio, en la posibilidad *de facto* que el titular aparente tiene de disponer con eficacia, dentro de ciertos límites, del derecho ajeno. No se trataría, con todo, de legitimación verdadera y propia, porque aquella posibilidad—no susceptible de subjetivarse en facultad por constituir casi siempre una *ilicitud* (salvo el caso del heredero aparente de buena fe)—resulta de la mera apariencia de titularidad y no de la titularidad efectiva.

Aplicando con acierto el concepto de legitimación aparente o de hecho a la explicación técnica de las adquisiciones "a non domino" pretende el autor confirmar la demostración del carácter derivativo de las mismas, que, por otra parte, también parecen imponer las normas positivas del derecho italiano, evitando al mismo tiempo los dos extremos del peligroso dilema en que se colocan los que parten de la rígida premisa del poder exclusivo de disposición del *dominus*: reconocer aún al *non dominus* aquel poder jurídico (*ius disponendi*), cayendo en objeciones insuperables (4), o bien poner de lado el principio de la apariencia y construir la adquisición como originaria, cayendo entonces en contradicción con la ley.

Según Mengoni, la premisa es inconsistente: presupuesto de eficacia de los actos de disposición no es un poder jurídico, con valor de *causa efficiens*, sino la titularidad del derecho, objetivamente considerada como elemento del *Tatbestand*, es decir, con valor de simple condición de hecho del efecto dispositivo, en tanto que la causa reside siempre en el derecho objetivo, el cual bien puede sustituir, para proteger la expectativa del tercero, el hecho de la titularidad material por el hecho de la titularidad aparente, en función de requisito de eficacia del negocio.

Estas conclusiones satisfacen plenamente todas las exigencias teórico-constructivas de las adquisiciones a *non domino* y tienen el mérito incontestable de no propugnar una solución contraria a la ley.

Sin embargo, con la vista puesta en el ordenamiento español, bien podría intentarse la reconstrucción dogmática unitaria del instituto por el camino de la adquisición *ex causa nova*, visto que las normas de nuestro derecho positivo parecen postular unánimemente el carácter originario de las adquisiciones "a non domino" (5). Para ello no habría necesidad

(1) Artículos 1.153, 1.994, 1.159, 1.160 cpv. y 1.162, 1.º co., del Cód. civ. italiano.

(2) Artículos 534, 2.º co., y 1.415, 1.º co., Cód. civ. italiano.

(3) Artículos 2.652, núms. 6 y 7, y 2.690, núms. 3 y 4, Cód. civ. italiano.

(4) Aparte de la inconsistencia de la categoría del poder de disposición, ya hubo quien pusiera de relieve lo absurdo de un poder, cuya subsistencia depende de la buena fe del otro contratante y de la gratuitad del negocio. (Regelsberger, Krückmann, *FERRARA senior.*)

(5) Artículos 464 C. c. y 34 L. H. Defendemos esta interpretación en nuestro estudio *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros*, en este ANUARIO, tomo III (1950), fasc. 3.

de echar por la borda el principio de la apariencia jurídica, que según la opinión que nos parece más acertada constituye un concepto o principio lógico, o—si se prefiere—un principio de política legislativa y no un principio general del Derecho (6).

No es cierto que, como pretende el autor, la explicación del fenómeno con el canon de la apariencia del derecho imponga lógicamente el carácter derivativo de la adquisición, porque, aparte de que una vez demostrado que ésta se verifica a título originario, la *apparentia iuris* podría tomarse aún en consideración como elemento objetivo de la buena fe (Car-nelutti), el referido principio sólo exige que en cuanto al resultado de su dinamismo la titularidad *de facto* de un derecho equivalga, en ciertos supuestos, a la titularidad verdadera o real del mismo derecho. Es decir, la apariencia de un derecho actúa, frente al tercer adquirente de buena fe, como si fuera una realidad. Tanto da que el efecto de los actos del *non dominus* quede asegurado sucediendo el tercero en la titularidad del derecho en el lugar del *dominus* que adquiriendo *ex novo* una titularidad calcada sobre el modelo de la precedente. Desde el punto de vista técnico, parece que no repugna que se adopte ya una u otra modalidad de adquisición. Todo dependerá de lo que impongan las normas positivas. Si éstas, como sucede en el derecho italiano, escogen con preferencia la vía de la adquisición derivativa, el intérprete se verá forzado a construir las adquisiciones *a non domino* acudiendo al concepto de legitimación aparente, que explica de manera satisfactoria su carácter derivativo, sin necesidad de echar mano a la idea estéril de la ficción (teoría de H. Meyer) o al expediente tortuoso del poder jurídico de disposición. Pero si el sistema positivo les da la impronta de originarias, como—según creemos—ocurre en España, no quedará más recurso que explicar el fenómeno a base de un mero poder de hecho del *non dominus*, derivado *ex lege*, para llevar a cabo con actos jurídicamente relevantes la modificación del derecho ajeno, que se extinguiría por obra de la ley, renaciendo en las manos del tercer adquirente de buena fe.

Tal vez el autor hubiera podido continuar explicando la regla “posesión vale título” a la luz de la apariencia, procurando armonizar la adquisición a título originario con la *apparentia iuris*, en vez de contraponerlas lógicamente. En todo caso, su interpretación abre una nueva perspectiva que merece ser tenida muy en cuenta. La parte segunda, donde estudia las adquisiciones “a non domino” por efecto de la posesión de buena fe, sorprende sin duda alguna, junto a las que el autor dedica a definir el concepto y fuentes de la legitimación para disponer, las páginas más atrayentes del libro por la originalidad y finura de sus conclusiones.

Juan-Bautista JORDANO

(6) Vid. cuanto escribimos a este propósito en el citado trabajo.

MERLE: "Essai de contribution a la théorie générale de l'acte déclaratif". París, 1949.

A mediados del pasado siglo comienza a elaborarse científicamente la doctrina del acto declarativo. Los inconvenientes que para los terceros derivaban del carácter retroactivo de estos actos obligaron a los autores a reflexionar sobre el problema para corregirlos o justificarlos.

El concepto de acto declarativo se reconstruyó en vuelta del concepto de acto reconocitivo. Y dentro de aquél se distinguen dos categorías fundamentales. actos declarativos por naturaleza y por determinación de la Ley.

Dentro de esta concepción, acto declarativo es el que primordialmente pretende revelar un derecho anterior latente.

En esta línea de pensamiento se formó la teoría clásica, que aparece plenamente desenvuelta a fines del primer tercio de nuestro siglo.

En ella, el concepto de acto declarativo quedó supeditado por una serie de concepciones prácticas. La creencia en los perjuicios que la retroactividad de estos actos creaba para los terceros inspiró el criterio restrictivo respecto a ellos. Por eso, toda teoría general del acto declarativo parece, a primera vista, que ha de resultar frágil y sin contenido.

Pero hay un punto neurálgico dentro del campo de estos actos que justifica un estudio detenido y conjunto de los mismos: la interferencia de los conceptos de acto declarativo y efecto retroactivo. Esas dos nociones han sido tradicionalmente unificadas, considerándose que todo acto declarativo es necesariamente retroactivo, que la retroactividad es la proyección en el terreno práctico del concepto abstracto de acto declarativo. De aquí las dificultades que hoy se presentan para distinguir uno de otro.

Tal asimilación no aparece hoy como evidente. Su exactitud es puesta en duda por parte de la doctrina moderna, llegando algunos autores a afirmar que puede haber acto declarativo sin retroactividad. Y el hecho de que puedan llegar a disociarse ambos conceptos abre perspectivas nuevas en el estudio del acto declarativo.

Dentro de este campo se mueve Merle en su trabajo, procurando ordenar, sistematizar y sintetizar la materia.

Para tal fin, estudia por separado cada uno de los actos jurídicos que tradicionalmente se vienen considerando declarativos: en primer lugar, los unilaterales (reconocimientos, depósito de marcas de fábrica, retratos y sentencias declarativas); en segundo, los bilaterales (transacción y partición), examinando a propósito de cada uno los méritos e insuficiencias de la teoría clásica. Después de este examen previo puede ya intentar una construcción general en la que incluye el concepto de acto declarativo, su función y efectos.

De todo ello puede concluir que el acto declarativo es el que permite a un derecho preexistente, pero ineficaz, producir en el futuro todos sus efectos.

Esa característica esencial pone de manifiesto la utilidad del acto de-

clarativo en la vida jurídica: tiene una finalidad reparadora y otra reveladora de un estado de derecho anterior.

Las numerosas dificultades teóricas y prácticas que la doctrina del acto declarativo presenta obedecen en gran medida a la insuficiencia e inexactitud de la concepción tradicional, según la cual esos actos se limitan a constatar un derecho preexistente sin modificarlo.

El autor se opone a la equiparación entre los conceptos de retroactividad y declaratividad, señalando la naturaleza adquisitiva y no declarativa de muchos actos retroactivos del derecho común. Decir que todo acto declarativo implica retroactividad supone, a su juicio, dar origen a una grave confusión entre fecha anterior y efecto retroactivo. La fecha anterior se diferencia de la retroactividad porque supone que un acto jurídico celebrado en una determinada fecha se realizó en otra posterior.

El acto declarativo no implica una fecha anterior; produce sus efectos desde que este acto permite al derecho preexistente ejercitarse, proporcionándole la fuerza necesaria para ello. El efecto retroactivo "strictu sensu" se encuentra efectivamente en la teoría del acto declarativo, pero supone tan sólo un complemento técnico indispensable del efecto declarativo al cual prolonga su eficacia, permitiendo así encontrar su lugar al derecho que en aquel momento se declara. Sólo de esta forma puede conciliarse la necesidad de mantener la eficacia del acto declarativo por medio de la retroactividad con la de asegurar a los terceros un mínimo de certeza mediante la limitación del funcionamiento del efecto retroactivo a su fin esencial.

Efecto declarativo y retroactividad son conceptos con contenido y consecuencias diferentes. El primero hace referencia a la naturaleza misma del acto, restituyendo a un derecho preexistente su razón de ser. El segundo se refiere a una modalidad del acto, pero sin ser exclusivo de él, ya que se encuentra también en otros actos jurídicos.

La obra de Merle supone un trabajo meritorio. En él destaca un fino análisis, una clara exposición y un estudio profundo de las diferentes partes de la materia. Esta última cualidad tal vez se haya exagerado, pues el autor, en su afán de no dejar ningún punto sin tratar, se alarga considerablemente tratando extremos que podían omitirse; de aquí resulta la desmesurada extensión del libro.

El apartado bibliográfico es exhaustivo en referencia a la literatura francesa, muy abundante sobre el problema. No así respecto a la extranjera, de la que el autor sólo usó la italiana, y aun ésta, en parte. Pero ello obedece, sin duda, a la orientación que domina en los libros jurídicos franceses modernos, todavía más notoria en la mayor parte de ellos que en este que comentamos.

MINISTERIO DE TRABAJO: "Índice de disposiciones legales sobre accidentes de trabajo y materias conexas". Madrid, 1949; 328 páginas.

Como su título ya indica, se trata de un índice de disposiciones relativas a materia tan interesante como son los accidentes del trabajo en una legislación como la nuestra, eminentemente social. Quizás su título peca de inexacto por lo modesto, pues en realidad lo que se ofrece al lector es una recopilación legislativa de las dictadas en orden a todos los sectores de la actividad laboral, pues si bien el índice parte fundamentalmente de la idea de accidentes del trabajo, en torno a él se configura todo cuanto a aquélla se refiere.

Un riguroso orden alfabético y sus exactas remisiones, facilita su manejo y lo convierte en instrumento utilísimo, no solo al profesional especialista, sino a todo aquel que de un modo u otro interviene en la actividad jurídica. Es de desear que se sigan publicando los sucesivos suplementos ya que el que nos ocupa sólo recoge la legislación publicada hasta el 15 de julio de 1949.

J. H. C.

SALIS: "La superficie"; vol. IV, tomo III, fascículo I, del "Trattato di Diritto civile italiano", de VASSALLI. Turín, 1949.

Con la maestría de que siempre dió muestras, viene Lino Salis en este libro a describirnos con trazos firmes el derecho real de superficie, figura del mayor interés dogmático y cuyas aplicaciones en la vida práctica dieron los mejores resultados.

En síntesis clara y completa, Salis nos presenta el derecho de superficie como un derecho real de goce que sólo puede ser constituido por libre voluntad del propietario del terreno. Su efecto típico más importante es el de impedir que el "dominus soli" adquiera por accesión las plantaciones y construcciones hechas en un terreno de su propiedad y sobre el cual concedió un derecho de superficie. La titularidad de la superficie no determina por sí sola la propiedad de las cosas plantadas o edificadas: ese dominio surge de modo originario, según el principio general que rige en materia de derechos reales. Diferencia Salis nítidamente el derecho de superficie y la propiedad separada sobre lo plantado o edificado: puede existir el uno independientemente de la otra, su constitución produce efectos distintos, y diversas son también las causas por las que se extinguen.

Siguiendo ese cuadro general, el autor comienza tratando la constitución del derecho de superficie y de la propiedad separada. Dentro de este capítulo merece destacarse el estudio de la adquisición de la propiedad separada y del derecho de superficie por usucapión. Respecto a la propiedad separada considera el autor que no puede desconocerse la posibilidad de usucapirla durante diez o veinte años, según los presupuestos; es perfectamente admisible que un tercero adquiera de buena fe "a non domino" un piso o departamento de un edificio, al igual que es también posible adquirir la posesión de ese piso; transcurridos los

diez o los veinte años el poseedor adquirirá la propiedad separada de la cosa poseída con ese ánimo, y la adquiere con todos los accesorios inherentes a tal dominio. En referencia al derecho de superficie, considera que el adquirente de este derecho, cuando no lo ejercita (por ejemplo, si no construye) no podrá pretender haber adquirido por prescripción (ni de diez ni de veinte años) la propiedad separada del terreno, a no ser que pruebe con actos idóneos que mudó el título de su posesión. El derecho de superficie, entendido como derecho a edificar sobre suelo ajeno tornándose el titular dueño de lo edificado de modo originario, no es susceptible de adquirirse por usucapión, pues no es posible adquirirlo sin el respectivo ejercicio; al ejercitarse, el edificio que se construyó cedería al suelo; la usucapión se tendrá, por tanto, que referir unitariamente al suelo y al edificio. La usucapión de la propiedad superficiaria no es posible, pues ésta surge de modo originario. O sea, lo único que por usucapión se puede adquirir es la propiedad separada.

En los dos capítulos siguientes del libro trata Salis el ejercicio y la extinción del derecho de superficie y de la propiedad separada. En ellos presenta un sólido esquema doctrinal y nos ofrece nuevas luces para considerar los problemas, así como varias tentativas de reconstrucción.

Muestra de ello es todo lo referente a limitaciones, en especial a la concesión del derecho de superficie con el pacto de vender lo construido al "dominus soli" cuando acabe el plazo; considera Salis que en este supuesto la propiedad separada del edificio no desaparece a la llegada del término, pues las partes pactaron celebrar en ese momento un negocio traslativo del dominio; hasta que tal negocio se concluya el dueño del suelo no adquiere la propiedad de lo edificado, aunque el derecho de superficie cese por la llegada del término.

Nueva prueba nos ofrece el apartado que dedica a estudiar la extinción de la superficie por abandono. Como en todo derecho real de goce, el abandono extingue el derecho de superficie. Esa renuncia puede realizarse antes de comenzar los trabajos de construcción, una vez iniciados, o acabada ya la obra. Por la expansión natural del dominio al abandonarse el derecho limitado la propiedad recobra sus primitivos límites sin necesidad de ningún acto por parte del dueño del terreno. Si la obra estaba ya comenzada, al extinguirse el derecho de superficie por abandono entra en juego el principio de la accesión y el titular que renuncia no podrá hacer valer frente al propietario del terreno otros derechos que los que corresponden a un tercero que edifica en suelo ajeno. Si la obra estaba concluida y surgió ya la propiedad separada, el abandono del derecho de superficie no extingue la propiedad superficiaria, porque ésta, una vez constituida, sólo puede pasar a manos del "dominus soli" mediante un negocio de transferencia o con una renuncia traslativa dirigida directamente al dueño del suelo. La renuncia al derecho de superficie, cuando éste se encuentra en estado de quiescencia por haberse producido el efecto que las partes perseguían al constituirlo—que surgiese la propiedad superficiaria separada—, produce la extinción definitiva del derecho; los efectos prácticos de esa extinción sólo se manifiestan en el

futuro; cuando se extingue la propiedad superficiaria al destruirse la obra edificada y el derecho de superficie no puede ya entrar en juego por haberse extinguido con el abandono; si el edificio se destruye, el titular del derecho de superficie no podrá reemprender la construcción porque el abandono le privó de ese derecho.

En un último capítulo trata Salis el derecho de superficie sobre plantaciones. El motivo de su prohibición en el artículo 956 del Código italiano es, a juicio del autor, clarísimo: siendo posible establecer sobre un terreno una larga serie de derechos reales, a fin de conseguir su disfrute colectivo, el legislador consideró superfluo y peligroso permitir que se constituyeran ciertos derechos (como el de superficie) con los cuales se intenta atribuir al titular una serie de facultades o poderes que se le pueden asegurar perfectamente con otros derechos reales de goce (usufructo, uso, enfitusis, servidumbres). La Relación Ministerial sobre el Proyecto del nuevo Código italiano consideraba que la existencia de una propiedad vegetal separada del suelo sería dañosa para el incremento de la agricultura. Ahora bien; la propiedad separada sobre plantaciones es admisible cuando su constitución no atribuya al titular un derecho sobre el terreno análogo al de superficie; es posible que determinados vegetales existan sobre una superficie perteneciendo a persona diferente del "dominus soli", siempre que el propietario de las plantas se limite a ese dominio sin invocar otros derechos sobre el terreno.

Una de las manifestaciones más importantes de propiedad separada sobre las plantas, se da en la venta de plantas destinadas a trasplantarse o cortarse. Desde el momento de la conclusión del contrato las plantas pasan a ser propiedad del comprador (adviértase que en Italia rige el principio "solus consensus parit proprietatem"); desde ese momento hasta el de trasplantarlas o cortarlas existirá una propiedad separada sobre plantas unidas—si bien transitoriamente—a suelo ajeno.

El libro de Salis, modelo de claridad y sistemática, se lee con particular agrado. Y supone una útil aportación para el estudio de este interesante derecho.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

FERRI: "I titoli di credito"; vol. VI, t. III del Trattato di Diritto civile italiano", de VASSALLI. Turín, Utet, 1950 (178 págs.).

La ya clásica obra de Messineo, *I titoli di credito* (Padua, 1933), es, sin duda alguna, la más completa y profunda que se encuentra en toda la vasta literatura italiana sobre la materia. Tras de la aparición del Código de 1942 fueron muchos los autores que dedicaron sendos estudios al problema de cara a la nueva legalidad. Pero se hacía sentir la falta de un libro que de forma orgánica volviera sobre las diversas cuestiones planteadas; por la teoría de los títulos de crédito. El Prof. Ferri, conocida autoridad en asunto de tan alto interés, ha venido a colmar la laguna con este reciente e importante volumen, integrado en el *Tratado*

de Derecho civil, que elaboran prestigiosos jurisconsultos italianos bajo la dirección de Vassalli.

Consta de cinco capítulos seguidos de un índice alfabético por materias, bastante completo, y de otro legislativo. En el capítulo primero se estudia el concepto de título de crédito, recogiendo sus definiciones y caracteres en las concepciones dominantes. Muy atinadas son las consideraciones hechas por el autor al ocuparse del documento como medio técnico de circulación, de la posesión del documento y legitimación, de las relaciones entre documento y derecho y de la función de legitimación y autonomía de la posición del portador del título.

El capítulo segundo está dedicado al fundamento jurídico de la obligación. Después de pasar revista a la solución de la doctrina dominante, a la teoría de la apariencia jurídica, a la de la prueba legal y a las teorías negociales, sienta las bases de una reconstrucción. A su juicio, ninguna construcción puede considerarse satisfactoria desde el punto de vista lógico; las desviaciones deben ser explicadas sobre la base de consideraciones prácticas, tales como la necesidad de tutela de la circulación y la buena fe de los terceros.

Colocados en este ángulo visual resulta superfluo recurrir a construcciones complicadas y artificiosas. Examinando a fondo la cuestión y, sobre todo, teniendo en cuenta la realidad práctica, que con frecuencia se olvida en la construcción teórica, Ferri llega a resultados bastante satisfactorios y merecedores de atenta consideración, especialmente por lo que se refiere a los aspectos característicos de la posición del tercero y al sentido en que se determina la autonomía de la obligación. Jalones sucesivos de su intento reconstrutivo son las sugestivas páginas que consagra al estudio de la literalidad de la obligación cambiaria, insensibilidad de la obligación cambiaria respecto al negocio que la ha determinado, naturaleza jurídica de la declaración cambiaria, requisitos esenciales de la misma y títulos de crédito abstractos y causales.

La circulación de los títulos de crédito, el ejercicio del derecho cambiario y la extinción del título de crédito son tratados en los tres últimos capítulos del libro.

El profesor Ferri ha conseguido elaborar una completa monografía sobre los títulos de crédito, en la que, de forma breve, pero precisa, se expone toda su compleja problemática. La obra contiene extensas referencias bibliográficas y en ella se recoge también la literatura extranjera más importante: alemana, suiza, francesa, inglesa, americana y española.

En una palabra: se trata de un cuadro de conjunto, bien trazado, que ayuda eficazmente a comprender la mecánica de los títulos de crédito en el sistema del Derecho privado.

Juan B. JORDANO

GHIRON: "La concorrenza e i consorzi", vol. X, t. 1, fásc. 2º del "Tratato di diritto civile italiano", de Vassalli. Turín, Utet, 1949. 147 páginas.

El volumen está dedicado principalmente a exponer y explicar sistemáticamente la materia contenida en el Título X, libro V del Código civil italiano ("Della disciplina della concorrenza e dei consorzi").

Teniendo en cuenta la naturaleza de la colección de que este estudio forma parte, el A. tomó como objeto esencial de sus investigaciones el Derecho privado, no excluyendo, sin embargo, las oportunas referencias indirectas a otras disciplinas jurídicas (Derecho público y Derecho administrativo) y un análisis preliminar de naturaleza económica, que era necesario para completar el dibujo de las anomalías más salientes que se observan en los mercados como consecuencia del libre encuentro de oferta y demanda.

Primero se examina la represión de la competencia desleal y después la disciplina de los diferentes grupos de ofrecedores. En tema de concurrencia desleal, Ghiron distingue, por una parte, la que se realiza en daño de adversarios con los que no está ligado por contrato (conurrencia extracontractual) y, por otra, la que se practica violando los deberes que derivan de un pacto (conurrencia antiecontractual). A su vez, dentro de la concurrencia extracontractual distingue los actos que el concurrente realiza para influir "directamente" en la opción de sus consumidores (por ejemplo, falsificación de las marcas distintivas expuestas al público), de los que ejecuta en contra su adversario con el fin de desviarle la clientela "indirectamente", substrayéndole instrumentos esenciales para formarla o retenerla (por ejemplo, hurto de un secreto de fabricación).

En la segunda parte del libro Ghiron examina la disciplina jurídica de las uniones de emprendedores munidos de organización común, pero desprovistos de actividad externa (arts. 2.602-2.611, Cod. civ. it.), de aquellas otras que, teniendo una actividad exterior, entran en relación con terceros (arts. 2.612-2.615), y de los consorcios u organismos consorciales con personalidad jurídica, correspondientes a las mayores agrupaciones de empresarios.

Por último, trata de los carteles que, como tienen una disciplina menos definida, originan ciertas dificultades de exposición que el A. ha sabido vencer con desembarazo.

Juan B. JORDANO

RUBINO: "La responsabilità patrimoniale"; vol. XIV, tomo I, del "Tratato di Diritto civile", de VASSALLI. Turín, 1949.

Extraordinario interés presenta este tomo del Tratado de Vassalli, que contiene dos estudios de Rubino: uno sobre la responsabilidad patrimonial, al que ahora nos vamos a referir, y otro sobre la prenda, del que haremos apreciación más detenida en otro lugar.

El concepto de responsabilidad nos dice Rubino hace referencia a una sanción. La responsabilidad puede ser personal o patrimonial, según que

la sanción se dirija contra la persona o contra su patrimonio. La personal encuentra el verdadero campo de aplicación en el ámbito penal y administrativo, teniendo bien pocas manifestaciones en el civil. Por el contrario, la patrimonial se da siempre y sólo en el terreno de las obligaciones; es única en lo que respecta a su estructura: el deudor responde con sus bienes del cumplimiento de las deudas.

El problema de la caracterización de esta responsabilidad comienza a plantearse en Alemania a propósito de la célebre distinción entre los dos elementos constitutivos de las obligaciones: el deber de prestar y la responsabilidad patrimonial. Dentro de este cuadro las opiniones dispares se suceden. Se llega a afirmar que la responsabilidad patrimonial produce un derecho para el acreedor, mientras que el deber de prestar sólo le atribuye una legítima expectativa no exigible coercitivamente. Incluso se admite que esa responsabilidad concede al acreedor un derecho real de garantía sobre el patrimonio del deudor considerado como "universitas". Y los procesalistas consideran que así como el deber de prestar pertenece al derecho sustancial, la responsabilidad queda fuera de la relación obligatoria y se encuadra por entero en el Derecho procesal, en cuanto es el Estado quien procede ejecutivamente contra el patrimonio del deudor, no correspondiendo al acreedor más que una especie de derecho de reembolso contra el Estado.

Rubino piensa que la distinción entre débito y responsabilidad ha sido supervvalorizada, y que ambos elementos deben encuadrarse en un complejo orgánico unitario, dados los estrechos vínculos—sobre todo, de orden funcional—que les unen. Si la responsabilidad fuese sólo una sanción, permanecería extraña al derecho de crédito y no podría utilizarse para indagar su naturaleza, porque la sanción en principio no forma parte del derecho para el que fué prevista y se actualiza incidentalmente cuando aquél se viola. En cambio, en la responsabilidad patrimonial, si bien no puede excluirse la idea de sanción, ésta permanece subordinada. La sanción es una exigencia de justicia retributiva, que es fin en sí misma, y tiende a lograr que se observe la conducta debida. La responsabilidad patrimonial, en cambio, tiene prevalentemente por fin satisfacer al acreedor; es una tutela intrínseca al crédito; precisamente, es esa tutela la que hace de él un derecho subjetivo. Por ello no hay razones para considerar al débito y a la responsabilidad como dos relaciones separadas.

Pero estructuralmente esos dos elementos permanecen diferenciados. La responsabilidad no impone al deudor una conducta, sino que implica simplemente un estado de sujeción que permanece potencial hasta el incumplimiento de la deuda. Apreciando la responsabilidad desde el lado del acreedor, podría decirse que éste tiene un derecho contra los bienes del deudor, el cual cumple—en sentido genérico—una finalidad de garantía. Ahora bien, en sentido técnico la sujeción de los bienes del obligado no concede al acreedor un verdadero derecho, sino sólo una posición de favor, una tutela jurídica. Lo que verdaderamente supone un verdadero derecho atribuido al acreedor, es la acción ejecutiva, que ultrapasa el mero campo civil para entrar en el dominio del proceso. Las fases civil y

procesal no pueden confundirse; y no cabe admitir que la responsabilidad pertenezca a la segunda. La responsabilidad, el poder de dirigirse contra los bienes del deudor en caso de incumplimiento, constituye un *prius* respecto a la ejecución forzosa, un presupuesto de ella; ese *prius* sólo puede pertenecer al Derecho sustancial.

En cuanto a los límites de esta responsabilidad, el autor hace notar que ella pasa de potencial a actual cuando la obligación se incumple voluntariamente. Si la prestación ya no es realizable, se transforma su contenido, resultando un crédito por resarcimiento de daños; para efectivar ese crédito el acreedor puede dirigirse contra todo el patrimonio del deudor.

Cuando la ley dice que el deudor responde con todos sus bienes presentes y futuros no emplea una fórmula exacta. En realidad, sólo responde con los bienes que forman parte de su patrimonio en el momento de la ejecución, aunque esos bienes no estuvieran en el patrimonio en el momento en que surgió la deuda; por el contrario, los bienes que estaban en el patrimonio en ese momento no quedan afectados si salieron antes de que pudiera entrar en juego la responsabilidad patrimonial. (Rubino olvida que en virtud del juego de las acciones subrogatoria y pauliana pueden quedar sujetos a responsabilidad bienes que no se encuentran en el patrimonio al vencer el crédito; haciendo esta salvedad, el argumento del autor es válido.) Por otra parte, se sustraen a la responsabilidad algunos bienes existentes en el patrimonio al momento de la ejecución: los llamados impignorables (mejor diríamos inembargables); pero la exclusión de responsabilidad en esos casos, determinada por la ley, tiene carácter excepcional.

Dentro del cuadro de la responsabilidad patrimonial presentan una particular importancia los derechos reales de garantía. Operan estos derechos como causas de prelación; pero estas causas prelatorias se diferencian de otras (privilegios), que el Ordenamiento reconoce, por su distinta naturaleza; pues así como en los privilegios la prelación agota el contenido del derecho, en las garantías reales constituye tan sólo uno de los varios poderes conferidos al acreedor garantizado.

Después de tratar la subrogación real en caso de pérdida o deterioro de la cosa garantizada y la disminución de garantías, acaba el autor su trabajo con el estudio del pacto comisorio que el artículo 2.744 del Código italiano prohíbe dentro del ámbito de la hipoteca.

Este breve estudio presenta, como todos los de Rubino, verdadero interés dogmático y viene a precisar la naturaleza fluctuante de la figura de la responsabilidad patrimonial del deudor.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

GAETANO: "I privilegi", vol. XIV, tomo I, del "Trattato di Diritto civile italiano", de VASSALLI. Turín, 1949.

Este tomo de la colección dirigida por Vassalli, que aparece ahora en segunda edición, contiene, junto a dos estudios de Rubino (sobre la responsabilidad patrimonial y sobre la prenda), una monografía dedicada a

los privilegios, de la que es autor el Presidente honorario de la Corte de Casación italiana, Paolo Gaetano.

El principio de la igualdad de los derechos de todos los acreedores para satisfacerse de sus créditos sobre los bienes del deudor, encuentra como excepciones las causas de prelación, que en el ordenamiento italiano son tres: los privilegios, la prenda y la hipoteca.

Por prelación la ley entiende la preferencia atribuida a un acreedor frente a los demás que con él concurren sobre los bienes del deudor. Y debe advertirse que la prelación tiene un significado esencialmente distinto del de otras figuras jurídicas que conduciendo a un resultado semejante—desigualdad de trato entre varias personas que participan en la repartición del valor realizado de una cosa—se mueven, no obstante, en otro campo (así, el poder de anticipación que al titular de un derecho real de goce corresponde sobre el precio de la cosa cuando es expropiada).

Como las causas de prelación implican otras tantas restricciones al principio “*pars conductio creditorum*” deben interpretarse restrictivamente, no pudiendo las partes introducir libremente nuevas figuras de prelación no tipificadas. Es decir, constituyen un “*numerus clausus*”.

Sentadas estas bases, puede ya el autor entrar en el estudio de los privilegios como causa de prelación.

El privilegio de crédito implica una modificación de aquel derecho sustancial que normalmente corresponde a todos los acreedores en igual grado, y concede a su titular una preferencia respecto a los otros acreedores que con él concurren. Pero si bien esta preferencia representa un elemento esencial del privilegio, y en los privilegios generales constituye todo su contenido, en los especiales junto a ese derecho esencial de prelación encontramos conjuntamente otros poderes de naturaleza diversa, los cuales tiendiendo a asegurar el crédito no encuentran su fundamento en la relación personal obligatoria a la que el privilegio se adhiere. Y es que el contenido del privilegio especial no se agota en una simple preferencia personal; la causa de la mayor parte de estos privilegios reside en un servicio prestado a la casa, en un aumento del valor patrimonial que para ella se produce, independientemente de la persona de su propietario, pudiendo por ello prescindirse de la relación personal que liga a éste con el titular del crédito, y quedando vinculada la cosa al acreedor privilegiado. La figura de este privilegio se asemeja de modo extraordinario a la del derecho real.

Claras diferencias separan los privilegios de las otras dos causas de prelación (prenda e hipoteca). Al paso que estas últimas tienen normalmente su origen en la voluntad de las partes, los privilegios encuentran su fundamento en la voluntad del legislador. Respecto a la prenda, Gaetano hace notar que requiere como condición indispensable la posesión de la cosa por el acreedor pignoraticio (el autor parece olvidarse del supuesto de consignación de la cosa a un tercero por común acuerdo entre las partes; no obstante, ese supuesto no invalida su argumento), mientras que en el privilegio se prescinde de este elemento. La hipoteca exige —ad substan-

tiam—la inscripción; en cambio, esa exigencia no aparece en los privilegios. Los propios privilegios especiales, que son deudas de prelación unidas a un derecho real de garantía "sui generis", se diferencian de la prenda e hipoteca tanto por la fuente de que derivan como por las condiciones de su existencia y ejercicio.

Tras exponer los conflictos entre los privilegios, de un lado, y los derechos de los terceros y los derechos reales de garantía, de otro, entra el autor en el estudio de las causas extintivas de los privilegios.

Los privilegios, tanto generales como especiales, siendo un accesorio del crédito están íntimamente ligados a la duración de éste. Por lo general, surgen con el crédito y con él se extinguen; en los generales ninguna influencia ejercen los eventos que determinan mutaciones físicas o jurídicas en alguna de las cosas que componen el patrimonio del deudor, pues que este privilegio se puede hacer valer sobre cualquiera de esos bienes.

La vida del privilegio especial está ligada, además de al crédito, a la suerte de la cosa sobre que recaen. Por ello también se extingue cuando la cosa perece, pudiendo entonces operarse una subrogación real sobre su valor. Desaparece también cuando la cosa es sustraída del comercio jurídico, o cuando muda su naturaleza pasando de mueble a inmueble o viceversa.

Una vez constituido el privilegio, es susceptible de ampliaciones derivadas de eventos supervinientes en referencia bien a la cosa sobre la que recaen (accesiones) o al crédito que garantizan (gastos judiciales, daños, intereses).

También pueden sufrir modificaciones cuando el crédito pasa de un sujeto a otro. Siendo un accesorio del crédito, puede decirse que normalmente el privilegio se transmite con él; en el privilegio especial, ligado directamente a una cosa, es preciso que el cesionario pueda encontrarse en las mismas condiciones que el cedente para que sea eficaz la cesión del privilegio. En términos análogos, con las variaciones que la naturaleza de estas figuras imponen, se pronuncia el autor sobre la novación, delegación y subrogación.

El privilegio es indivisible, dada la naturaleza de la relación. Si se fracciona entre varias personas, puede cada una de ellas ejercitar el privilegio por entero; en los especiales, si la cosa se divide, puede ejercitarse la prelación sobre cada una de las partes para conseguir la integría satisfacción del crédito.

El efecto principal de los privilegios se identifica con el del derecho de prelación que constituye el fin último de todos ellos. El grado de intensidad de la prelación varía en los diferentes privilegios, de acuerdo con el grado de favor que la ley atribuye al crédito. El ejercicio de la prelación trae como consecuencia la ejecución forzosa y la apertura del procedimiento de concurso; ahora bien; si al llegar ese momento un privilegio condicional no puede aún ejercitarse, considera el autor que deberá permitirse el pago de créditos posteriores siempre que los acreedores presten caución de restituir lo que recibieron cuando las condiciones se

cumplan o llegue el término: es éste el medio mejor de proteger los intereses de unos y otros.

En la segunda parte de la obra, Gaetano estudia los privilegios en particular: los privilegios generales, los especiales sobre muebles e inmuebles y, por último, el orden de unos y otros.

El libro presenta el mayor interés teórico y práctico; resulta uno de los estudios más completos y sistemáticos sobre la materia. El autor junta a la solidez dogmática la apreciación del caso concreto con una justa medida de los intereses.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

Revistas

I. Derecho civil

I Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

BIELSA, Rafael: "Las reglas de Derecho en la ley, en la doctrina y en la jurisprudencia, a propósito del "standard" jurídico". *La Ley*, 59, 1950; págs. 2-6.

El "standard" jurídico es concebido como un instrumento necesario para valuar, el juez o el jurista, el sentido y la virtualidad actual de la norma que debe aplicar en consideración a la resultante de la *conducta social correcta* y a la moralidad media o normal que asiste en la conciencia jurídica dominante.

Señala el parentesco existente entre el "standard" y el "case method", aunque, desde luego, son cosas distintas, cronológicamente al menos, ya que el "standard" es el medio o instrumento, y el "case method" es la obra hecha, el tipo de decisión. De las distintas formas de interpretación considera que la mejor es la hecha por la ley misma—auténtica—si se funda en buenos principios.

CANELAS, L. René: "El trámite de naturalización según el Decreto Supremo de 28 de julio de 1949". *Revista Jurídica (Bolivia)*, 49, 1949; páginas 22-25.

Critica duramente este Decreto, por cuanto mientras la idea que predomina en la Constitución es facilitar la incorporación de nuevos elementos a la Comunidad por medio de la naturalización, política inspirada en la necesidad de mejorar y acrecentar el caudal demográfico, así como la riqueza, el Decreto a que se refiere viene a contrariar los fines perseguidos en la ley fundamental. Por estas razones considera que el citado Decreto es *inconstitucional* y que por ello, en los casos que surjan, y mientras se declare la *anticonstitucionalidad* del mismo, se deben adoptar las prescripciones del Decreto de 1.^o de diciembre de 1938.

KELSEN, Hans: "El Derecho como objeto de la ciencia del Derecho". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Argentina)*, 18, 1950; págs. 17-38.

Partiendo de la idea de que la ciencia del Derecho es una ciencia socio-normativa y no una ciencia natural, intenta demostrar cómo el Derecho puede ser objeto de una ciencia particular. Para ello examina el Derecho en su doble aspecto: estático y dinámico para seguir estudiando las normas jurídicas y la razón de su validez, distinguiendo entre la norma fundamental—constitución—, que no es una norma del Derecho positivo creada por una autoridad jurídica, sino que es una norma presupuesta por la ciencia del Derecho; de las que llama "reglas de Derecho" entendidas, como proposiciones, mediante las cuales la ciencia del Derecho describe su objeto y aun dentro de aquellas últimas, entre las creadas o formuladas por la ciencia del Derecho y las creadas por las autoridades jurídicas. Distingue entre Derecho positivo y Derecho natural, así como entre Derecho y Moral, cuya diferencia encuentra en el contenido de las reglas. Por último, por lo que hace a lo que él llama teoría del Derecho y lógica del pensamiento normativo, manteniéndose dentro de la línea de su teoría pura del Derecho, estima que ésta se propone determinar el contenido específico de las reglas de Derecho comparándolas con las otras leyes sociales, recabando para la teoría general del Derecho la definición de las concepciones jurídicas y de las nociones fundamentales de la ciencia del Derecho.

LOPEZ BERENGUER, José: "La identificación de las personas en la relación jurídica civil". *Anales de la Universidad de Murcia*, 1949-1950; páginas 289-389.

El hombre es eminentemente social, fundamenta la existencia misma del Derecho y es objeto de especial estudio dentro del mismo como titular del contenido de las relaciones jurídicas; de ahí que el Derecho ha de proveer a la identificación de las personas, no sólo para evitar la suplantación de la personalidad jurídica, sino también por la necesidad de que en todo acto jurídico las relaciones determinantes de derechos y obligaciones sean perfectamente válidas y de completa eficacia legal. Estudia y distingue la *identidad* y la *identificación*, así como los procedimientos para ésta, exponiendo los diferentes métodos, terminando por examinar uno a uno los casos en que la legislación civil de España exige la identificación de las personas.

MASA ORTIZ, Miguel: "Del distinto valor de las inscripciones en el Registro Civil". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 266-267, 1950; página: 441-460.

El Registro Civil, que tiene por finalidad el hacer constar en forma auténtica y fehaciente el estado civil de las personas a fin de poder ser acreditado en cualquier momento, tiene virtualidad distinta según sea la

índole de la inscripción, y así, unas son constitutivas, otras declarativas, determinantes de la producción de efectos contra terceros, probatorias, necesarias y voluntarias.

En el estudio de las inscripciones que en nuestro Derecho revisten carácter constitutivo, tras notar que con frecuencia no son inscripciones, sino transcripciones, expone sucinta y claramente el problema en orden al reconocimiento de hijos naturales, adopción, matrimonio, distinguiendo dentro de éste el canónico y el civil, la ciudadanía, la vecindad civil, cambio, adopción y modificación de nombres y apellidos y, por último, la habilitación de edad.

MAURANDI ABADIA, Nicolás: "Consideraciones acerca de los artículos 190, 191 y 192 del Código civil. Posición jurídica del ausente y sus representantes, respecto a los derechos eventuales de aquél". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 127, 1950; págs. 1-13.

De los distintos conceptos que de la ausencia se han dado, considera que se encuentra más en armonía con los hechos en que se apoya, el considerarla como una mera incapacidad de hecho que exige un tratamiento jurídico análogo, pero no idéntico al de las llamadas circunstancias modificativas de la capacidad de obrar; pero bien entendido que esto sólo en cuanto a la regulación de sus efectos, pero con fundamento totalmente distinto; estima que la ausencia constituye una especialísima situación del sujeto de derecho con relación a los derechos concretos de la persona que se encuentra en aquella situación, ora se trate de los derechos ya ingresados en su esfera jurídica, ora se trate de aquellos a cuya adquisición está llamado. Estudia la cuestión subdividiendo la materia en dos grandes apartados: posición jurídica del ausente y sus representantes frente a los derechos eventuales no sucesorios y posición jurídica del ausente y sus representantes respecto a los derechos eventuales sucesorios.

ORGAZ, Alfredo: "Concepto del hecho jurídico". La Ley, 59, 1950; páginas 1-3.

El concepto del "hecho jurídico" es uno de los fundamentos del Derecho, ya que sin él no puede pensarse la vida jurídica, puesto que el hecho es el antecedente necesario de todo derecho y de toda modificación de los derechos. Lo define diciendo que es el conjunto de las circunstancias de hecho que, producido, debe determinar una cierta consecuencia jurídica de acuerdo con la Ley; es, en definitiva, el supuesto de hecho o el supuesto jurídico de una norma, para el nacimiento, modificación o extinción de una consecuencia jurídica determinada. Los hechos jurídicos más importantes son los actos humanos, y dentro de ellos los actos jurídicos—negocios jurídicos—y los actos ilícitos.

PIZARRO BRUMOND, J. E.: "A interpretação das normas jurídicas e o direito privado". *Revista Forense*, 563, 1950; págs. 20-23.

Debe presidir el esfuerzo del jurista el intento de que el Derecho y la legislación se desenvuelvan en perfecta correspondencia entre sí y de acuerdo con las necesidades del medio, y la interpretación de la Ley debe hacerse de tal forma que se armonice, en lo posible, con las exigencias de la civilización. Cuidar de lo incompleto o imperfecto es el objetivo de la técnica jurídica, organizando, corrigiendo y completando, y ello es así, sobre todo, en el Derecho privado, cuyas raíces se encuentran sutilmente entrelazadas con los intereses de los individuos.

RAMON REAL, Alberto: "El concepto de sanción de la Ley". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Uruguay)*, 2, 1950; páginas 517-556.

Comúnmente se entiende por sanción, en la doctrina más recibida y en la práctica, la aprobación del Proyecto de Ley por el Poder legislativo; si bien el autor se inclina por considerarla como el acuerdo expreso o tácito de los dos Poderes que intervienen en el proceso de formación de las Leyes, o bien como culminación de ese proceso, no obstante la oposición del Poder ejecutivo, una vez que el voto es alzado por decisión de la Asamblea General.

La sanción de las Leyes, según el autor, se producen en estos cuatro casos: cuando una Cámara aprueba un Proyecto previamente aprobado por la otra; cuando la Cámara de origen aprueba las modificaciones introducidas al Proyecto por la otra; cuando la Asamblea General, por dos tercios de votos, decide la discrepancia entre la Cámara de origen y la Cámara revisora, y, por último, cuando las Cámaras reunidas en Asamblea General aprueban nuevamente un Proyecto devuelto por el Poder ejecutivo, con objeciones u observaciones, dándole "su última sanción", por el voto de tres quintos de los miembros presentes o sólo por la mayoría absoluta de presentes si ratifican el Proyecto, ajustándose a las observaciones del Poder ejecutivo.

RODRIGUEZ AGUILERA, Cesáreo: "Concepto y fuentes del Derecho Hispano-jalifiano". *Boletín del Colegio de Abogados de la Zona del Protectorado de España en Marruecos*, 3, 1950; págs. 128-137.

Entiende por Derecho hispano-jalifiano el conjunto de normas jurídicas dictadas por el Jalifa y refrendadas por el Alto Comisario, aplicables a los españoles, extranjeros y marroquies *protegidos* en la zona española de Protectorado en Marruecos; dentro de él, naturalmente, es posible distinguir tantas ramas o sectores autónomos e individualizados del mismo, como en el Derecho interno de cualquier país.

Por lo que hace a las fuentes, las estudia en general deteniéndose, par-

ticularmente, en lo que llama órganos de creación de las normas y principalmente en el Dahir; como fuentes supletorias, cita la analogía, los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, siendo aplicables a cada una de éstas las especiales cuestiones que se refieren en el Derecho español.

SOTO NIETO, Francisco: "Inscripciones de fallecidos o desaparecidos durante el Movimiento Nacional y la pasada guerra mundial". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 135, 1950; págs. 1-7.

Tras estudiar detenidamente cada una de las disposiciones dictadas en relación con la materia, analiza los distintos supuestos de inscripción en la Sección 3.^a del Registro Civil, de acuerdo con lo dispuesto en la Orden de 15 de diciembre de 1949, y así distingue las siguientes hipótesis: inscripción normal, extraordinaria y especial. Por lo que hace a los fallecidos y desaparecidos durante el Movimiento Nacional, estudia los trámites esenciales del expediente, la inscripción en el Registro y efectos que producen, así como el supuesto de aparición de los inscritos, los cuales podrán acudir al Juzgado instructor, solicitando la cancelación del asiento, y el juez, previas las diligencias convenientes y después de oír al Ministerio fiscal, dictará auto resolviendo la pretensión deducida, y ordenando, en su caso, al juez municipal, la cancelación del asiento respectivo y de la correspondiente nota marginal. Por último, en relación con el no menos interesante problema de la inscripción de los españoles desaparecidos en el extranjero con ocasión de la pasada guerra mundial, destaca cómo la Orden de 30 de enero de 1948 extendió la aplicación del Decreto de 8 de noviembre y Orden de 10 de noviembre de 1936 a este caso.

2. Derechos reales

A cargo de José María CODINA CARREIRA.

BONET CORREA-CALDERON, José: "La "destination du père de famille" del Derecho civil francés y otros derechos extranjeros". Información Jurídica, 86-87, 1950; págs. 879-912.

Se refiere al singular modo de constitución y adquisición de las servidumbres, conocido comúnmente en la legislación extranjera de tipo latino con el nombre de "destinación del padre de familia", que ha sido recogido en el artículo 541 de nuestro C. c.; estudiando el problema a través de las legislaciones francesa, italiana, portuguesa, alemana, suiza e inglesa.

LAJE, Eduardo Jorge: "Conservación y transformación de las partes comunes en la propiedad horizontal". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires), 19, 1950; págs. 489-536.

Estudia la Ley argentina 13.512, sobre régimen de propiedad de pisos y departamentos constitutivos de un edificio dividido horizontalmente, respecto a los problemas que plantea el mantenimiento en buen estado del inmueble, y la contribución y actuación de los propietarios en ese sentido. Refiriéndose concretamente a la proporción con que deben contribuir y modo de proceder en caso de disconformidad.

PENZOL VIJANDE, Ramón: "La posesión en la anticresis". Foro Gallego, 59-66, 1949; págs. 163-166.

Considera la anticresis como un derecho *ad valorem*, no de goce o disfrute, sino solamente un medio para garantizar y pagar un crédito ofreciendo las ventajas de la hipoteca, pero sin que requiera la inscripción con carácter constitutivo.

Distingue la posesión del derecho de anticresis de la posesión de la finca gravada con ese derecho, afirmando que la posesión de la finca no es necesaria para constituir anticresis, pero es posible, y pueden convenirla las partes aun en aquellos casos en que el crédito no esté vencido.

QUAGLIATA, Pascual: "El dominio en el régimen de la propiedad horizontal". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo). 1, 1950; págs. 167-184.

Analiza la naturaleza del dominio en la propiedad horizontal, afirmando que la verdadera situación jurídica de esa relación es pura y simplemente la de contemporaneidad del estado de división con el de indivisión; estado de división, relativo a aquellas cosas que los propietarios tienen, distintas y separadas, y estado de comunidad, en cuanto a las cosas que son comunes a todos.

Se refiere a los tres aspectos que caracterizan esta copropiedad: su administración, la conservación del bien y la enajenación, considerando, en este último aspecto, seriamente debilitado el derecho de propiedad de cada titular.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

CARLOMAGNO, Adelqui: "La teoría de la imprevisión y la frustración en los contratos". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Argentina)*, 18, 1950; págs. 67-87.

Considera poco conveniente concretar la teoría de la imprevisión en preceptos expresos del Código, debiendo por el momento limitarnos a considerarla como una pauta o criterio de aplicación general que surja de sus distintos artículos o se desprenda de alguno de sus principios básicos; ello implica dar cabida a la imprevisión dentro del Código civil argentino, estimando que surge a través del concepto general y amplio de buena fe que va implícito en el Código y que, por lo tanto, la doctrina de la imprevisión no puede ni debe ser especificada y aplicada, sino única y exclusivamente por vía de interpretación judicial, para lo cual las facultades de los jueces, por la naturaleza misma y fines esenciales del Instituto en cuestión deben ser lo suficientemente amplias, a menos que se quiera incurrir en arbitrariedad.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Venta de pisos". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 131, 1950; págs. 1-4.

Cuando se vende un piso de una casa se produce un conflicto entre dos necesidades reales; por una parte, la del comprador que adquiere el piso con el propósito de habitarlo, y de otra la del arrendatario que se encuentra sin vivienda, ya que con frecuencia los derechos de tanteo y retracto que la Ley le concede no puede ejercitárselos debido a su situación económicamente débil. En base a la inspiración social de la Ley, estima que es obligado inclinarse en favor del económicamente débil, procurando no lesionar los intereses del nuevo o del anterior dueño.

La solución la ve en permitir al arrendatario que por tanteo o retracto adquiera el piso, el pago aplazado de su importe con un interés mínimo legal y una garantía real establecida en favor del vendedor para todos los supuestos de impago.

GOMES, Orlando: "Elementos de contrato de trabajo". *Revista Forense*, 564, 1950; págs. 371-376.

El contrato de trabajo, siendo un acto jurídico, tiene su validez condicionada a sus elementos esenciales, accidentales y naturales. Entre los esenciales examina: la *capacidad de los contratantes*, estudiando por separado a los menores, mujer casada, extranjeros y ciertas restricciones especiales de la capacidad, como son la exigencia de determinada idoneidad

para el puesto, exigencia de estar colegiado, etc.; el *consentimiento, objeto y causa*. Entre los accidentales estudia la condición y el término, y, por último, entre los naturales hace especial mención del llamado *periodo de prueba*, presupuesto de todo contrato, dadas sus especiales características.

J. AZURZA, P.: "Notas sobre novación". Revista de Derecho Privado, 400-401; págs. 590-615.

Define la novación como todo cambio o alteración, subjetiva u objetiva, que por voluntad de las partes se introduce en una obligación preexistente. Estudia su evolución en el Derecho romano, hasta llegar a la Codificación moderna, deteniéndose especialmente en el Derecho español, donde estudia las clases de novación, clasificándolas por lo que hace al elemento o elementos de la relación a que afecte el cambio, y en este sentido divide a la novación en subjetiva, objetiva y mixta, y por lo que hace a sus efectos la divide en total o parcial, propia o extintiva e impropia o modificativa.

LANDIN, Jaime: "O destino do contrato". Revista Forense, 564, 1950; páginas 358-366.

Ante la reforma del Derecho privado se plantea el autor el problema de cuál sea el destino del contrato, preguntándose si en los tiempos actuales cabe hablar de una crisis del contrato, bien por su absorción en la *institución*, o bien por su sumisión, más o menos voluntaria, a una reglamentación, despojándose de su categoría de instituto de la iniciativa privada para, dentro de la órbita de los actos administrativos, convertirse en un esquema del cual las partes no pueden determinar ni el contenido ni sus modalidades.

Considera que la solución se halla en una reconducción del contrato por el camino de lo social, sin abolir por ello los elementos de obligatoriedad y de voluntariedad.

REYES MONTERREAL, José María: "En torno a supuestas causas de desahucio en arrendamientos rústicos". Boletín de Información del Ministerio d^r Justicia, 134, 1950; págs. 1-8.

Las actuales disposiciones relativas a la reserva de trigo que corresponde al propietario arrendador, junto a la convertibilidad de la renta pactada en base a determinada cantidad de trigo, han originado que se consideren como supuestas causas de desahucio los dos hechos siguientes: el que estando impuesta al arrendatario la obligación de entregar al Servicio Nacional del Trigo la parte del mismo correspondiente a la reserva del propietario, la no entrega de aquélla puede ser motivo determinante de extinción del arrendamiento, por rescisión del contrato, y segundo,

que el colono está obligado a entregar al arrendador el precio que recibe del Servicio Nacional del Trigo por la venta de la gramínea correspondiente a la reserva del propietario, y que el incumplimiento de ello determina falta de pago de la renta recogida por la Ley como causa de desahucio. Se pronuncia contra la admisión de tales causas de rescisión, por considerar que de ningún modo puede en ellas fundamentarse el desahucio por falta de pago.

4. Derecho de familia

A cargo de José María CODINA CARREIRA.

BIANCHI BIANCHI, Juan: "Matrimonio y divorcio". *Revista de Derecho* (Concepción-Chile), 68, 1949; págs. 165-176.

La legislación chilena admite el divorcio sin disolución del vínculo, por lo que trata el autor de mantener su tesis sobre la necesidad del divorcio, pero con disolución del vínculo, siempre que exista un mutuo acuerdo, con objeto de evitar que personas desgraciadas en su vida conyugal permanezcan sumidas en el dolor y obligadas a ello.

Sugiere dos soluciones para dignificar el matrimonio: que se impida el de los individuos menores de veintiún años y que se exija para contraerlo un certificado de sanidad; lo primero para la salud moral y lo segundo para la salud física del matrimonio.

CAMACHO PORCEL, Adrián: "El derecho de visita y comunicación con los hijos en caso de divorcio". *Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales* (Bolivia), 21, 1949; págs. 73-82.

Examina un Auto Supremo, primero dictado en su género, relativo al derecho de comunicación con los hijos en caso de divorcio, de suma importancia por tratarse de una cuestión olvidada en la legislación boliviana, llegando el Sr. Camacho, entre otras, a las siguientes conclusiones:

El otorgamiento de la tenencia de los hijos a uno de los cónyuges no implica pérdida de la patria potestad, pues el esposo que no tiene la custodia conserva el derecho de vigilar la educación y manutención de los hijos, el mismo que se hace efectivo mediante la visita y la correspondencia.

GARTNER, Jorge: "Liquidación de sociedades conyugales". *Estudios de Derecho*. Universidad de Antioquia, 34, 1950; págs. 29-36.

Se refiere al artículo 7.º de la Ley colombiana 28 de 1932, sobre liquidación de sociedades conyugales, respecto a aquellos casos en que por virtud de dicha disposición los bienes existentes en poder de uno de los

cónyuges a tiempo de la disolución de la sociedad y asignados anteriormente a uno de ellos como anticipo de gananciales deben o no ingresar en la masa social a efectos de liquidación y participación definitivas.

Afirma el autor que es un error jurídico y legal dar a las distribuciones previas hechas por los cónyuges el carácter de verdaderas liquidaciones, y no tomarlas como medidas de orden administrativo interno que no cambia la naturaleza de los bienes y que desaparecen al disolverse la sociedad.

5. Derecho sucesorio

A cargo de José María CODINA CARREIRA.

CAFFERATA, José Ignacio: "Separación de patrimonios". Boletín del Instituto de Derecho Civil (Córdoba-Argentina), 4, 1948; págs. 623-665.

En el derecho argentino, paralelamente al beneficio de inventario, funciona la llamada separación de patrimonios, cuya institución impide la confusión de los patrimonios del causante y del heredero, y crea a favor de los acreedores y legatarios del difunto un derecho de preferencia sobre los bienes hereditarios respecto a todo acreedor del heredero, de cualquier clase que sea.

Afirma el autor que el origen de la separación de patrimonios se remonta al derecho romano, encontrándose en el título 6 del libro 42 del Digesto los principios rectores de esta institución, que ha pasado al C. c. argentino.

GOLDSCHMIDT, Werner: "La sucesión de un español polígamico". Boletín del Colegio de Abogados de la Zona de Protectorado de España en Marruecos, 3, 1950; págs. 113-117.

Se refiere a aquellos casos en que un musulmán de la Zona de Protectorado de España en Marruecos adquiera la nacionalidad española sin cambiar de religión y manteniendo su situación matrimonial poligámica.

Respecto a los matrimonios celebrados antes de la adquisición de la nacionalidad española, al tolerar España la poligamia en su protectorado, con más razón ha de reconocer sus consecuencias patrimoniales.

En cuanto a los nuevos matrimonios que haya celebrado después de adquirida la nacionalidad, la aplicación de la ley española a los efectos personales del matrimonio, produce la disolución de los vínculos, por ellos los esposos no adquieren la nacionalidad española, dándoles en el aspecto patrimonial la posición de una mujer separada del marido por culpa de este último.

STOLFI, Giuseppe: "Note sul concetto di successione". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 3, 1949; págs. 535-548.

Se refiere al concepto general de la sucesión, que comprende dos especies diversas: a título universal y a título particular, al que no considera útil prácticamente, prescindiendo de toda relación histórica, porque la diferencia entre el heredero y el legatario no es sólo cuantitativa, sino, sobre todo, cualitativa.

Afirma que la sucesión, en sentido técnico, consiste en la sustitución de uno o más herederos en la idéntica posición jurídica de una persona muerta.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARÍN PEREZ.

AZPIAZU, José: "Algunas consideraciones sobre el nuevo Código de la Propiedad inmueble de África Occidental Española". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 263, 1950; págs. 257-267.

Se trata de un comentario elogioso al Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 10 de diciembre de 1949, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 13 de enero de 1950, señalando las novedades, que contiene, estudiando con particular detenimiento el artículo 81 y poniéndolo en concordancia con el 41 de la Ley Hipotecaria.

CHACON, Juan: "Cancelaciones que establecen la Ley y el Reglamento Hipotecario". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 266-267, 1950, páginas 497-513.

Empieza el autor de este artículo manifestando su sorpresa de que la Ley Hipotecaria en su artículo 1.^º no nos diga que el objeto del Registro es también la cancelación de los actos y contratos ya inscritos, relativos al dominio y demás derechos reales, ya que sólo se refiere el mencionado precepto a la inscripción y anotación de dichos actos. Hace seguidamente una interpretación integradora del artículo 1.^º para llenar la laguna advertida y llega a la conclusión de que, puesto que en el artículo 76 de la misma Ley se dice que las inscripciones se extinguieren en cuanto a tercero por la cancelación (siendo este asiento de cancelación de la misma naturaleza que los cancelados, por tanto, una inscripción), y puesto que en el número 2 del artículo 2.^º se dice, en relación con el párrafo 1.^º que en el Registro se inscribirán los títulos en que se extinguieran derechos reales, la omisión queda salvada, debiendo entender la palabra *inscripción* empleada en el artículo 1.^º citado en su sentido lato, comprensiva de todos los asientos, incluso de los de cancelación. La cancelación es, pues, una inscripción.

Hace más tarde el autor, advertido su propósito, una excursión inquisitiva, indagatoria, concienzuda y minuciosa a través del articulado de la Ley y del Reglamento Hipotecario, sin olvidar siquiera las disposiciones transitorias, una excursión en busca de las diferentes cancelaciones que se encuentran en estos textos. Su labor es de exposición, no de comentario, como él mismo advierte. Cuando encuentra un asiento de cancelación se apresura a recogerlo para ofrecérselo al lector.

Acaba este artículo con un complemento expositivo de otras diferentes cancelaciones no recogidas ni en la Ley ni en el Reglamento, de las que cita algunas por vía de ejemplo, y con la acertada advertencia de que ni la Ley ni el Reglamento pueden recoger todas las cancelaciones, por ca-suísticas que quisieran ser, siendo como es el Derecho continuo "fluir de la vida".

DAVILA, Julián: "Aspectos hipotecarios en la compraventa de bienes inmuebles inscritos". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 264, 1950, páginas 297-304.

Como conclusiones de este artículo, se pueden establecer:

1.^o El vendedor está obligado a procurar y hacer posible la inscripción del comprador.

2.^o El vendedor está obligado a procurar una inscripción plena y perfecta, libre de toda carga.

3.^o El comprador no está obligado a entregar el precio antes de obtener la inscripción de su derecho.

4.^o El comprador puede pedir la resolución del contrato si el vendedor no puede cumplir con el requisito de la inscripción.

G. ARANGO Y CANGA: "Términos bravos y propiedad a monte y villa". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 266-267, 1950.

Físicamente, dice, los términos bravos son grandes extensiones de terreno inculto, integrado normalmente por varias lomas de zona montañosa. Pertenecen a varios propietarios por cuotas 'indivisas, característica de los mismos.

Aunque se hable de "términos bravos del pueblo de", no se refiere esta expresión a una relación de pertenencia jurídica, sino física; sale con esto al paso de una opinión mantenida por autores "poco profundos o no habituados a contemplar esta forma de propiedad", según la cual esta forma de expresión significaba una relación jurídica de pertenencia a un pueblo.

"La inscripción se practica a nombre de los titulares y no de ninguna entidad local."

El Registro, concluye, exterioriza la existencia de una comunidad o condominio romano, que no se puede confundir con otras formas jurídicas, por mucho que sea el contacto que exista entre ellas.

A primera vista, la propiedad a monte y villa es idéntica a la de términos bravos. La primera abarca tanto a lo inculto como a lo cultivado.

Señala un proceso de descomposición de la propiedad a monte y villa, al ir cultivando y adquiriendo paulatinamente los particulares, convirtiéndolas en propiedad exclusivamente privada e individual, fincas integradas antes en los términos de referencia.

HERMIDO LINARES, Mariano: "La Estadística de la Propiedad Inmueble en España". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 264, 1950, páginas 305-320.

Se trata de un minucioso estudio estadístico destinado a demostrar que nuestra legislación inmobiliaria está fracasada en nueve provincias y en otros muchos partidos judiciales, y la nueva Ley no ha resuelto el problema que intentó resolver.

REZA, Alfredo: "Falsas posiciones en la interpretación de los artículos 34 y 207 de la Ley Hipotecaria". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 264, págs. 332-339.

Se llega a la conclusión, en este trabajo, que el tercero que tiene derecho a ejercitar la condición resolutoria es el tercero civil, haciéndolo amparado en un título no inscrito, por lo que la frase del artículo 207 del Reglamento "no surtirán efecto respecto de tercero" significa que en él se mantiene el imperio absoluto de la Ley, con la sola excepción del artículo 32, preceptivo de que los títulos no inscritos no perjudican a tercero, por lo que no hay que sugerir que las palabras "tercero protegido por el artículo 34", vertidas en los 31 y 36.

URIARTE BERASATEGUI, José: "Revisión de ideas". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 266-267, 1950.

Del presente trabajo daremos oportuna cuenta cuando su autor acabe en números sucesivos la publicación.

VALLET DE GAYTISOLO, Juan: "Aclarando posiciones (En torno al ámbito de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria)". *Revista de Derecho Inmobiliario*, 266-267, 1950, págs. 514-518.

Artículo de tono polémico, contestando a otro del Sr. Reza y aclarando que lo que el autor se propuso demostrar fué:

1.^o Que un tercero cuya adquisición sea posterior a la relación inscrita puede esgrimir contra ésta su derecho adquirido, si éste es a su vez anterior a aquella relación.

2.^o Para que un derecho real sea anterior a la inscripción, es necesario que exista antes.

III. Derecho mercantil

A cargo de Jerónimo LOPEZ LOPEZ.

1. Parte general

ARAGONCILLO, C.: "Necesidad del Corredor de Comercio en la Zona española de Marruecos". *Boletín del Colegio de Abogados de la Zona de Protectorado de España en Marruecos*, núm. 2, julio 1950; páginas 79-81.

Indica que el tit. XI, libr. II, del C. de c. vigente en la Zona es letra muerta al respecto. Hace referencia a las funciones de los corredores de comercio, para señalar que con su no intervención no tienen aplicación los preceptos del C. de c. que consideran como créditos escriturarios las letras de cambio y demás documentos de giro intervenidos en su creación por corredores de comercio, con la consiguiente preferencia en caso de quiebra; que carecen de fuerza ejecutiva las pólizas de crédito bancario, en caso de no constituirse por escritura pública, cosa no siempre factible, dado su costo; carencia por parte del Estado del control de gran parte de la contratación, que no tributa por ello, etc. Propone que se nombre por Dahir corredor de comercio para la Zona, y señala que por ser más óptimo el Arancel se conseguirían las importantes ventajas de su intervención sin encarecimiento de la contratación mercantil.

CASANOVA, M.: "Note sulla piccola impresa". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*. Vol. III, fasc. 5-7, 1950; págs. 112-124.

El principal de los problemas tratados en este estudio es el de determinar el concepto de pequeño empresario. Se ha sostenido en la doctrina que el art. 2.083 C. c. it. señala como criterio general el ejercicio de una actividad profesional organizada preferentemente con el propio trabajo y el de los componentes de la familia, de tal modo que la enumeración contenida en el citado precepto legal sería solamente "ad exemplum"; otro sector de la doctrina cree que el supuesto citado constituye un criterio más, en paridad con los expresamente señalados en la disposición legal. Para el autor constituye una categoría genérica, pero cualquiera de los supuestos que se señalan expresamente tiene autonomía y validez independiente como criterio de discriminación. Aborda a continuación el problema de coordinar sistemáticamente el referido precepto con el artículo 1.º de la ley sobre quiebras. La doctrina ha sostenido en este aspecto varias posiciones, que expone el autor: se dice que el art. 1.º de la ley sobre quiebras supone un criterio nuevo, inconciliable con el sancionado

en el C. c., señalando los autores que esto sostienen que el nuevo criterio deroga al antiguo, o bien que tiene un especial campo de aplicación, que sería el relativo a los supuestos regulados en la ley sobre quiebras. Otra opinión indica que no hay oposición entre ambos preceptos, sino que el art. 1.º citado viene a integrar el concepto del C. c. al fijar en una cifra convencional la entidad económica que supone la conceptuación legal de pequeño comerciante. Finalmente, y a ello se adhiere el autor, la ley sobre quiebras señala en su art. 1.º, párr. 2.º, una presunción, "iuris et de iure", de pequeño comerciante, que viene a complementar el criterio de pequeño empresario establecido en el art. 2.083 C. c. Cierra el estudio el análisis de la cuestión de si las normas relativas a la capacidad para el ejercicio de las empresas comerciales se aplican a las pequeñas empresas comerciales.

ROLDAN, E.: "La coordinación de los transportes mecánicos terrestres en España". Revista de Derecho Mercantil, v. X, núm. 28, julio-agosto 1950; págs. 89-101.

Con acertados comentarios acerca de la necesidad de coordinación de los medios de transporte, su origen y problemas que suscita—especialmente los que ofrece la coordinación del transporte por ferrocarril y carretera—, realiza el autor la exposición de la ley de 27-XII-1947 y Reglamento de 9-XII-1949, así como de la O. 31-I-1950 que aprobó el Reglamento para el régimen interior de las Juntas Provinciales de Coordinación del Transporte.

SOLORZANO, R.: "La protección en Méjico de las marcas nacionales, internacionales y extranjeras". Revista de Derecho Mercantil, v. X, número 28, julio-agosto 1950; págs. 105-112.

La protección que la Ley de la Propiedad Industrial mejicana concede a las marcas registradas se extingue si se suspende su uso por más de cinco años consecutivos (art. 156). Los Tribunales mejicanos no consideran aplicable esta disposición a las marcas internacionales (registradas en Méjico de conformidad con la Convención de París de 1883 y el Arreglo de Madrid de 1891). El autor sostiene lo equivocado de tal solución, pues en ambos convenios (Convención de París de 1883, revisada en La Haya en 1925, art. 2.º, y Arreglo de Madrid de 1893, art. 4.º) se someten las marcas internacionales a los requisitos y formalidades de las marcas nacionales para su protección en la nación de que se trate, y entre los que el art. 156 citado se encuentra. Señala que la doctrina extranjera ha aceptado esta interpretación, e indica las ventajas que en Méjico tiene el registrar una marca extranjera acogiéndose a la Convención de París.

VARANGOT, C. J.: "Urgencia de la reforma del Código de comercio".
Revista de Derecho Mercantil, v. X, núm. 28, julio-agosto 1950; páginas 113-121.

De este artículo, publicado antes en el suplemento diario de *La Ley*, hemos hecho ya recensión en este ANUARIO, tomo III, fascículo II, página 484. Indiquemos que ha sido publicado asimismo en la *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, v. III, fascículo 5-7, 1950, págs. 177-182, con el título "Transformazioni del diritto commerciale nel mondo ed in Argentina".

WASSERMANN, M.: "La nueva ley de patentes alemanas". *La Ley* (suplem. diario), 12 agosto 1950; págs. 1-2.

Desde la capitulación del Reich no funcionan la Reichspatentamt ni la Reichsgericht, con indudable perjuicio de los inventores del mundo entero. Por ello instalaron en Munich los Gobiernos inglés, norteamericano y francés una oficina de patentes, que funciona aplicando una refundición de la antigua ley de patentes, verificada por las leyes de 8 y 12-VII-1949. La Oficina de Patentes fué abierta el 1-X-1949; su creación se debe a la ley 12-VIII-1949. Indica el autor su estructura, e indica el problema que tiene planteado por la necesidad de examinar las solicitudes de patentes, modelos de utilidad, marcas de fábrica y de comercio, no sólo de las que se hallaban pendientes en mayo de 1945, sino de las presentadas en los "Bureaux d'Entrées" creados por el Consejo Económico, en Darmstadt y Berlín, en julio de 1948. Con objeto de solucionar este problema se prescinde de la primera fase de "investigación de la novedad", bastando con la publicación de la solicitud, que concede una protección provisional que puede ser impugnada por cualquier interesado, fuese ésta en la que apenas se ha modificado la legislación anterior, si bien entre las modificaciones introducidas figura la de concesión de la patente en caso de que no exista oposición o de allanamiento de los oponentes, lo que puede dar lugar a la concesión de patentes nulas, hecho que no dejó de observarse y cuyos defectos se aceptan como compensación de la solución a los problemas planteados. Naturalmente, las nuevas patentes carecen del valor de las antiguas. El Ministro de Justicia de la República Federal Alemana está autorizado para volver oportunamente al régimen legislativo antiguo en esta materia; con este motivo examina el autor las posibilidades que para ello ofrece la creación del "Bureau International des Brevets" (Acuerdo de La Haya, 6-VI-1947) y la posibilidad de la República Federal Alemana de adherirse al mismo. Con el examen de la situación en la zona oriental, en la que se sigue un sistema casi análogo al creado en la occidental por la instauración de los "Bureaux d'Entrées", y algunas consideraciones acerca de la protección de los modelos de utilidad, termina este estudio.

2. Sociedades

ALBANEll MAC-COLL, E.: "Companies Act. 1948. La legislación sobre Compañías en el régimen inglés". *Sociedades anónimas. Revista de Derecho Comercial*, núm. 46, marzo de 1950; págs. 99-110.

Este trabajo, de índole esencialmente expositiva, analiza las dos primeras secciones de la citada Ley. Una somera indicación acerca de la clasificación inglesa de las sociedades mercantiles en comparación con la de la legislación uruguaya, y de los antecedentes de la Ley, que regula, como es sabido, las "companies" reconocidas en virtud de un acto general del Parlamento, sirve de introducción al tema.

AZTIRIA, E.: "La personalidad de las sociedades comerciales y el artículo 46 del Código civil". *Revista Jurídica de Córdoba*, abril-junio 1949, año 3, núm. 10; págs. 169-189.

Sirve de introducción a este trabajo el análisis del concepto de persona y sus tipos, y un estudio de la doctrina jurídica argentina acerca del tema. La finalidad del autor es demostrar que el artículo 46 del C. c. no puede utilizarse para fundamentar la tesis negativa, como parte de la doctrina ha hecho; para ello realiza una interpretación esencialmente histórica—pues Vélez Sarsfield ha seguido en este punto el Proyecto de Freitas, y acepta el pensamiento de éste—que demuestra, a través de los diversos manuscritos del autor del C. c. argentino, la génesis del precepto y explica el porqué de su terminología. Descartado este escollo, otros preceptos legales sirven al autor para fundamentar el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles.

BIGIAVI, W.: "Notas sobre el Anteproyecto de la nueva Ley española de sociedades anónimas". *Revista de Derecho Mercantil*, v. IX, número 27, mayo-junio 1950; págs. 327-345.

Comienza el autor indicando que el hecho del alejamiento del conflicto de intereses que la nueva regulación plantea dará a sus *Notas* independencia y objetividad; alaba la postura de los autores del Anteproyecto al solicitar información sobre el mismo de los juristas extranjeros, reaccionando contra un falso nacionalismo científico—y esto se censura por parte de grupos financieros que sólo tienen de nacional el nombre—, pues, aunque el Derecho deba adaptarse a cada país, el Derecho que regula la sociedad anónima es susceptible de trasplante debido a que en gran parte es de naturaleza y funciones puramente técnicas. El Anteproyecto merece los más cálidos elogios, y en este tono se desarrolla el trabajo; indique-

mos—por creerlos de interés— aquellos puntos en que el autor formula críticas al mismo o propugna nuevas soluciones: pide una ampliación de supuestos de sanción penal a los administradores, aun por actos no dolosos, pero no por ello menos peligrosos, el establecimiento de órganos de control, eficaces e independientes, y que, así como el conflicto de intereses del socio o socios con la sociedad puede ser causa de impugnación de los acuerdos de la Junta general, se admita solución idéntica en lo relativo a los acuerdos del Consejo de Administración; a su juicio, el director efectivo de la sociedad debe estar sometido a las mismas sanciones dictadas para los administradores, en idénticos supuestos, y le parece excesivo el trato de favor que los artículos 13 y 31 del Anteproyecto conceden a los fundadores y promotores, debiendo el plazo de diez años ser reducido a la mitad. Alaba la supresión de acciones de voto plural—creadas por un falso nacionalismo—, si bien se extraña que no se admitan las de voto limitado; la protección de las minorías debiera llevarse a cabo por medio de un sistema análogo al del artículo 2.469 del C. c. italiano de 1942. En cuanto a las acciones de impugnación de los acuerdos de la Junta general, resultará difícil la distinción entre acuerdos nulos y anulables, y señala que los artículos 68 y 69 del Anteproyecto estarían mejor coordinados si se dulcificase un poco el comienzo del artículo 69. Propone a continuación soluciones para evitar los juicios contradictorios en el caso del ejercicio de la acción de nulidad, y penetra luego en el estudio de los fines indirectos a que la sociedad anónima puede servir, analizando los problemas que plantea la sociedad de un solo socio, o bien controlada por una persona, problemas que el Anteproyecto no aborda, si bien de su silencio puede inducirse el consentimiento del servicio de la sociedad a fines indirectos, extrañándose el autor entonces del alarde de rigorismo formal que el art. 3.^o del Anteproyecto supone. El sistema de transmisión de acciones nominativas le parece anticuado y complicado, si bien ello se atenúa por el sistema de transmisión por endoso; por su parte, declara su oposición al endoso "en blanco". El Anteproyecto debiera regular los problemas que plantean las sociedades en cadena, pues de otro modo sus precauciones serán ilusorias en la práctica, por lo cual no debe ocultarse el problema, si no buscarle solución, lo que debe hacerse igualmente en lo que se refiere a los sindicatos de accionistas. Por último, propugna que se dicten normas relativas al ejercicio del derecho de voto en las acciones embargadas, y sobre el derecho de opción en el caso de aumento de capital, cuando los títulos antiguos estén dados en prenda o usufructo, cuestiones éstas en las que podría servir al legislador español el resultado de las polémicas que se suscitaron en la doctrina italiana, y propone asimismo una nueva redacción del segundo párrafo del artículo 34 del Anteproyecto, que estima oscuro.

CABALLERO SANCHEZ, E.: "La reforma de la sociedad anónima y las compañías de seguros". Revista de Derecho Mercantil, v. IX, núm. 27, mayo-junio 1950; págs. 355-406.

Se trata de un comentario enfocado desde el punto de vista del objeto social específico, el cual determina la existencia de legislaciones que el Anteproyecto (art. 3.^o) no sólo no desconoce, sino que reafirma en plena vigencia. Pone de manifiesto el autor las repercusiones que el Anteproyecto, en caso de convertirse en ley, tendría sobre la legislación especial de seguros, de la cual, por otra parte, ha tomado, consciente o inconscientemente, normas, y el alcance que la reforma proyectada tiene en orden a la futura y posible ordenación de los seguros privados; así, ha de ser tenido muy en cuenta por la Comisión recopiladora de seguros privados (O. 5-VI-1946). Destaquemos aquellos problemas que son tratados con especial atención en este estudio: el tope mínimo del capital social contrasta con los preceptos de la ley de garantías (18-III-1944), que exige un capital que no pasa de 100.000 pesetas para operar en algunos ramos del seguro; el problema no ofrece dificultad, en virtud del artículo 3.^o del Anteproyecto, pero es necesario evitar el contrasentido que supone admitir esta solución precisamente en sociedades en las que el capital social tiene específicos fines de garantía, por lo que el autor propone nuevas soluciones. Analiza las cuestiones que suscita la nueva figura del capital autorizado, señalando que los límites a que debe estar sometido han de poseer mayor flexibilidad cuando se trate de compañías de seguros, por lo que su cifra tope debiera fijarse de acuerdo con el número e importancia de los ramos en que la sociedad pretendiese operar. La inscripción en el Registro Mercantil no es—sigue en esto a Núñez Lagos—estrictamente constitutiva, y debe evitarse que la disposición administrativa de autorización de una nueva entidad aseguradora se produzca sobre “algo” sin contenido jurídico alguno. A su juicio, dadas las garantías que el Anteproyecto establece, no parece peligroso admitir las aportaciones no dinerarias cuando se trata de compañías de seguros, si bien sería todavía mucho más prudente que el organismo tutelar no admitiese más aportación que la dineraria para el desembolso mínimo exigido por la Ley de Seguros, o bien que se supeditase la inscripción a la condición de que se resuelva felizmente el procedimiento revisorio (art. 33 Anteproyecto), o revocarla si transcurrido el plazo se hubiere comprobado la supervvaloración del activo. Aboga por la aplicación a las compañías de seguros de la prohibición que el Anteproyecto establece en orden a la retribución de servicios con acciones, dando el paso definitivo en el sistema que la R. O. 27-XI-1929 significa. Al nombramiento de los administradores (art. 72 Anteproyecto) debiera añadirse—con objeto de lograr el control del Estado para el cumplimiento de su misión tutelar de los asegurados—el requisito de la ratificación del nombramiento por la Dirección General de Seguros, como en la práctica se viene verificando. Como incompatibilidad para los cargos de administración, propone que se considere el incumplimiento grave de las leyes especiales a que se refiere el artículo 3.^o del Anteproyecto. Indica el autor que los artículos 106 y 103 del Anteproyecto no resultan

aplicables en el campo del seguro, donde las cifras de capitales mínimos han de permanecer constantes, y por ello, y para evitar asimismo la anomalía de un capital desacorde con el patrimonio, propone una amplia interpretación del artículo 33 de la Ley de Seguros, si bien reconoce que esto resulta forzado, por lo que el problema ha de solucionarse en una nueva regulación del seguro. En materia de transformación de la sociedad anónima, combate que no se admite la de hacerlo en mutua de seguros, indicando que, si ello se debe a consideraciones técnicas, la legislación de seguros debiera permitir una transformación especial con abreviación de trámites. Finalmente, realiza el autor agudos comentarios en materia de fusión y cesión de cartera, así como en lo relativo a liquidación y extinción de la sociedad anónima. Propugna, asimismo, que por la similitud y fines de las entidades de seguros y las de capitalización, debieran estas últimas compartir las citas especiales que el Anteproyecto dedica a aquéllas, y hace constar que gran parte de los comentarios expuestos en su trabajo pueden ser aplicables a dichas entidades.

DEL ARENAL Y G. DE ENTERRIA, C. M.: "Recientes modalidades en el Derecho de Sociedades". *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo V, 1950; págs. 557-587.

En esta conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander (verano de 1947), después de alabar la regulación de las sociedades en el Código de Comercio, expone el autor la legislación a que el tema se refiere (exceptuando los preceptos de índole meramente fiscal), que agrupa de la siguiente forma: disposiciones legales que tienden a fomentar y defender la industria nacional, evitando asimismo el control extranjero sobre aquellas fuentes de riqueza que encierran capital importancia para la defensa de la Patria; aquellas cuyo fin es estimular la construcción con objeto de resolver el problema de la vivienda, y finalmente, las que tienden a defender el signo monetario contra la inflación. Destaca en su exposición, en la que siempre indica el motivo concreto de las diversas normas y señala consejos para la práctica notarial, la parte relativa a la regulación de las sociedades inmobiliarias. Su trabajo termina con el comentario a las Resoluciones de la D. G. R. y N. de 3-VI-1944, 16-IV-1942 y 11-VIII-1943.

EUNAPIO BORGES, J.: "Sociedades de pessoas e sociedades de capital. A sociedades por cotas de responsabilidade limitada". *Revista forense*, abril 1950; págs. 350-357.

En esta segunda parte de su estudio (vid este ANUARIO, t. III, f. II, páginas 486-487), demuestra previamente el autor—frente a la opinión de Valdemar Ferreira—que la legislación complementaria del Decreto número 3.708 de 10-I-1919 es, según el artículo 18 de éste, la relativa a las sociedades anónimas, y no la que regula las sociedades de personas. Segui-

damente señala las consecuencias que de ello se derivan en orden a la posibilidad de cesión de las cuotas sociales, prenda, pignoración de las mismas por los acreedores particulares de un socio, y participación, en ciertas condiciones, de menores en la sociedad, problemas que contesta afirmativamente, siempre que el pacto social no se oponga expresa o implícitamente a ello.

GARCIA RUBIO, J. L.: "Las cláusulas estatutarias restrictivas en las sucesiones "mortis causa". *Revista de Derecho Mercantil*, v. X, núm. 28, julio-agosto 1950; págs. 83-88.

Señala que su estudio es una glosa al de A. Pedrol ("Cláusulas estatutarias restrictivas de la transmisibilidad de acciones en las sociedades anónimas", publicado en R. D. P., núm. 390, Set. 1949), en lo que al tema se refiere. El problema planteado es el de la eficacia de dichas cláusulas frente a normas imperativas, como son las que regulan la legítima, problema que, como es natural, resuelve afirmativamente, siempre que en el caso de que la sociedad no admita el heredero como socio le proporcione el contravalor de las acciones objeto de la transmisión habida.

GIESEKE, P.: "Il carattere della società di capitali". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, v. III, fascículos 5-7, 1950; págs. 133-141.

El estudio—sobre la base del Decreto alemán—se circunscribe a la compañía por acciones y a la de responsabilidad limitada. Despues de exponer las analogías y diferencias entre ambos tipos sociales, penetra el autor en el análisis de los problemas básicos de la sociedad de capitales. En primer lugar la noción de empresa, con un fin propio que se destaca por encima de la voluntad e interés de los socios, ha tenido gran importancia en las tentativas de reforma del Derecho de las sociedades anónimas, y cristalizó en el proyecto de 1930. Se defendía el ser de la empresa social frente a los actuales accionistas en atención a los posibles accionistas futuros, y, por otra parte, influían consideraciones político-sociales que señalaban que la suerte de la empresa no debía quedar subordinada a los intereses privados. Esta tendencia, si bien no mencionada expresamente, ha influido en la Ley de 1939, que quiere lograr un compromiso entre los intereses de la empresa y los de los accionistas. Esta diferenciación, incrementada por normas de Derecho tributario, no alcanza apenas a la compañía de responsabilidad limitada. Alcanza también a la sociedad anónima, mientras que por sus especiales características queda la de responsabilidad limitada excluida, la cuestión de la organización democrática de la sociedad, que tiene dos facetas, según se considere que significa que la decisión en la dirección de los negocios de la empresa corresponde a la comunidad de accionistas, o bien, que supone la correspondencia entre acción y derecho de voto; para el autor, no es el principio de "Führer", sino

la consideración de la importancia autónoma del ente, lo que ha provocado la reducción de la competencia de la asamblea general. En el aspecto de correspondencia entre acción y derecho de voto, señala que constituye el principio general, si bien con importantes excepciones, hoy atenuadas debido a la suspensión del derecho de voto de las acciones en reserva, y las dificultades prácticas en orden a la transferencia de legitimación para el ejercicio de este derecho. Otro de los caracteres de las sociedades de capital es el de la diferenciación entre socios y acreedores, si bien hay posibilidad de crear situaciones intermedias entre crédito y participación, puesto que la Ley pone a disposición de la sociedad anónima todas las formas posibles de adquisición de capitales, y, en cuanto a la compañía de responsabilidad limitada, porque domina en este aspecto el criterio de la libertad de pacto. Estudia después la medida en que el accionista puede perseguir su propio interés en el seno de la sociedad, determinada antes por el concepto de buenas costumbres y hoy por la fórmula de obligación de fidelidad, ideada por la doctrina y que el Tribunal del Reich aceptó, exponiendo el autor los problemas que suscita. Para la compañía de responsabilidad limitada rige en este aspecto una concepción distinta y más estricta, dada la importancia personal de sus socios. Después de analizar el principio de garantía del capital social, que vale para todo tipo de sociedad de capital, y de exponer los preceptos legales que tienden a lograr esta finalidad, penetra en el problema de la correspondencia entre las sociedades de capital y la constitución económica, señalando que la sociedad anónima se reserva para la gran empresa, propósito del legislador que no ha cambiado en la actualidad, a pesar de que el empobrecimiento de Alemania ha obligado a disminuir la cifra mínima del capital social. Por otra parte, la compañía de responsabilidad limitada ha sufrido duras críticas—por ahora sin consecuencia—por parte de los defensores de la economía liberal (desde 1945), que ven en la limitación de responsabilidad un obstáculo para la selección que la libre concurrencia produce. Termina este estudio con unas breves consideraciones acerca de la sociedad unipersonal, consorcios de sociedades, el problema del anonimato y reglas sobre publicidad.

JANNE D'OTHEE, X : "Proyecto de reforma de sociedades mercantiles en Bélgica y España". Revista de Derecho Mercantil, v. X, núm. 28, julio-agosto 1950; págs. 45-47.

Expone la creación, verificada en el año 1937 en Bélgica, del Centro de Estudios de las Sociedades Anónimas Belgas, los principios en que basa su actividad y reformas que ha propuesto, especialmente en materia de control de la sociedad, que el autor enumera. Termina su breve estudio indicando que quizás sea conveniente reforzar en España el concepto institucional de la sociedad anónima, para proteger el interés de terceros, principalmente por lo que respecta a la salvaguardia del crédito público, si bien afirma carecer de datos suficientes para formular en este punto una conclusión precisa.

KISCH, W.: "L'accettazione di un nuovo socio nella società in nome collettivo". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, v. III, fascs. 1-4, 1950; págs. 35-48.

El fundamento del derecho a la aceptación puede ser un contrato preliminar celebrado por todos los antiguos socios (que intervienen como personas singulares en el contrato, y cuya unánime voluntad es requisito indispensable) con el socio futuro, o bien puede ser producido por un contrato a favor de tercero, celebrado por un extraño o por un socio con los socios actuales; asimismo, puede derivarse de la ley (el autor se refiere exclusivamente a la legislación alemana) en el caso de acto ilícito o enriquecimiento injusto. Dado el carácter personal de la posición del socio en la sociedad, no es, por regla general, cesible ni transmisible hereditariamente, si bien los socios pueden alterar esta regla, establecida para protección de su interés. La naturaleza jurídica del derecho a la aceptación es la de un derecho de obligación, enderezado a lograr las declaraciones de voluntad necesarias para que la aceptación se produzca, y aquellas otras complementarias que definirán su posición en el seno de la sociedad. Si se basa en un contrato preliminar, éste nos indicará el contenido del derecho a la aceptación; si en la ley, lo determinará el supuesto de hecho que le sirve de base. Examina el autor a continuación la disciplina y excepciones al derecho a la aceptación, que adquieren particular importancia en el supuesto de estipulación a favor de tercero, y la realización del derecho, que sucede con la conclusión del contrato de aceptación, estudiando separadamente las declaraciones de voluntad que contiene, forma, incumplimiento y acciones derivadas del mismo, ineficacia (problema de gran interés debido a las diferencias surgidas en la doctrina acerca de la aplicabilidad de las normas generales del BGB, problema que el autor resuelve distinguiendo las diversas causas de ineficacia, y las consecuencias que en cada caso haya de producir la impugnación), naturaleza jurídica (participación en la conclusión de un contrato por medio del cual se funda una sociedad) y efectos (participación en el capital social y responsabilidad del nuevo socio). Como supuesto especial de aceptación, estudia la sustitución de un socio por un tercero; en este caso se verifican dos contratos mutuamente condicionados: uno, el de aceptación; el otro, aquel en virtud del cual el antiguo socio sale de la sociedad. Indica el autor que no se trata en este supuesto de una sucesión del socio entrante en la posición jurídica del que ha dejado de serlo—lo que vedaría la ley, a falta de disposición expresa—, y que si bien sus derechos pueden tener idéntico contenido, no se confunden. Termina el trabajo con una breve indicación acerca de la obligación de entrar en una sociedad.

MARTINEZ ALMEIDA, A.: "Naturaleza jurídica de la aportación a sociedad". *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo V, 1950; páginas 219-243.

Después de abordar el problema de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, historia, significado y Derecho vigente, expone las diversas posiciones de la doctrina al respecto, destacando—dentro de la dirección que estima existente entre los socios una comunidad de bienes—la posición de Roca Sastre, que combate; señala que si bien está de acuerdo con este autor en admitir que la persona jurídica no puede tener fines ni intereses propios, ello no presupone la comunidad de bienes entre los socios, comunidad que, por otra parte, tendría que ser de naturaleza muy especial, no sólo por existir únicamente en el aspecto interno, sino también por no serle aplicables los preceptos que rigen esta institución (ejemplo: arts. 400, 399, 1.522 C. c.). Examina el argumento de Roca Sastre derivado de la terminología del C. de c. y del C. c., y señala—aparte de citar diversos preceptos en los que la expresión legal es favorable a su tesis—que ello puede deberse a la formación romanista de nuestros jurisconsultos, y también al hecho, en cuanto a las sociedades civiles, de que nuestro C. c. admite su personalidad jurídica antes que sus modelos italiano y francés. Sostiene el autor que el argumento de Roca derivado del artículo 1.685 C. c. carece de valor decisivo, pues es innegable que dicho precepto se aparta de las normas de la comunidad, y que tampoco el artículo 1.708 C. c. puede ser utilizado, porque en este supuesto la comunidad se originaría, en todo caso, después de la disolución de la sociedad. Finalmente, indica que la STS 22-XII-1926—citada por Roca en apoyo de su tesis—no puede ser utilizada como argumento en favor de la existencia de una comunidad, pues se trataba de una sociedad sin personalidad jurídica. Por su parte, señala que las Ss. del T. S. de 22-III-1887, 16-XI-1893 y 12-VII-1883 son contrarias a la tesis de la comunidad. Descartado que la aportación sea un acto de comunicación de bienes, y sentado que se trata de una transmisión onerosa, el problema queda reducido a determinar dentro de qué tipo de enajenación onerosa debe encuadrarse. Expone el autor las corrientes doctrinales acerca de esta figura jurídica, adhiriéndose a aquella que la configura como un sustitutivo del pago, en su concepto amplio de admitir que pueda darse en pago cualquier bien jurídico. Después de hacer referencia a la STS. 9-XII-1943 y Resolución de la D. G. R. y N. 7-II-1941, criticando la pretendida asimilación a la compraventa, indica las consecuencias que se deducen de su construcción jurídica en materia de capacidad, saneamiento y retracto.

MOSSA, L.: "Fundación y administración de la sociedad anónima en el Proyecto español de reforma". *Revista de Derecho Mercantil*, v. X, número 28, julio-agosto 1950, págs. 7-26.

Indica que son los dos pilares básicos en la vida de la sociedad anónima. La fundación debe estar normada, pues es el medio de conseguir equi-

librio entre los intereses de la libertad y el interés general; ello es lo que hace el Anteproyecto, que sigue el sistema continental de constitución y normalización de la sociedad en unos estatutos únicos. Expone el autor las normas del Anteproyecto en orden a la fundación, con indicación de los motivos de las diferentes normas y comparación con los sistemas seguidos en otros Ordenamientos jurídicos; destaca en esta primera parte de su estudio el examen del sistema de aportaciones no dinerarias, que estima muy acertado, por cuanto coordina el interés de la inmediata disponibilidad de estas aportaciones con el de los socios y terceros, estableciendo un sistema de bloqueo restringido y a corto plazo. En lo que se refiere a la administración de la sociedad, encuentra justas las normas de la proyectada reforma, que se mantiene dentro de las líneas clásicas del Derecho de la sociedad por acciones; analiza especialmente el tema de responsabilidad de los administradores, indicando que la exoneración en caso de voto contrario a las deliberaciones perjudiciales debiera hallarse completada por la necesidad del aviso del peligro a los socios, si éste surgiese.

NEUMAYER, K. H.: "Los intereses del pequeño accionista en el Anteproyecto español para la reforma de la sociedad anónima".

El autor de este trabajo indica que, a su juicio, lo que justifica en nuestro tiempo la sociedad anónima es que proporciona al pequeño capitalista, en muchos casos falso de formación comercial, la posibilidad de invertir su patrimonio dinerario en la economía libre en condiciones ventajosas, logrando así atraer provechosamente valores que de otra forma quedarían baldíos para la economía nacional. La finalidad de su estudio no es otra que examinar si las normas del Anteproyecto son adecuadas para la protección del pequeño accionista; elogia ampliamente el equilibrio que el Anteproyecto ha logrado entre los intereses de los grandes y pequeño: accionistas, y después de establecer una comparación general con la Ley alemana de sociedades anónimas, con exposición de sus motivos y efecto logrado, penetra en el examen de las diversas normas que en la proyectada legislación española protegen al pequeño accionista. Su examen, siempre adecuado, excede a los límites de que aquí disponemos; por ello indicaremos—por creerlo más importante para el lector—aquellos puntos en que critica la regulación del Anteproyecto: a su juicio, parece faltar una norma que regule la aportación del capital suscrito hasta la fundación, e indica asimismo que no parece conveniente el sistema seguido de reducción del capital fundacional en el caso de accionista moroso en su aportación. Cuando la fundación es "cualificada" no parece suficiente encomendar la valoración de las aportaciones no dinerarias al Consejo de Administración, y recomienda que se haga por peritos nombrados por los Tribunales. Señala que debieran dictarse normas que eviten el fraude del artículo 33 del Anteproyecto, en el caso de "fundaciones a posteriori", y el del art. 48 en el caso de "acciones en reserva", que pueden ser adquiridas por terceros en nombre propio, pero por cuenta de la Sociedad. Finalmente, critica la excesiva rigidez del principio de correspondencia

entre acción y derecho de voto, y expone las ventajas de las acciones de voto plural y de las preferentes sin derecho de voto, indicando que tal vez sean necesarias en la regulación española para un tratamiento adecuado de las aportaciones de capital extranjero.

PRIETO BANCES, R.: "Un contrato de Sociedad del siglo XII". *Revista de Derecho Mercantil*, v. IX, núm. 27, mayo-junio 1950, págs. 347-353.

Publica y comenta el autor una carta del año 1160, perteneciente a la Catedral de Oviedo y hoy depositada en el Archivo Histórico Nacional, haciendo algunas observaciones acerca de la naturaleza jurídica del contrato en ella formalizado.

SALVADOR BULLON, H. y P.: "Las Sociedades Mercantiles Irregulares en el Derecho Español". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 265, junio 1950, págs. 398-411.

Los autores examinan en primer lugar el problema de la Legislación aplicable a dichas sociedades, estimando a este respecto que son sociedades mercantiles, ya que no por su forma, por su objeto, argumento al que añaden otro derivado de una nueva interpretación del art. 1.670 del Código civil, que estiman, dice, "que las sociedades civiles pueden revestir todas las formas reconocidas por el C. de c., por el objeto a que se consagren; o sea, que en razón de ese objeto adoptan esa forma". Exponen, siguiendo a Utande, el concepto de Sociedad mercantil irregular, y a continuación su régimen positivo legal, tanto en su aspecto interno como en el externo, indicando la triple sanción en que incurren estas sociedades por infringir el art. 119 del C. de c., y analizando la jurisprudencia, sobre todo en lo que se refiere al caso de negocios jurídicos celebrados por la sociedad con terceros. Finalmente, estudian en particular los problemas que suscita la irregularidad de las sociedades mercantiles provocada por falta de autorización ministerial.

3. Obligaciones y contratos

DE AVILES y SANZ, A.: "Los derechos del beneficiario en el contrato de seguro de vida". *Revista Jurídica de Cataluña*, sep.-oct. 1950, páginas 425-440.

Indica que la póliza de vida entraña un contrato a favor de tercero, concepción que se encuentra plasmada en nuestro C. de c. y que la jurisprudencia confirma (Sentencias de 22-X-27 y 22-XII-44); el autor expone las vacilaciones surgidas en la doctrina y legislaciones modernas que trataban de configurar la posición del beneficiario como un heredero del ase-

gurado, y el progresivo abandono de esta dirección. El derecho otorgado al beneficiario nace en el momento de perfección del contrato si bien queda sometido a la condición suspensiva de que el asegurado fallezca sin haber revocado el beneficio. Resuelve negativamente el problema de si el beneficiario puede convertirse en dueño del contrato en el caso de que el asegurado sin oponerse ni consentir haya dejado de pagar las primas. En el caso de renuncia del beneficiario la suma asegurada entra a formar parte del patrimonio del asegurado. La designación de beneficiario puede hacerse individual o genéricamente, y asimismo a favor de persona indeterminada, pero designable; pueden también ser nombrados los no concebidos. En el caso de que el beneficiario premuera al asegurado y éste no modifique el contrato, el derecho a la suma asegurada pasará a los derechohabientes del beneficiario o del mismo asegurado, según lo que de la interpretación de la voluntad de éste se deduzca.

PEREZ SANCHEZ, J.: "Reglas y usos uniformes relativos a los créditos documentarios". Boletín del Colegio de Abogados de la Zona de Protectorado de España en Marruecos, núm. 2, julio 1950, págs. 67-75.

La escasa atención que los mercantilistas españoles han prestado a esta figura jurídica mueve al autor a publicar las reglas y usos uniformes aprobados en el VII Congreso de la Cámara de Comercio Internacional (Viena, 29-V-3-VI de 1938). Anteceden a los mismos unas breves notas sobre el concepto de la institución (analiza el autor la Sentencia de 5-I-42), su función económica y naturaleza jurídica (sigue expresamente aquí a Polo y a Garrigues), con referencia siempre al crédito irrevocable. Contiene el trabajo indicación de la doctrina española sobre el tema, y asimismo de la extranjera, si bien ésta no es completa ni moderna.

4. Derecho marítimo

FERRI, G.: "La cosiddetta societá di armamento". Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, v. III, fasc. 5-7, 1950; págs. 124-133.

El Código italiano de la navegación disciplina el ejercicio de la nave común por parte de los copropietarios. La terminología utilizada (Societá di armamento tra i comproprietari) y la afirmación de la "Relazione" de que se pretendía crear a tal fin un tipo social sencillo, han conducido a la doctrina a la conceptuación de la sociedad de armamento como una sociedad en sentido técnico, y en los preceptos del C. c. sobre sociedades se han buscado normas que complementen su regulación. El autor del trabajo, que ya en otro tiempo expresó sus dudas sobre esta conceptuación, dudas que han encontrado amplio eco en la doctrina, reafirma ahora que la llamada sociedad de armamento no es sino un tipo de comunidad. Sostiene

que los trabajos preparatorios no vinculan al intérprete cuando no han encontrado acogida en la Ley, y señala que el legislador ha empleado una terminología inadecuada, lo que se explica por el hecho de la utilización del concepto de sociedad según el C. c. italiano de 1865, concepto no aceptado en el nuevo C. c., en el que la noción es más restringida (art. 2.247), quedando excluida del mismo la comunidad que se constituye con finalidad de goce de una cosa. Examina la regulación positiva de la Sociedad de armamento con objeto de demostrar que no se parte nunca de la idea de existencia de una forma social, y concluye indicando las consecuencias prácticas de la configuración que propugna.

MONFORT BELENGUER, J. B.: "En torno a la eficacia de la garantía real en las hipotecas navales". *Revista de Derecho Mercantil*, v. IX, número 27, mayo-junio 1950, págs. 431-444.

Analiza las dificultades que provienen de la naturaleza jurídica del buque y los peligros y devaluaciones a que éste se halla expuesto. Después de indicar los defectos del préstamo a la gruesa, muestra las soluciones adoptadas para obviarlos y dar firmeza al crédito naval: en España ha preferido el sistema de la hipoteca, pero no se ha evitado el escollo que supone la prevalencia legal de créditos sobre el buque (que coloca a la hipoteca en el décimo lugar, según los arts. 31, 18 y concordantes de la Ley de Hipoteca Naval, y 580 C. de c.), que viene a unirse a las dificultades de todo orden existentes acerca de la eficacia de la garantía real. Señala los peligros que acechan al acreedor hipotecario, ante la posibilidad de ver desvanecido su crédito ante oíros que ni siquiera necesitan estar inscritos. A su juicio, el principal defecto de la Ley de Hipoteca Naval, es que en importantes extremos desconoce el principio "qui prior est tempore potior est jure". Estudia en especial los peligros que para la hipoteca naval pueden provenir del préstamo a la gruesa, y expone las garantías contractuales utilizadas en otros países y, como de mayor importancia, el acuerdo del Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926 (ratificado por España el 2 de junio de 1930), de colocar en el sexto lugar de preferencia a la hipoteca naval y antepuesto al préstamo a la gruesa.

5. Varia

CAMARA, H.: "El Proyecto de ley de bancarrota". *La Ley, Suplemento diario*, 12 septiembre 1950, págs. 1-4.

El Poder ejecutivo de la Nación argentina ha enviado al Parlamento un proyecto que tiende a modificar la regulación vigente de la quiebra. Después de analizar los principios en que toda regulación de la quiebra debe descansar, indica el autor la conveniencia de la reforma, estructura del Proyecto, sus fuentes—que el mismo Proyecto indica en cada caso—e

innovaciones fundamentales, y realiza una amplia crítica del mismo. Anticiparemos aquí al lector las principales innovaciones que el Proyecto contiene: se unifica el régimen para los deudores civiles y comerciantes, lo que significa el logro del intento de unificación, que la Ley antigua preparó con su fracasado sistema de transición; se unifican los privilegios; desaparece la liquidación sin quiebra, y llena su puesto la rehabilitación inmediata del deudor de buena fe, al que se hubiera rechazado un concordato razonable; simplificación de los órganos de la quiebra (desaparece la Comisión de vigilancia y se reúnen en la persona del síndico las funciones del mismo y las del liquidador); se amplía la regulación de los efectos post-quiebra de los contratos incumplidos por el deudor; mejora las normas que regulan la impugnación de los actos celebrados por el deudor, y determina el plazo de prescripción de la acción revocatoria concursal "acabando con la anarquía reinante en la jurisprudencia y doctrina patria"; se reserva la calificación de la quiebra a la justicia criminal, examinando el tribunal de la quiebra la conducta del deudor al efecto de su rehabilitación solamente; se suprime el procedimiento de "pequeñas quiebras" (consecuencia de la simplificación de los órganos de la quiebra). La supresión de las normas especiales para la quiebra de las sociedades concesionarias, la imposición de un porcentaje mínimo en el concordato preventivo y la prohibición de efectuarlos "en serie", así como la nueva regulación de la extinción del concurso y las normas sobre publicidad, completan las modificaciones que el Proyecto introduce.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNÁNDEZ CANUT.

DIE, Francisco: "Insistiendo". Nuestra Revista, 793, 1950; págs. 11-13

Volviendo sobre el tema de los requerimientos notariales y terciando en la polémica suscitada en base a otro artículo que el autor publicó sobre el mismo tema, insiste en que el requerimiento, como vía de cumplimiento o declaración del derecho, es en determinados casos vía única para el acceso a lo razonable y a lo justo; pero no es menos cierto que en muchas situaciones se acude a ella con extremada ligereza, agravada por la exigencia del Reglamento notarial, de contestar el requerido dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al momento en que fué interpretado notarialmente. Considera necesario se dicte la correspondiente disposición que, precisando la función notarial en los requerimientos, facilite las conversaciones directas entre discordantes.

J. P. G.: "Los sellos de la Mutualidad Notarial y la Ley del Timbre". *Nuestra Revista*, 792, 1950; págs. 2-3.

La distinta consideración en que es tenida la labor notarial determina que con frecuencia surjan problemas de orden fiscal; concretamente, por lo que hace al timbre se obliga a los notarios a adherir el timbre móvil correspondiente cuando empleen los sellos de legitimaciones y legalizaciones de la Mutualidad Notarial, y ello en base a que en aquéllos se expresa el valor en pesetas; como de todos modos tal mención de valor no es reflejo de la aportación real, estima que suprimiendo en los mismos toda referencia a aquél se obviaría esta dificultad, cuyo mayor perjuicio estriba en que se da a su función un carácter industrial en desdoro de su condición de profesional del Derecho.

J. P. G.: "Notarías y Registros: carrera única". *Nuestra Revista*, 796, 707, 1950; págs. 1-3.

Notario y Registrador, son respectivamente portadores de la fe pública extrajudicial y de la fe pública registral; de ahí que todo cuanto sea ampliar el área de su actuación venga a reforzar la función y personalidad de unos y otros; la actuación de ambos, aunque distintas, son a la par complementarias. De ahí que propugne la unión de las dos carreras formando un escalafón único, pudiendo los miembros del mismo servir, indistintamente, un Registro o una Notaría; ello se lograría con una doble modificación en orden al sistema actual: por un lado, unificando los programas, y por otro centralizando las oposiciones para el ingreso.

V. Derecho procesal

A cargo de Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
y José M. DESANTES GUANTER

1. Parte general

DOS REIS, J. Alberto: "Indivisibilidade da confissão". *Revista de Legislação e de jurisprudência*, núms. 2.934-35, 1 a 15 de septiembre de 1950, páginas 129-134.

Se dará reseña de este artículo cuando concluya su publicación.

ELIEZER ROSA: "Carência, procedência e improcedencia de ação". *Revista forense. Río Janeiro, junio de 1950*, págs. 367 a 370.

Plantea la cuestión de si la expresión "carencia de acción" corresponde a alguna realidad procesal, o si, por el contrario, bastan los términos "procedencia" e "improcedencia". Toma como base el estudio de las condiciones de la acción siguiendo a Chiovenda para admitir como legítimo el empleo de la figura *carencia* como opuesto a la *procedencia* de la acción. La primera es la falta de toda condición, la segunda la existencia de todas las condiciones, la *improcedencia* se reserva para el caso de que falten únicamente alguna o algunas de las condiciones de la acción. Estudia la diferente extensión de la cosa juzgada cuando determinó la carencia de la acción y cuando la improcedencia; critica a la luz de esta doctrina los artículos 75 y 76 del Código civil brasileño; ensaya el tecnicismo para las acciones en los procesos especiales y los recursos que pueden nacer de la sentencia que juzga al actor carente de acción.

FRANCO NEGRO: "La naturaleza jurídica de las cauciones procesales". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires, V, 19, mayo-junio 1950*, págs. 537 a 559.

A diferencia de las cauciones convencionales, cuya calificación jurídica ha sido definida por los civilistas, las cauciones procesales han sido somera y diversamente tratadas. Para su estudio comienza con la exposición y crítica de las principales teorías formuladas en esta materia: la que las equipara al derecho de prenda, la que las hace equivalentes al secuestro conservatorio, la de la analogía con el depósito en función de garantía, la del depósito con asignación judicial retroactiva al momento de la constitución de la caución y la del depósito con asignación judicial y vínculo exclusivo. Finalmente, razona el autor su opinión para concluir que la caución procesal es una institución autónoma, pues aun cuando corresponde funcionalmente al secuestro conservatorio y estructuralmente a la prenda convencional dando vida como esta última a un derecho real, difiere del primero por estar asistida de un derecho de prelación y de la segunda por ser una institución procesal.

GELSI BIDARD, Adolfo: "Interés procesal y causa del acto procesal de parte". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, julio 1950*, págs. 587-603.

La existencia de un interés es un requisito de la acción, en armonía con la idea de que el proceso es para la vida, pero al lado del interés, que afecta al ejercicio de la acción en conjunto, y que es más bien extra-procesal, cabe configurar, en relación con el principio dispositivo, un concepto de causa inmediata, de orden netamente procesal, respecto de cada

acto procesal de parte. Esta causa tiene un aspecto subjetivo y otro objetivo; éste prevalece si el Derecho exige una causa determinada para un cierto acto; en caso contrario, prevalece el primero; se concluye afirmando que si el actor expresa cual es un interés o finalidad, el juez debe rechazar la demanda si estima que tal finalidad no puede ser jurídica o prácticamente conseguida mediante la acción ejercitada.

GOLDSCHMIDT LANGE, Werner: "La imparcialidad como principio básico del proceso. Discurso de recepción en el Instituto Español de Derecho Procesal". Revista de Derecho Procesal, abril-mayo-junio 1950, páginas 184-209.

La imparcialidad es el principio fundamental del proceso; entre sus manifestaciones están la institución de la recusación y el principio "auditor et altera pars". Pero es preciso distinguir el ser imparcial y el no ser parte (imparcialidad); al imparcialidad consiste en que el móvil de la declaración (de la parte, del testigo, del perito, etc.) o de la resolución debe ser el deseo de decir la verdad, de dictaminar con exactitud, de resolver justa o legalmente; pero hay cosas en que el juez ha de ser parte, a pesar de lo cual siempre cabe la imparcialidad; tales casos pueden estar justificados, pero por su peligrosidad deben ser reducidos en lo posible.

GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel: "El juez y el abogado". Boletín del Colegio de Abogados de la Zona del Protectorado de España en Marruecos. I, 2, julio 1950, págs. 65 y 66.

Exalta la función del juez y su enorme responsabilidad, y en relación con su altísima misión, la colaboración del abogado, que por ser valiosísima le hace copartícipe de esa misma responsabilidad.

MONLEON DE LA LLUVIA, Antonio E.: "La confesión judicial en Tán-
ger y en España como prueba en materia civil". Astrea, junio 1950,
página 33.

Compara la legislación española y tangerina en materia de confesión, criticando ésta al exigir la ausencia del abogado en la confesión judicial, y al no regular la confesión con juramento indecisorio, y la primera al no admitir la prueba de falsedad de la confesión con juramento decisorio.

MONLEON DE LA LLUVIA, Antonio E.: "La oposición en las condenas en rebeldía del demandado". Astrea, marzo-abril 1950, pág. 29.

Reproduce la doctrina de otro artículo del mismo autor publicado en la misma revista y reseñado en el fasc. II del presente tomo de este ANUARIO.

página 493, criticando la admisión de segundo recurso de oposición al demandado condenado dos veces en rebeldía.

PASINI COSTADOAT, Emilio B.: "La aplicación de los modernos principios en el Proyecto del Poder ejecutivo nacional del Código procesal civil de la nación". Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Buenos Aires, abril 1950, págs. 55-65.

En relación a tal proyecto, se toma como tipo de estudio la regulación de la prueba para comprobar si consagra los principios procesales considerados necesarios por la doctrina moderna en todo Código procesal, representados en los de inmediación y concentración, concluyéndose elogiosamente que tales principios están acogidos, no de modo absoluto, sino previa adaptación a las posibilidades existentes.

RIOSECO ENRIQUEZ, Emilio: "Nociones sobre la teoría de la prueba". Revista de Derecho. Concepción (Chile), enero-marzo 1950, págs. 3-12, y abril-junio 1950, págs. 137-179.

Se dará la reseña de este artículo cuando termine su publicación, que se anuncia continuará en números sucesivos.

RODRIGUEZ SOLANO, Federico: "La demanda reconvencional en la legislación española. Discurso de recepción en el Instituto Español de Derecho Procesal". Revista de Derecho Procesal, abril-mayo-junio 1950, páginas 219-300.

Se trata de un estudio de conjunto de la materia enunciada, con abundante recopilación y síntesis de opiniones doctrinales y datos jurisprudenciales. Se estudia la definición, fundamento, naturaleza (que es la de una verdadera acción), diferencia con figuras análogas, historia, elementos subjetivos (legitimación activa y pasiva), reales (procesos en que cabe, incluyendo el autor todos los de arrendamientos rústicos y urbanos, identidad de trámite, conexión) y formales, procedimiento y efectos.

VAZQUEZ MACHICADO, Humberto: "Orígenes de nuestro Derecho Procesal. III. Procedimentistas hispano-coloniales". Revista de Derecho. La Paz, marzo 1950, págs. 31-42.

Estudia las obras sobre procedimientos fundamentalmente utilizados en las Indias en la época colonial, deteniéndose especialmente en las de

Hevia Bolaños y Elizondo; concluye haciendo ver la insuficiencia de estas obras, hechas para España, en relación con las necesidades procesales indias, situación que vino a remediar el llamado "Cuadernillo de Gutiérrez" publicado en 1782.

2. Procedimientos especiales

FAIREN GUILLEN, Víctor: "Un nuevo descubrimiento sobre la historia del juicio ejecutivo en España: el ordenamiento procesal sevillano de 1360. Discurso de recepción en el Instituto Español de Derecho Procesal". *Revista de Derecho Procesal*, abril-mayo-junio 1950. págs. 313-348.

Se trata de dar a conocer a los juristas el descubrimiento de un importante texto legal del siglo XIV: la Ley XVI del Ordenamiento sobre administración de justicia dado por Pedro I a Sevilla en 1360; hasta ahora, la introducción legal del juicio ejecutivo en España venía ligada (según los estudios de Briegleb y Prieto Castro) a la Ley de Enrique III de 1396, posterior, por tanto, a la ahora descubierta; se analiza el significado de ésta en la evolución del juicio ejecutivo, se contrasta con la de 1396 y se estudia su contenido.

GARCIA BARRIUSO, R. P. Fray Patrocinio: "La intervención de jueces y abogados en las causas de divorcio". *Astrea*, marzo-abril 1950, páginas 26-28.

Analiza la licitud o ilicitud de la intervención de jueces y abogados civiles en las causas de divorcio y de reparación en aquellos países, como Tánziger, en que existe una legislación atentatoria del Derecho natural y eclesiástico en esta materia.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

A cargo de Arturo GALLARDO RUEDA
Letrado del Ministerio de Justicia.

RESOLUCION DE 31 DE MARZO DE 1950

Sustituciones en Cataluña

En testamento abierto otorgado en Cataluña, se instituye un primer heredero universal, al que sustituyen sucesivamente otros hijos y dos nietos del causante—los primeros *in capita* y los segundos por *stirpes*—, caso de morir aquél sin descendencia legítima o natural. Declara, además, el testador, que si cualquiera de sus hijos hubiese premuerto al ser llamado a heredarle, ocuparán el lugar que le correspondería en la sucesión los suyos legítimos o naturales “según se hallasen llamados a ello”, sin que “esta cláusula pueda servir de fideicomiso a sus nietos y si sólo de providencia para el futuro”.

Fallecidos sin descendencia los dos primeros llamados, corresponde ser heredera a la hija del causante, doña Faustina, que ha premuerto a su predecesor en el orden de llamamientos, dejando cinco hijos, uno de los cuales es la recurrente. La señora premuerta había testado instituyendo heredero universal al mayor de sus descendientes, hermano de la recurrente, y éste, fallecido también, lo había hecho a su vez a favor de sus propios hijos.

El problema registral surge al fallecimiento de doña Faustina y al presentar una de sus hijas en la Oficina inmobiliaria, instancia descriptiva de los inmuebles afectos al fideicomiso, en la que solicita la anotación preventiva del derecho hereditario, en una quinta parte del casal relicito.

El Registrador deniega la anotación fundándose en que la solicitante no aparece llamada a suceder a su madre y que la condición de causahabientes de la misma corresponde a otros descendientes, calificándose la falta de insusitable.

Ratificada la nota por el correspondiente auto presidencial, la Dirección General resuelve, de acuerdo con ambos, estableciendo la siguiente doctrina:

A) *En el recurso se plantean dos problemas, uno de fondo y otro de*

procedimiento: el primero sobre la interpretación de la frase relativa a los nietos, "según se hallasen llamados a ello", para determinar si, como afirma la recurrente, por premociencia de la hija doña Faustina, deben adquirir la herencia todos los hijos de ésta en la misma proporción igualitaria que si se tratase de la herencia intestada de su madre, o si, como sostiene el Registrador y el Presidente de la Audiencia, la persona a quien corresponde la masa hereditaria es el hijo y heredero testamentario de la sustituta premuerta; y el segundo problema es el de si para la calificación pueden los registradores examinar documentos que causaron un posterior asiento de presentación referente a los mismos bienes.

B) En cuanto a la primera cuestión, la calificación registral y el auto presidencial se justifican entre otras razones en las siguientes: probablemente la intención del causante fué que la totalidad de la herencia pasase a un nieto, por cuanto la concentración patrimonial armoniza mejor con las tradiciones y necesidades de la región; en un problema análogo al planteado, así lo entendió la Sentencia del T. S. de 5 de julio de 1949; la palabra heredero se usa en la vida jurídica y familiar catalana separadamente y, en ocasiones, en contraposición con la de hijos, al contrario de lo que sucede normalmente en territorio de Derecho común, en el que no suele hacerse distinción entre heredero y legitimarios, y es excepcional que todos los hijos no sean instituidos herederos simultáneos y por partes iguales; es preocupación en Cataluña evitar las sucesiones intestadas; si doña Faustina hubiese muerto después que sus dos hermanos predecesores en el fideicomiso, la herencia del abuelo hubiera sido para el nieto y heredero de aquélla, y es lógico inferir que por el solo hecho de haber premuerto la hija a sus hermanos, la intención del abuelo esté conforme con que no se altere la trayectoria unipersonal que había preventido; cuando se purifica la sustitución en favor de alguno de los llamados, éste se convierte en heredero libre con plena disposición inter vivos y mortis causa sobre los bienes fideicomitidos.

C) Los documentos relativos a los mismos bienes y obrantes en el Registro pueden ser tenidos en cuenta al calificar, con la finalidad de obtener el mayor acierto al resolver, evitar inscripciones inútiles y litigios, y conseguir la justa concordancia entre los derechos de los interesados y los asientos.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

1. Servidumbre de pastos sobre monte público

SENTENCIA 19 NOVIEMBRE 1949

ANTECEDENTES.—Con fecha 15 de marzo de 1944, el Ayuntamiento de P. dedujo, ante el Juzgado de Primera Instancia de Cabreros, demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra el Ayuntamiento de S. M. de la A., basada en los siguientes hechos:

Que el término municipal de P. se halla enclavado en un monte, cuya historia jurídica—descrita en la demanda—pone de relieve que la titularidad sobre el vuelo corresponde al Ayuntamiento de P. y el derecho al suelo pertenece al Municipio de S. M. de la A.; basándose en ese derecho, el vecindario de P. viene realizando, sin interrupción hasta la fecha y desde tiempo inmemorial, el aprovechamiento de pastos sobre el monte y abonando las contraprestaciones que por ese disfrute corresponden. En 1909 se efectuó el deslinde del monte, haciéndose constar en acta los derechos al suelo y al vuelo que, respectivamente, correspondían a uno y otro Ayuntamiento. Desaparecido el Archivo Municipal de P. durante la guerra civil—donde, según declara el demandante, se encontraba justificado su derecho—, el demandado, valiéndose de un certificado del Distrito forestal de Avila, en 18 de febrero de 1942 inscribió a su nombre la posesión de la finca. Afirmando la mala fe del demandado e invocando los fundamentos de Derecho que se estiman procedentes, el demandante solicitó la nulidad de esta inscripción y su sustitución por otra en la que se hiciera constar el derecho que a cada uno de los dos Ayuntamientos corresponde.

La demanda fué contestada negando los antecedentes históricos que se invocaban y el hecho de que se hubiera realizado desde tiempo inmemorial el aprovechamiento de pastos y los pagos con él relacionados. Niégase también la legitimidad y autenticidad a la aludida acta de deslinde para hacer tales declaraciones sobre el dominio del monte. Y, por último, se declara que para efectuar la inscripción se utilizó el único medio legal al alcance.

El 10 de septiembre de 1946, el Juez de primera instancia de Avila, con jurisdicción prorrogada al partido de Cabreros, dictó sentencia en la que, estimando la demanda, se declaraba la nulidad de la inscripción de posesión del monte hecha por el Ayuntamiento de S. M. de la A., y se acordaba que se inscribiese dicha finca a favor del Municipio de P., haciendo constar el derecho al suelo del otro Ayuntamiento.

Apelada la sentencia, la Sala primera de lo civil de la Audiencia de Madrid en 13 de mayo de 1947 revocó el fallo apelado, desestimando en parte la demanda y admitiendo en parte la reconvenCIÓN, declarando: que la posesión del monte correspondía al Ayuntamiento de S. M. de la A., que sobre el mismo existe una servidumbre de pastos desde tiempo inmemorial a favor de los vecinos de P., que la inscripción era nula por no aparecer en ella consignada esa carga y que debe hacerse otra en la que tal extremo constase de modo expreso.

El Ayuntamiento de S. M. de la A. interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, fundado en los números 1 y 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, basándose en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—*Primero.* Que al Ayuntamiento de S. M. de la A. le corresponde la posesión del monte. El fallo de instancia, al no decidir todos los puntos litigiosos, infringe el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la doctrina de las sentencias de 17 febrero 1904, 16 diciembre 1941 y 24 junio 1945. El apelante había formulado una nueva petición para que, en el supuesto de admitirse la existencia de una servidumbre voluntaria y personal de pastos, se declarara que tal servidumbre era redimible, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 603 del Código civil, y la sentencia no contiene declaración sobre esta petición.

Segundo. Por interpretación errónea, infringe el fallo el artículo 603 del Código, pues no lo aplica debiendo hacerlo, así como las sentencias de 11 noviembre 1892, 9 febrero 1920, 11 diciembre 1923 y 8 marzo 1947 sobre dicho artículo, y la disposición primera transitoria del Código. Los problemas que la petición del apelante planteaba eran estos: si la servidumbre de pastos adquirida antes de publicarse el Código podía redimirse, si a esas situaciones habría que aplicar el artículo 603 del Código y si a ello no se oponía la disposición primera transitoria de dicho Cuerpo legal. La sentencia del Tribunal de instancia sienta la tesis—si bien no tiene reflejo expreso en el fallo—de que tal precepto no es aplicable a la servidumbre de pastos creada por el artículo 602, que el propio 603 regula no permitiendo la redención más que en la servidumbre constituida a partir de la publicación de la Ley civil. El apelante considera que esa tesis interpreta con error el artículo 603 del Código, enfrentándose con la admitida por la doctrina y jurisprudencia; según la opinión más autorizada, los artículos 602 y 603 cubren dos supuestos diferentes: el primero, la comunidad de pastos; el segundo, la servidumbre de pastos; corresponderá, por tanto, a cada uno tratamiento jurídico distinto. Así deslindadas esas dos figuras, surge el problema de si será o no redimible la servidumbre de pastos adquirida antes de publicarse el Código; la propia voluntad del legislador, que quiso con el artículo 603 poner término a las anómalas situaciones existentes al momento de elaborarse la Ley civil, y las directrices de la doctrina y jurisprudencia, se muestran acordes en proclamar que este artículo es aplicable a las servidumbres nacidas con anterioridad al Ordenamiento civil; así, en la doctrina: Manresa, Scaevara, Falcón, Castro y Bravo, Castán y Sánchez Román; en la jurisprudencia: sentencias de 11 noviembre 1892, 9 febrero 1920, 11 noviembre 1923 y 8 mayo 1947. Todo ello viene a demostrar que la sentencia apelada infringe en punto a interpretación el artículo 603 del Código, si se relaciona con lo que prescribe la disposición primera transitoria de dicho Cuerpo legal.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 19 noviembre 1949, de la que fué ponente el Magistrado D. Celestino Valledor, desestima el recurso, sentando la siguiente doctrina.

CONSIDERANDOS.—*Primero.* 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, 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 corres-

ponda exclusivamente al pueblo demandante o en común con el demandado.

Segundo. 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 escrito reconvencional, pero claramente se aprecia que el vicio denunciado no existe, puesto que la Sala sentenciadora examinó el tema en el considerando octavo para estimar que la servidumbre declarada no es redimible, y aunque el fallo no contiene pronunciamiento explícito sobre este particular, si lo contiene de modo implícito e indudable al estimar otras pretensiones de la reconvenCIÓN, quedando así claramente desestimado lo referente a la redención también solicitada.

Tercero. 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 go-bierna 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 ju-risprudencia extiende 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 la 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 monte perteneciente al Ayun-tamiento de otro término municipal—gravamen sobre predio ajeno—, se-gún pronunciamiento consentido de la sentencia recurrida.

Cuarto. 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 espe-cial de montes asigna el concepto de público a los de los pueblos y cor-poraciones 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 mu-chas disposiciones posteriores—, confiando su administración a los respec-tivos 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 los pueblos entre de lleno y absolutamente en la esfera ad-ministrativa 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.

Quinto. Que este matiz restringido lo reconoce el propio Código civil, no sólo en el artículo 344, 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 el artículo 601, que con

referencia a la comunidad de pastos jurídicamente inconfundible 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 el de 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.

Sexto. Que el artículo 603 de este Código, inspirado en dicho criterio individualista y de libertad de predios, decretó la redención forzosa 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 sirvidumbres prediales en el número 6 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 del 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, excluyendo de ella, a sensu contrario, las servidumbres establecidas sobre *montes públicos*, concepto este 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 proponga en el segundo y último motivo del recurso, que, en consecuencia, también debe ser desestimado.

Séptimo. 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 de 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.—Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso por infracción de ley, condenando al recurrente al pago de las costas.

COMENTARIO

1. En los tres primeros considerandos, la sentencia viene a establecer los límites y las bases a que el fallo debe sujetarse. Así, en el primero se advierte que el único tema que llegó a casación es el de la redimibilidad de la servidumbre de pastos a favor de un Municipio sobre un monte propiedad de otro Ayuntamiento, constituida antes de publicarse el Código por prescripción inmemorial. En el segundo se declara que si bien el fallo de la sentencia recurrida no contiene pronunciamiento explícito sobre la redimibilidad de esa servidumbre, solicitada en la reconvenCIÓN, queda desestimada claramente esa de forma expresa en un considerando y de modo indudable al estimar otras pretensiones. Y en el tercero se afirma que si bien la doctrina y la jurisprudencia extienden la aplicación del artículo 603 del Código a la servidumbre de pastos establecida antes de publicarse la Ley civil, no puede por ello impugnarse la decisión de instancia que negó en el caso concreto tal extensión—aunque sin invocar un sólido fundamento jurídico, que en realidad existe, para ello—, puesto que el último párrafo de la primera disposición transitoria de ese Cuerpo legal permite enjuiciar el problema de la redención desde distintos puntos de vista, y en el caso de autos se trata de una servidumbre constituida a favor de los vecinos de un pueblo sobre un monte perteneciente a otro término municipal.

De ese modo, el problema queda así concretado: Trátase de decidir sobre la redimibilidad de una servidumbre de pastos inmemorial adquirida antes de publicarse el Código por un Municipio sobre un monte de otro; el Tribunal de instancia la negó, no admitiendo la extensión del artículo 603 al supuesto concreto.

2. En el cuarto considerando se comienza ya a entrar en la resolución del problema que los anteriores delimitaron.

El objeto del litigio es un monte de los que a tenor del último párrafo del artículo 344 del Código debe reputarse bien patrimonial sujeto a las disposiciones del Derecho privado. Pero atendiendo a la salvedad que este mismo precepto hace, acude el Supremo a la legislación especial de montes, y de las normas invocadas puede deducirse que si bien el régimen jurídico de los montes de pueblos no pertenece de lleno a la esfera administrativa con exclusión de la civil, no puede negarse que la materia reviste un carácter predominantemente público por razones de interés general y conveniencias sociales que restringen considerablemente la aplicación de las normas del Derecho privado.

De esta forma viene incidentalmente la sentencia a tomar posición respecto al debatido problema de la división del Derecho público y privado, siguiendo una directriz que reputamos digna de toda alabanza.

Sin entrar ahora en la dicotomía—pues el lugar sería bien impropio para ello—, parece oportuno recordar que la actitud que se adopta ante lo público y lo privado depende muy principalmente de las ideas domi-

nantres en el campo social, político, etc., porque, como dice Hauriou (1), el Derecho arraiga en la vida y ésta se modifica en virtud de las ideas. No concibiendo lo jurídico en un sentido meramente formal—hoy superado—al estilo de Kelsen, sino con un contenido, hay que reconocer que las modificaciones en la realidad sociológica que el Derecho regula o en las directrices ideológicas que le imprimen movimiento, hacen variar el criterio frente a la distinción (2). Por ello, podemos observar—como es sabido, y ya constituye un lugar común—que el liberalismo representa la privatización del Derecho, haciendo descansar incluso el público en un contrato (pacto social), y el totalitarismo supone la intromisión del Estado en el campo de las relaciones particulares, jerarquizándolas (Führerprinzip) y destruyendo el pie de igualdad base del contrato. En cambio, como pone de relieve Castro (3), la concepción tradicional española, que rechaza tanto el absolutismo como el individualismo, distingue y une a la vez en una relación funcional los dos principios opuestos de la dicotomía, que se concretan en estos dos términos simples: personalidad y comunidad. Ese pensamiento jurídico tradicional permite solucionar los problemas que plantea la división del Derecho objetivo: frente a las doctrinas dualistas hay que afirmar la unidad esencial del Derecho, frente a las monistas, la variedad funcional de las normas jurídicas.

El Derecho es uno en esencia; pero funcionalmente sus normas presentan una variedad atendiendo a la cual podemos agruparlas en dos grandes apartados: las de Derecho público y las de Derecho privado. Ahora bien, los límites entre esos dos grupos son mudables de acuerdo con las modificaciones sociológicas y políticas, no estando, por tanto, claramente definidos. No obstante, las dos categorías existen, y su distinción es útil desde los puntos de vista conceptual y práctico para determinar la naturaleza de un cierto sector normativo.

¿Y qué criterio habremos de seguir para proceder a la distinción? Con gran acierto, D'Ors (4) advierte que no puede encontrarse una rígida frontera que separa las materias de Derecho público de las del privado, pues muchas instituciones pueden ser consideradas a la vez desde los dos ángulos visuales desde los que se puede observar todo el sector jurídico: el de la situación y el de la relación. En los casos dudosos, que tanto puedan ser calificados de "situaciones" como de "relaciones", sólo puede decidir un criterio de preponderancia. La norma supone limitación del libre arbitrio; cuando tal limitación proviene de la voluntad privada que se sujeta a sí misma tendremos una "relación" de naturaleza preferentemente privatística; si la norma limitadora es estatal, aparece la

(1) HAURIOU: *Principios de Derecho público y constitucional*. trad. esp., Madrid, 1927, págs. 5 y sigs.

(2) Cfns. LEGAZ LACAMBRA: *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, 1943, página 46, y VILLAR ROMERO: *La distinción entre Derecho público y Derecho privado*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1942, pág. 46.

(3) CASTRO: *Derecho civil de España. Parte general*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1949, páginas 90-95.

(4) ALVARO D'ORS: *De la "Privata Lex" al Derecho privado y al Derecho civil*, en "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", 1929, págs. 29 y siguientes, concretamente págs. 40-44.

idea de "situación", de naturaleza preferentemente publicística. Por la preponderancia de una u otra contemplación podemos separar dentro del Derecho dos posiciones de estudio.

Este fecundo criterio distintivo responde a las *duae positiones* que Ulpiano proponía dentro del *studium iuris*. Contemplar el mundo jurídico como sistema de "relaciones" o de "situaciones" significa revivir la genuina distinción romana entre autonomía privada y norma estatal, entre *ius* y *lex*.

Y es éste, sin duda, el pensamiento del juzgador en la sentencia que comentamos. El Supremo tiene aquí que ocuparse del supuesto de bienes patrimoniales pertenecientes a los pueblos, al que se refiere el último párrafo del artículo 344 del Código—y dentro del cual puede colocarse el caso de autos—, y lo contempla desde dos ángulos de visión de lo jurídico: el de las "situaciones" y el de las "relaciones"; esa doble contemplación permite concluir que ambos ángulos abarcan el supuesto que la hipótesis examinada participa de la naturaleza de ambos sectores normativos, quedando, por tanto, encuadrada en la fluctuante frontera divisoria de lo público y lo privado. Pero apreciándose una preponderancia de la norma estatal triunfa la idea de "situación", que se impone atendiendo a las razones de interés general y conveniencias sociales que restringen considerablemente la aplicación de las normas del Derecho privado. Esa preponderancia no llega a destruir por completo la idea de "relación", no apaga totalmente el carácter privado que en el supuesto existe; simplemente lo coloca en posición subordinada, le atribuye un matiz restringido, según palabras de la sentencia.

Por tanto, podemos concluir que, atendiendo al criterio de preponderancia, nos encontramos ante una "situación" que permite atribuir naturaleza preferentemente pública al supuesto.

3. Una vez determinada la naturaleza de la "situación", el quinto considerando reconoce que el propio Código admite ese matiz restringido de "relación", pues que tanto el citado segundo y último párrafo del artículo 344 como los artículos 550 y 601 permiten que se acuda a leyes especiales de carácter administrativo para la regulación de ciertas materias, como la de aprovechamientos forestales a favor de los pueblos. Y el juzgador se deja influir por el espíritu de esas leyes, más acoplado a las necesidades de nuestros días; porque constituyendo el aprovechamiento de pastos por los pueblos en localidades ganaderas el medio de vida casi exclusivo del vecindario, un criterio de interés general impide aplicar a la materia el régimen individualista de redención de cargas previsto por el Código.

Entendemos que es plenamente correcto este criterio interpretativo a que acude la sentencia.

No se trata simplemente de tachar de individualista el régimen de redención de servidumbres que el Código prescribe y en virtud de ese individualismo—hoy desacreditado—decretar la no aplicación de un precepto legal vigente a los supuestos de la vida práctica. Semejante criterio, que levantaría en pie de guerra a los defensores de los principios de certeza

y seguridad jurídica (principios trascendentales, sin duda, pero a los que a veces se llega a sacrificar sin necesidad apremiante el principio preponderante de justicia), equivaldría a atribuir al juez un poder para derogar normas vigentes y crear en su lugar otras nuevas que respondiesen a una orientación distinta; y aparte de no existir precepto alguno en que fundar esa concesión de poderes al juez, tal actitud no sería posiblemente de las más ortodoxas dentro del campo de la técnica jurídica.

Trátase en realidad de acudir a una interpretación correctora que descansa en una sólida base objetiva.

Con referencia a la voluntad del legislador distingue Heck (5) dentro de la norma un núcleo—centro de la atención de aquella voluntad—y una aureola—círculo que comprende elementos menos considerados—. Salvo raras excepciones la admisibilidad de desvíos en la aplicación de la Ley limitan a la aureola: primero porque la posibilidad de lagunas o de errores es mayor en ese círculo periférico y después porque la estabilidad impone mayores exigencias en relación al núcleo. Sólo en casos muy especiales puede llegar a esa zona central; tal ocurre, por ejemplo, en los supuestos de errores legislativos groseros. Pero ya puede admitirse una mayor intervención judicial en el desvío cuando—como en el caso que examinamos—se trata de actualizar, o de conciliar núcleos. Ahora bien, ni aun entonces cabe una intervención arbitraria en el núcleo central; el juez deberá siempre moverse en unos estrechos límites dentro de los cuales se encuentre plenamente fundado el desvío.

Degni (6) advierte que la satisfacción de las necesidades jurídicas evoluciona y se modifica a la par de las demás manifestaciones de la vida. Los elementos sociales que deben formar el substracto objetivo de la interpretación pueden revelar un complejo de ideas y tendencias no recogidas en un Ordenamiento concreto, pero que encuentran un reconocimiento—en mayor o menor escala—en otras Leyes del país; el intérprete podrá recoger esas directrices y tomarlas en cuenta al interpretar preceptos cuyo espíritu no responde a las necesidades del momento.

El criterio que Degni propone—admitase o no—cuenta con una base objetiva: para proceder a una interpretación correctora de acuerdo con el principio de la actualidad, habrá que acudir a otra Ley que expresamente recoja el criterio con el cual se quiera interpretar ciertos preceptos que no permitan solucionar necesidades imperiosas del momento.

Pero el Supremo va más allá. Reconoce la necesidad de aplicar a los aprovechamientos de pastos por los pueblos un régimen en el que prevalezca el interés general, y no el criterio individualista del Código. Pero para proceder a la aplicación de los preceptos que permitirán alcanzar ese resultado no se contenta con que existan Leyes en las que se encuen-

(5) HECK: *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, páginas 206-207.

(6) DEGNI: *L'interpretazione della Legge*, Nápoles, 1901, págs. 287 y 336. La cita de este autor no significa que nos adhiramos al método de interpretación histórico-evolutivo que propone, sino simplemente la posibilidad de admitir este punto concreto: el desvío en la aplicación de las leyes atendiendo al principio de actualidad y basándose en el espíritu de otros preceptos vigentes.

tre recogido ese espíritu más socializador. Exige además que—como acontece en el caso de que nos ocupamos—los artículos del Ordenamiento que se van a interpretar, remitan o dejen a menos a salvo la aplicación de Leyes especiales—presentes o futuras—las que se hagan referencia a la materia.

Es difícil, si no imposible, encontrar una fórmula para expresar conceptualmente cual es el ámbito de la interpretación correctora atendiendo al criterio de actualidad. Tal vez sólo sea posible decidir sobre su procedencia o no en el caso concreto. De todos los modos la tarea del juzgador no es de modo alguno la de buscar esa fórmula. El Supremo se pronuncia sobre el problema en el caso de autos y la solución a que llega es perfectamente correcta. Por más rigurosos límites que se quieran imponer a la actividad correctora del juez, nunca pueden quedar fuera de ellos las hipótesis en las que el atender a un cierto criterio ideológico diferente del consagrado en el cuerpo legal aplicable tiene por fundamento el estar expresamente recogido en otras Leyes vigentes cuya aplicación permite de modo expreso aquel Ordenamiento. Tratase por tanto de una corrección prevista, permitida—valga el término—por los propios preceptos que al aplicarse producirían unos resultados que se considera necesario corregir.

Con esta base objetiva no cabe dudar que el juez pueda desviarse en la aplicación del precepto de algo que forma parte de lo que Heck llama su núcleo; máxime cuando al recoger el criterio que otras Leyes consagran se viene a poner de relieve un hecho que en el supuesto de autos el Supremo demostró: su preponderante naturaleza de "situación" y su matiz restringido de "relación".

Por todo ello, atendiendo a las altas razones de interés general que se manifiestan en la materia de aprovechamiento de pastos por los pueblos en zonas ganaderas, es correcto posponer el régimen individualista de redención de cargas que el Código establece a favor del propietario.

Al admitir este criterio el Supremo viene indirectamente a afirmar que los derechos reales limitados, en el fondo constituyen la expresión de la solidaridad humana aplicada a las cosas, es decir, a extensión a otras personas, además de al dueño, de la utilidad que de los bienes proviene (7).

Sentados estos presupuestos pueden ya los otros considerando la Sentencia negar la redención de la servidumbre existente sobre el monte en litigio.

4. En los dos últimos considerando (sexto y séptimo), apoyándose en la exposición anterior, rechaza el Supremo la redención solicitada.

Para ello en el considerando sexto advierte que el régimen individualista de redención forzosa de servidumbres de pastos establecido en favor del propietario por el artículo 603 del Código civil, sólo entra en juego—según expresamente dispone el art. 604—cuando el monte sobre el que recaen sea de propiedad particular; quedan por tanto excluidas de ese régimen las que gravan montes públicos, como acontece en el caso que examinamos. De esta forma al decretarse la irredimibilidad de la servidumbre en el supuesto de autos no se infringió el art. 603.

(7) Cf. BARASSI: *I diritti reali limitati*, Milán, 1937, pág. 50.

Y en el séptimo y último considerando la Sentencia viene a destruir el argumento jurisprudencial invocado por el recurrente para solicitar la aplicación de ese artículo. Porque si bien es cierto que la tesis de la Sentencia recurrida de que la redención forzosa prevista en el 603 no es aplicable a las servidumbres constituidas antes de aparecer el Código, tiene en su contra la doctrina científica y la legal, no lo es menos que la Jurisprudencia invocada en el recurso no es adecuada al supuesto en examen, puesto que las Sentencias que se mencionan se refieren a situaciones jurídicas diferentes, ya que en ellas se trata de aprovechamientos de montes de propiedad particular a los que el art. 603 es directamente aplicable y en el caso de autos la servidumbre recae sobre un monte público, como quedó probado en anteriores considerandos. Por no haber hecho la distinción la Sala de instancia y haber declarado simplemente inaplicable el art. 603, puede el recurrente formular con apariencia de solidez jurídica el recurso. Y lo que verdaderamente resulta extraño es que en él no se invocara el fallo que constituiría el argumento de más peso a su favor: la Sentencia de 18 de febrero de 1932, en la que se resuelve un problema idéntico al presente, dando aplicación al art. 603 del Código civil; el propio Tribunal Supremo cita ahora ese fallo haciendo constar que por sí sólo no constituye fuente de Derecho, máxime en materia como la de aprovechamientos forestales respecto a la cual el criterio de este Tribunal fué hasta la fecha fluctuante.

La Sentencia no menciona la doctrina científica invocada por el recurrente; y es perfectamente lógico ese silencio. En primer lugar porque según tiene declarado nuestro más alto Tribunal en Jurisprudencia constante (8), las opiniones de los autores, tratadistas y jurisconsultos, por muy respetables que sean, no tienen valor de doctrina legal si no fueron admitidas en tal concepto por la Jurisprudencia. Y además, porque los autores a quienes se alude en los motivos del recurso se refieren tan sólo a la aplicación del art. 603 del Código a las servidumbres de pastos, constituidas antes de que aquel fuese publicado; y aun dentro de esa materia unos (9) extienden la redención a las servidumbres constituidas antes de ese momento, sin detenerse en probarlo; otros (10) se limitan a advertir que es esa la doctrina sancionada por la Sentencia de 11 de noviembre de 1892, haciendo a lo sumo algunas consideraciones a su respecto; por último algunos (11), después de exponer este criterio, indican los peligros que el régimen de redención forzosa previsto por el art. 603 puede traer consigo, y aunque su espíritu liberal les inclina a justificar la redimibili-

(8) Sentencias de 26 abril 1890, 10 diciembre 1894, 12 julio 1897, 26 marzo 1903, 20 julio 1916, 24 enero 1928, 14 mayo 1929, etc. Este criterio jurisprudencial estaba ya establecido antes de la publicación del Código civil.

(9) Víd. FALCÓN: *Código civil español*, tomo II, Madrid, 1889, pág. 233.

(10) Así, MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, 3.^a ed., tomo IV, Madrid, 1910, pág. 823, y CASTÁN: *Derecho civil español común y foral (Notarías)*, 6.^a edición, tomo II, Madrid, 1944, pág. 296; también algún otro autor, no citado en los motivos del recurso, sigue este sistema, como, por ejemplo, VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*, tomo II, Valladolid-Madrid, 1910, pág. 374, nota 3.

(11) Cf. SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho civil*, 2.^a ed., tomo III, Madrid, 1900, página 644.

lidad como medio de proteger los derechos soberanos del propietario, expresamente hacen notar que en muchos supuestos puede ocasionar graves perjuicios al permitir que desaparezcan servidumbres de pastos a favor de una comunidad en una zona ganadera.

Por tanto aunque el Supremo concediese valor a la doctrina científica no podría en este caso atribuirla a la de autores que sostienen una tesis referente a un punto que no dice respecto al supuesto de autos (redimibilidad de la servidumbre de pastos establecida sobre Monte de propiedad particular antes de publicarse el Código civil). E incluso aunque esa tesis se refiriera al objeto del litigio y quisiera tomarse en cuenta, no podría admitirse la opinión de unos autores que mantienen un criterio sin probarlo, ni la de aquellos que deducen sus argumentos de una Sentencia cuya inadecuación al caso fué probada en el fallo que comentamos, ni mucho menos la de quienes patentizan los graves inconvenientes sociales que ese criterio puede acarrear.

Descartada así la autoridad de la doctrina científica para resolver el caso concreto que se examina, sólo queda en pie como prueba de la razón del recurrente el criterio jurisprudencial por él invocado.

Antes de pronunciarse sobre él, la Sentencia demuestra con incuestionable lógica que el art. 604 del Código civil impide la aplicación del régimen individualista de redención forzosa de servidumbre de pastos previsto por el 603 a las servidumbres establecidas sobre montes públicos, como es la del caso de autos. Creemos que todavía puede irse más lejos: El sexto considerando de la Sentencia, manifiesta que al prescribir el artículo 604 que lo dispuesto en el 603 sobre redención forzosa de servidumbres de aprovechamientos forestales—como el de pastos—es aplicable a las establecidas sobre montes de propiedad particular, “a sensu contrario” excluye la redención de las que gravan montes públicos. Tal vez no sea necesario acudir aquí al peligroso argumento del “a sensu contrario”; a nuestro juicio el art. 604 no se limita a permitir un argumento de esa clase, sino que es mucho más explícito: los arts. 344, 550 y 601 autorizan la aplicación de Leyes especiales en los supuestos de aprovechamientos forestales por los pueblos, como quedó probado en anteriores considerandos de esta sentencia; de esa forma el 604 viene claramente a indicar que sólo en los casos en que el gravamen no recaiga sobre monte público podrá entrar en juego el individualista régimen de redención forzosa del artículo 603. O sea, no se trata en aquel precepto de disponer sólo a cerca del monte privado, permitiendo así que al no referirse al público se tiren “a contrario” consecuencias opuestas para este; tratase en definitiva de concretar el ámbito exclusivo de aplicación del 603, dejando fuera de él lo que por disposición expresa de otros preceptos del Código puede quedar sometido a un régimen jurídico diferente.

Una vez sentadas estas bases puede ya el Supremo pronunciarse sobre el argumento jurisprudencial invocado por el recurrente.

Y así en el último considerando rechaza en primer lugar la existencia de una contradicción entre las declaraciones hechas en la sentencia recurrida y las que constan en los fallos del Supremo, que se citan en los

motivos del recurso (la famosa Sentencia de 11 de noviembre de 1892, y las de 9 de febrero de 1920, 11 de noviembre de 1923 y 8 de mayo de 1947; pudiera citarse también alguna otra que sigue el mismo criterio de las anteriores, como la de 4 de octubre de 1930, no invocada por el recurrente). Y ello porque según reiterada jurisprudencia (12), sólo puede alegarse cuando existe identidad o fundamental analogía entre los supuestos de hecho y preceptos legales, respecto a los cuales esa doctrina se creó, y los supuestos de hecho y preceptos aplicables al caso que motiva el recurso. Es cierto que dadas las palabras usadas por la sentencia recurrida esa analogía podría invocarse; pero el Supremo no se deja impresionar por ese argumento y advierte que si bien el fundamento legal que la sentencia de instancia utiliza carece de apoyo, no dejan de encontrarse en el caso de autos elementos que permiten distanciar este supuesto de aquellos otros sobre los que se pronunciaron las sentencias aducidas. Los fallos jurisprudenciales a que se refiere el recurrente dicen respecto a aprovechamientos de montes de propiedad particular; y el caso en examen hace referencia una servidumbre de pastos establecida sobre monte público, para cuyo régimen el propio Código permite acudir a una legislación especial. Por tanto, no hay identidad ni analogía substancial entre los supuestos de hecho a que aquellas sentencias se refieren y los de esta que ahora nos ocupa. Mal podrá de esta forma tomarse en cuenta la doctrina legal que aquellos fallos contienen. Es perfectamente lógico y congruente con su tradicional posición, que el Supremo no haya admitido tal doctrina legal para aplicar al caso de autos.

Pero hay más. Aunque el propio recurrente no la invoca, el Supremo advierte que la Sentencia de 18 de febrero de 1932 resolvió un problema idéntico al presente dando aplicación al artículo 603. No obstante, tampoco este argumento pueda considerarse decisivo. Nuestro más alto Tribunal tuvo numerosas ocasiones de proclamar que un solo fallo no constituye jurisprudencia; para crearla es necesario que se dé más de una sentencia con identidad substancial en el objeto del litigio (13). Una vez más viene ahora a seguir esa orientación, doblemente justificada en el caso presente, pues hay que tener en cuenta que el Supremo sostuvo hasta la fecha un criterio fluctuante respecto a los aprovechamientos forestales en favor de los vecinos de un pueblo. Y a nuestro juicio sólo alabanzas merece el haberse apartado del criterio seguido por la Sentencia de 18 de febrero de 1932.

En el tercer considerando de esa última sentencia—de la que fué ponente el Magistrado D. Miguel Hernández—se declaraba que correspondiendo al Ayuntamiento recurrente la propiedad plena del monte objeto del litigio, era palmario que el Municipio demandado no tenía más derecho que el de servidumbre de pastos y aprovechamiento de leñas sobre el

(12) Sentencias de 28 octubre 1862, 30 enero 1865, 4 marzo 1865, 5 marzo 1866, 23 mayo 1891, 13 febrero 1899, etc.

(13) Este criterio del Supremo, establecido antes de publicarse el Código civil, encontró después de su publicación un buen número de reiteraciones: así, sentencias de 1 junio 1892, 7 enero 1924, 30 junio 1925, 27 abril 1927, 26 diciembre 1927, 27 octubre 1930, 9 mayo 1933, 22 septiembre 1947, etc.

mismo, y que tal derecho—conforme prescribe el artículo 603 del C. c. es redimible a voluntad del dueño de la finca gravada.

Semejante criterio, muy de acuerdo con el espíritu individualista del Código, plasmado en este caso en la letra del artículo 603, tiene contra sí las altas razones de interés general invocadas en la Sentencia que comentamos. Estas razones se resumen en el presente caso en que la servidumbre de pastos a favor de un pueblo ganadero constituye el medio casi exclusivo de vida del vecindario. Además, el régimen de redención forzosa es opuesto al espíritu de las Leyes de Montes, cuya aplicación permite el propio Código.

Sentados los fundamentos objetivos que de acuerdo con esta legislación permiten calificar al monte en litigio de público, nada más justo que el Supremo se haya separado de la orientación de la Sentencia de 1932 y siguiese un criterio que encontrando pleno fundamento dentro del ámbito de la técnica jurídica y del sistema legal de nuestro país, es indudablemente el que mejor protege los intereses generales, que son siempre los que deben hacerse prevalecer de modo decidido.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

2. Fideicomiso catalán

SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1950

Vide, antecedentes, motivos fascículo 1.º, págs. 274-275 y considerandos en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo III

COMENTARIO

1. Despues de una inacabable y fatigante exposición de hechos, de la que hemos dado un brevíssimo resumen, vemos que un problema planteado de manera tan intrincada se resuelve en una simple interpretación de cláusula testamentaria. El Tribunal Supremo ha sabido reducir la cuestión a sus justos límites, y con todo acierto ha propuesto una interpretación de la cláusula testamentaria que reposa en bases objetivas y científicamente correctas.

El primero y segundo considerandos de la sentencia que comentamos, dedicados especialmente al tema de la interpretación, son sin duda la parte más feliz de la misma. En ellos se advierte esa tendencia de buscar la justicia en el caso concreto, a la vez que se procura un fundamento jurídicamente sólido para el fallo; tal tendencia, que se acentuó considerablemente en los fallos del T. S. en los últimos años, ha producido los mejores resultados.

En cambio, tal vez no sea ya tan acertado el último considerando, en el que se contienen algunas afirmaciones discutibles. En todo caso, no

es el Supremo el principal responsable por esa menor felicidad; en buena parte debe atribuirse a ciertas alegaciones del recurso, equivocadas y sin valor jurídico, no sabemos si por error en la transcripción de la copia de la sentencia que utilizamos o por culpa del recurrente.

2. En el primero de los considerandos la sentencia hace notar que en la cláusula testamentaria, en la que se constituye el fideicomiso, se dispone que la substitución de un hijo por otro sólo se dará en caso de que el que llegue a ser heredero no tenga hijos, pues de tenerlos podrá disponer libremente de los bienes; teniendo en cuenta el sistema catalán de legítimas, esto viene a significar que el testador quiso que los bienes pasasen a sus nietos—sin determinar a cuáles—antes que a otro de sus hijos que sobreviviese al que fué heredero y murió dejando descendientes.

No se intenta en este considerando interpretar la voluntad del testador, sino que en él sólo se pretende sentar—como punto de partida—un hecho que resulta innegable y se deduce, sin dejar lugar a dudas, del testamento. El causante quiso que sus bienes pasasen de un hijo a otro en cuanto alguno de ellos no tuviera descendientes; porque en el momento de que los tenga uno de los hijos que llegue a ser heredero, podrá disponer libremente de la herencia.

Ahora bien, teniendo en cuenta el sistema legitimario catalán, ninguna duda cabe de que el testador había previsto que en caso de ser herederos legítimos sus nietos, quedaba ya asegurada la continuidad familiar en el patrimonio, como era su deseo, y, por tanto, resultaba desnecesario extender más allá el fideicomiso. El causante contempló el caso de que los bienes fueran a parar a manos de sus futuros nietos y deseó que en el tal supuesto no entraen en el disfrute de los bienes aquellos de sus hijos que sobrevivieran al hermano que habiendo sido heredero murió dejando descendientes.

Sentado este presupuesto puede ya la sentencia pronunciarse sobre la interpretación de la cláusula fideicomisaria. Y a ello dedica el segundo considerando.

En él se advierte que siendo la voluntad del testador el que sus bienes pasaran a nietos indetenidos antes que a sus propios hijos—los cuales heredarían por substitución en caso de que el hermano que fallece no hubiera dejado descendencia—, con mayor razón hay que considerar querida por el testador la preferencia de los nietos a extraños; por tanto, en el caso de autos se violaría su voluntad si accediendo a las peticiones del recurrente se admitiese el derecho a la herencia de los extraños instituidos, existiendo como existen nietos del testador. Si se negara la preferencia del nieto, los bienes que constituyen el fideicomiso pasarían a manos de personas que no estaban ligadas al causante por vínculos de parentela y que no habían sido previstas por éste como substitutas.

La sentencia hace notar con acierto que el testador quiso que cuando uno de sus hijos llegara a ser heredero y tuviese descendientes, habían de ser preferidos los nietos a sus otros hijos. Por tanto, resulta lógico que existiendo nietos de un posible heredero ya fallecido pasen los bie-

nes a ellos antes que a extraños, pues esta es la única interpretación justa que de la voluntad del testador puede hacerse.

La principal duda que a favor de las alegaciones del recurrente aparece es la que levanta la lectura del párrafo primero del artículo 783 y del número 1 del artículo 785 del C. c., a tenor de los cuales las substituciones fideicomisarias han de ser expresas e inequívocas. El legislador, nos dice Oyuelos (1), mira con desconfianza y prevención todo lo relativo a estas substituciones, queriendo evitar a todo trance que caigan en el terreno prohibido de lo vinculado; por ello exigen que los llamamientos sean expresos, es decir, que consten designadas las personas a quienes ha de ir la herencia.

Pero, en primer término, no hay que olvidar que la jurisprudencia (2) restringe considerablemente el campo de aplicación del artículo 785 dentro del ámbito del Derecho foral. Y además, la exigencia de llamamiento expreso no puede entenderse en el sentido de que sea necesario precisar el nombre de los instituidos; basta enunciar las categorías de personas que pueden tener esa condición: hijos, nietos. Y del correcto modo de interpretar la cláusula fideicomisaria propuesto por el Supremo, se deduce claramente que los nietos no pueden entenderse nunca excluidos en el caso de autos.

Varias sentencias del Supremo Tribunal (3) advierten que en la palabra hijos se comprende también a los nietos, a no ser que se excluyan expresamente. Es cierto que los supuestos de hecho apreciados en esas sentencias (referentes a institución de heredero) no coinciden con los del caso ahora en examen (substitución fideicomisaria) y, por tanto, no puede sostenerse la aplicación a éste de aquella doctrina legal, puesto que no existe identidad o analogía substanciales. Pero no se puede negar que los nietos deben considerarse también substitutos cuando, como en el caso presente, el testador los ha previsto, y de tal modo, que ordenó que en el caso de llegar uno de sus hijos a ser heredero, si tuviese descendientes se tornaría la herencia libre. De este modo—y ello se deduce de la interpretación propuesta por el Supremo—el testador estableció expresamente que la reserva fiduciaria de bienes acabaría en la persona de los nietos.

La cláusula testamentaria que se interpreta—no calificada en la sentencia, pues no era allí el lugar oportuno para hacerlo (4)—es una de las denominadas “si sine liberis decesserit”, es decir, una disposición testamentaria en la que se establecen las substituciones bajo la condición de que el llamado que llegue a la herencia muera sin descendientes.

(1) OYUELOS: *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español*, tomo III. Madrid, 1920, pág. 306.

(2) Así, la sentencia de 5 junio 1905.

(3) Sentencias de 31 diciembre 1895, 3 octubre 1901, 17 mayo 1918. Vid., a este respecto, DE BUEN, en notas al *Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN-CAPITANT, traducción esp., tomo VIII. Madrid, 1928, pág. 226.

(4) Como se afirma en el segundo considerando de la sentencia de 8 junio 1940, la calificación jurídica del acto, aunque guarde relación con la interpretación, no es materia de ella.

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de esas cláusulas. Gabbá y Butera (5) niegan que exista en este caso una substitución fideicomisaria, calificándolas de simples condiciones; para el primero de esos autores tal condición es imposible en todo caso, para el segundo sólo será eficaz si es resolutoria. Hoy debe considerarse definitivamente superada esta teoría extrema. La mayor parte de los autores admiten la compatibilidad de las condiciones—suspensivas o resolutorias—con la substitución fideicomisaria (6). En nuestro Derecho, Traviesas (7) advierte que el testador puede perfectamente someter esas disposiciones a condición resolutoria o suspensiva; ahora bien, no basta la existencia de tales condiciones para hablar de sustitución fideicomisaria. No hay incompatibilidad entre la condición y el fideicomiso, escribe Cafiero (8), pero para que coexistan es necesario que se desprenda claramente ser esta la voluntad del testador. Para ello será preciso que al instituido se le imponga el deber de conservar y restituir a un substituto todos o parte de los bienes heredados del testador, en caso de que muera sin dejar descendientes.

Y estas son precisamente las características del caso que comentamos. Trátase de una cláusula en la que se establece una substitución fideicomisaria sometida a la condición resolutoria "si sine liberis decesserit", puesto que la substitución termina en el momento en que uno de los herederos que llegue a recibir la herencia tenga hijos.

Los nietos tienen en este caso, frente a la herencia de su abuelo, el carácter que los autores antiguos llamaban de "hijos puestos en condición". Considera Vives y Cabria (9) que la fórmula testamentaria, tan frecuente en Cataluña, de "hijos puestos en condición", se refiere a los hijos del heredero, de cuya existencia depende que aquél pueda disponer libremente de la herencia y cuya falta, en cambio, confirma el fideicomiso. La Sentencia de 7 de julio de 1932, invocada oportunamente por el actor en la demanda, declara en el tercero de sus considerandos—en referencia a un supuesto igual al que ahora nos ocupa—que no puede sostenerse que la hermana del heredero fiduciario no pueda transmitir derecho a sus hijos por haber muerto antes que su hermano—heredero instituido en primer lugar—porque en estos fideicomisos no se da el dere-

(5) GABBÁ: *Sostituzione volgare. Sostituzione fideicomisaria. Istituzione condizionata di erede*, en "Foro italiano", I, 1884, págs. 817-818; BUTERA: *La cláusula "suum liberis vel sine liberis decesserit" e la sostituzione fideicomisaria*, en "Foro italiano", I, 1926, págs. 521-526.

(6) Así, LOSANA: *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, Turin, 1884, págs. 292-293; FILOMUSI-GUELFI: *Diritto creditario*, vol. II, Roma, 1909, página 307; VITALI: *Delle successioni testamentarie e legittime*, Nápoles-Turin, 1916, parte 9.^a, volumen III de la colección "Il Diritto civile italiano de Fiore", págs. 241-243.

(7) TRAVIESAS: *Sustituciones hereditarias*, en "Revista de Derecho Privado", 1928, páginas 1 y sigs., concretamente pág. 4.

(8) CAFIERO: *La condizione si sine liberis decesserit*, en "Foro italiano", I, 1922, páginas 652-658.

(9) VIVES y CABRIA: *Constituciones de Cataluña*, trad. al castellano de los Usatges y demás Derechos de Cataluña, tomo V, Barcelona, 1864, pág. 142. Vid. autores allí citados.

cho de representación propio de las sucesiones legítimas, pues esos nietos se consideran llamados directamente por el testador.

La doctrina de esa sentencia es plenamente aplicable al caso de autos. Y el Supremo procedió dentro de ese mismo criterio llegando al único resultado que en justicia se impone, pues al haber previsto el testador la existencia de nietos como causa de desaparición del fideicomiso viene expresamente a demarcar su ámbito y comprender dentro de él a los nietos. Por tanto, el autor de la demanda no obraba en este caso como representante de su madre fallecida, porque en tal supuesto, como ella no había llegado a la herencia, ningún derecho sobre la misma podría transmitir a sus hijos; actuó como directamente llamado por su abuelo que quiso que la herencia fideicometida se mantuviera dentro de la familia hasta el límite de los nietos, y sería por tanto desconocer su voluntad el que el patrimonio pasara a manos de extraños existiendo, como existen, nietos.

En la Sentencia de 8 de junio de 1940 el Tribunal Supremo sentó la doctrina de que siendo decisiva la voluntad real del declarante en la interpretación de las disposiciones testamentarias, el juzgador podrá acudir para averiguarla a los medios de prueba extrínsecos; pero dado el carácter formal y solemne que el testamento tiene, será necesario que el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación tenga, al menos, un reflejo en el documento. Y en jurisprudencia constante (10) ha mantenido nuestro más alto Tribunal la interpretación sistemática de las disposiciones testamentarias, es decir, que debe acudirse al conjunto armónico de las disposiciones para deducir la intención del testador; para ello es necesario relacionar cada cláusula con las demás, a fin de conocer el contenido de todas y cada una.

Las disposiciones ambiguas, dice Betti (11), deben interpretarse en el sentido que—teniendo en cuenta la experiencia y las condiciones personales del testador—mejor respondan al pensamiento de las personas sensatas que tuvieran que disponer en circunstancias idénticas. Ante esas disposiciones ambiguas el intérprete debe reconstruir la presumible voluntad del disponente apoyándose en los indicios psicológicos que del propio testamento puedan deducirse.

El T. S., al interpretar la cláusula testamentaria del caso de autos, se mueve todavía con límites más restrictos y con bases más objetivas que los determinados en esas sentencias y propuestos por este autor. No se trata de una disposición de carácter ambiguo, que para aclarar su sentido precisa del apoyo de elementos extraños al testamento; ni siquiera es preciso relacionar esa cláusula con las demás para precisar su sentido, aunque ese confronto resulte útil, pues viene a reforzar la única interpretación que en justicia puede aquí prosperar.

(10) Sentencias de 14 junio 1898, 23 noviembre 1899, 12 octubre 1901, 6 julio 1904, 24 noviembre 1911, 28 mayo 1912, 30 abril 1913, 16 enero 1915, 23 octubre 1925. Sobre esta materia, v. CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 6.^a ed. (Notarias), tomo IV, Madrid, 1944, pág. 625.

(11) BETTI: *Interpretazione della legge e degli atti giuridichi*, Milán, 1949, págs. 118-120.

Efectivamente, el fideicomiso fué instituido con el deseo de que los bienes permanecieran en el ámbito familiar, y el testador lo extendió hasta los nietos, tomando a éstos como último límite. Siendo esto así, claramente se deduce que la intención del testador no podía ser otra que la de preferir los nietos a los extraños, en el caso de que al morir el heredero no tuviese hermanos a quienes restituir, y si hubiera descendientes de uno de aquellos ya fallecido. Si el testador expresamente prefirió los nietos a sus demás hijos, en el supuesto de que el heredero muriera dejando descendencia, con mayor motivo debe mantenerse esa preferencia respecto a extraños, en cualquier hipótesis; lo contrario supondría desconocer la finalidad perseguida por el fideicomiso que se estableció para conservar el patrimonio del causante dentro de la familia hasta el límite de los nietos.

Es esta la única interpretación justa que de la cláusula puede hacerse; y acertadamente obró, por tanto, el Supremo al recogerla. La corrección técnica de tal modo de interpretar es innegable: no es necesario acudir a medios extrínsecos de prueba que tengan un reflejo en el testamento, sino que la interpretación se realiza tan sólo a base de los elementos que las propias disposiciones testamentarias proporcionan. Además, hay que reconocer que el modo de pensar atribuido al testador en esta interpretación, teniendo en cuenta las finalidades por él perseguidas, es el único que—siguiendo la terminología de Betti—pudiera esperarse de toda persona sensata. La interpretación sistemática viene en este caso a demostrar que sólo esa voluntad del testador es compatible con el fin que éste se propuso, tal y como aparece a través de todo el testamento.

Trátase, por tanto, de una interpretación lógica, dentro de la más depurada técnica jurídica, reforzada por la interpretación sistemática y sirviendo a la idea de justicia.

El propio heredero fallecido, D. Salvador, reconoció el carácter de substituto de su sobrino, autor de la demanda, en dos ocasiones. La primera cuando solicitó su concurso, juntamente con el de su única hermana superstitio en aquella ocasión, para otorgar hipoteca a favor del prestamista, a fin de que garantizara con sus derechos sucesorios en el fideicomiso del abuelo la devolución del préstamo; no puede encontrarse reconocimiento más explícito, por parte del entonces heredero fiduciario, de los derechos que al demandante correspondían en la herencia fideicomitida. Nuevamente vino a reconocer D. Salvador esa cualidad, cuando al otorgar testamento dejó a los en él instituidos herederos tan sólo su herencia particular; si el heredero fiduciario pensase que era heredero libre, no hubiera hecho esa distinción, pero acontecía que consciente de su carácter de fiduciario y de los derechos que al fideicomiso tenía el nieto del testador y sobrino suyo, D. Juan, nunca pensó en atentar contra ello y se contentó con disponer de aquello que por ser suyo no estaba gravado de restitución.

3. En el último considerando se afirma que los fragmentos del Digesto y sentencias invocadas por el recurrente regulan supuestos de ins-

titución con prohibición de salir ciertos bienes de la familia de los hijos y de falta de substituto, por haber muerto antes que el primer heredero, supuestos distintos al del caso de autos en el que simplemente se trata de interpretar la cláusula testamentaria determinando el destino que a sus bienes quiso dar el testador.

Por lo que hace respecto a las sentencias concordamos plenamente. Comparando el problema que en ellas se resuelve (enunciado en el segundo motivo del recurso) con el que presenta el caso de autos—tal y como ha sido planteado por el Supremo—aparece con claridad que no existe analogía o identidad substanciales entre los supuestos de unos y otro, requisito indispensable para poder alegar la doctrina legal como tiene reconocido nuestro más alto Tribunal en numerosas sentencias (12).

Pero la cuestión ya no es tan clara respecto a los fragmentos del Digesto invocados. Copiamos textualmente el inicio del primer motivo del recurso: *“Infracción de la Ley setenta y ocho, libro treinta, De legati, párrafo tercero, de la Ley setenta y ocho, párrafo tercero, título único, libro treinta y uno, todas del Digesto”*. ¿Qué significan estas absurdas citas? Se mencionan el Libro 30 y el 31 del Digesto; respecto al segundo se habla de título único, y sorprende que no se diga lo mismo en referencia al primero, porque también tiene un único título. Después se habla dos veces de la Ley 78 y dos veces también figura la indicación “párrafo tercero”. Pero esa doble referencia no puede decirse respecto, como lógicamente debiera acontecer, a la Ley 78 del Libro 30 y a la del mismo número del Libro 31, porque la Ley 78 del Libro 30 sólo tiene un párrafo, no tres, y éste no guarda relación con el caso de autos (13). Es más, leídas las 128 Leyes de que consta el Libro 30 del Digesto (primero de los dedicados a la materia “De legatis et fideicommissis”), no se encuentra ninguna que pueda referirse al supuesto examen. Queda así en pie la cita del párrafo tercero de la Ley 78 del Libro 31, la cual, si bien guarda cierta relación con el caso que nos ocupa, no puede servir —como veremos— de fundamento a las pretensiones del recurrente.

La otra cita está, sin duda, equivocada. Cabe que el error sea de la copia de la sentencia que manejamos; pero no parece que ello sea lo más probable. De una parte, porque es bien conocida la probidad de las copias que las Secretarías de Sala del Tribunal Supremo envían a los Centros oficiales, y, además, porque examinados los fundamentos de derecho alegados por el demandante se observa que prácticamente todas las citas que se hacen de diferentes fragmentos del “Corpus Iuris” están equivocadas, como vamos a demostrar, y resulta casi inconcebible que se hayan transcrito erradamente todas las citas romanas.

En la demanda se citan: El Libro 5, Título 6, del Digesto; este Título (“De fideicommissaria hereditatis petitrone”) contiene tres Leyes, y la demanda no dice a cual de las tres se refiere, tal vez por la dificultad que

(12) Sentencias de 28 octubre 1862, 4 y 10 marzo 1863, 30 mayo 1863, 5 marzo 1866, 21 mayo 1891, 17 febrero 1892, etc.

(13) ULPIANO, D., 30, 78: “Fideicommissum, quod a legatario relinquitur, ita demum ab eo debetur. si ad legatarium locatum pervenerit”.

existe de precisar una de ellas, pues no parece que pueda encontrarse cualquier fundamento para resolver el caso de autos en ninguna de las tres. Cítase también la Ley 37 del Libro 26, Título 1, con gran sorpresa del lector, que en tal Título ("De tutelis") sólo encuentra 18 Leyes. Después la Ley 85 del Título 5 ("De heredibus instituendi") del Libro 28; tal Ley consta de un proemio y dos párrafos, y no se descubre a cual de los tres quiere referirse la demanda, no sólo por no mencionar el que se desea, como también porque en ninguno de los tres se encuentra nada que pueda tener referencia con el caso que nos ocupa. Igualmente la Ley 32, párrafo 6, del Libro 32, Título único (tercero de los libros dedicados a la materia "De legatis et fideicommissis"); y el lector, por muchas vueltas que dé a esa Ley 32 para encontrar su sexto párrafo tiene que concluir que tal Ley sólo tiene un párrafo único.

Peor aún que las citas del Digesto son las que hace la demanda del "Codex Iustinianus". Así, vemos invocadas: La Ley 30 del Título 12 ("De bonorum possessione contra tabulas quam praetor liberis pollicetur") del Libro 6; y advertimos que ese Título consta apenas de dos Leyes. También la Ley 30 del Libro 6, sin precisar a cual de sus 62 títulos pertenece. La Ley 6 del Título 25, sin indicar de cuál de los 12 libros. Por último, para no multiplicar los ejemplos, cítase la Ley 2 del Título 43 del Libro 15; y esto si que supone un sensacional descubrimiento hasta hoy ignorado por toda la dogmática romanística, que ingenuamente afirmaba estar compuesto el "Codex" por sólo 12 Libros.

De todo ello bien puede concluirse que el demandante tenía razón, a pesar de sus alegaciones. A no ser—repetimos—que ese sin fin de equivocaciones obedezcan a errores de la copia de la sentencia que empleamos, lo que no parece muy factible.

Sería de desear que los letrados cuando tuviesen que acudir a fuentes romanas para invocar fundamentos de derecho las citasen de acuerdo con el modo consagrado en la dogmática. Y tal vez fuera conveniente, para evitar estos desconcertantes errores, que transcribiesen los párrafos en que intentan apoyar sus alegaciones.

Pero volvamos a los dos fragmentos invocados en el primer motivo del recurso, que son los que ahora nos interesan. Ya hemos visto que de ellos sólo uno puede quedar en pie, visto que la referencia al Libro 30 hay que considerarla como una equivocación. Respecto al párrafo 3 de la Ley 78 del Libro 31 del Digesto (14) no creemos que pueda servir para fundamentar las pretensiones del recurrente. Causa extrañeza que el Supremo se refiera a los dos fragmentos invocados en el recurso—cuando sólo uno de ellos podría prosperar, visto que el otro está erróneamente citado—y afirme que en ellos se regulan supuestos de prohibición de salir ciertos bienes del ámbito de los hijos (el supuesto de falta de sustituto se refiere, sin duda, a las sentencias citadas por el recurrente). El frag-

(14) PAPINIANO, D., 31, 78, 3: "Praedium pater familia liberorum alienari verbis fidei commissi prohibuit, spremus ex liberis, qui fideicommissum petere potuit, non idcirco minus actionem in bonis suis reluisse visus est, quod heredem extrarium sine liberis decedens habuit".

mento del D., 31, 78, 3, trata de un fideicomiso establecido sobre un predio para evitar que salga del ámbito de los hijos; pero en él se advierte la posibilidad de que al morir el heredero fiduciario sin descendientes pueda pasar el predio a manos de un heredero extraño, lo cual—al menos en apariencia—viene a ser una razón a favor del recurrente.

Pero sólo en apariencia. Porque, en primer lugar, el D., 31, 78, 3, se refiere al supuesto de un fideicomiso verbal; el Derecho justiniano reconoció la forma oral del fideicomiso (Juliano, D., 40, 5, 47, 4), es decir, la encomienda verbal al fiduciario sin necesidad de testigos (15). Bastaría esto para no considerar aplicable la doctrina de aquel fragmento al caso de autos. Y no es eso sólo: en el supuesto contemplado en el fragmento del Digesto que el recurrente invoca se habla de la muerte de un hijo heredero sin dejar descendientes, pero nada se dice sobre si existían o no sobrinos de éste, nietos del testador. Y en el caso que nos ocupa existían, habiendo el testador tomado a los nietos como límite del fideicomiso. Por tanto, el caso de autos excede con mucho al contemplado en el D., 31, 78, 3, y, dadas las características especiales que aquél presenta, resulta claro que la doctrina de ese fragmento es aquí inaplicable.

Por tanto, concordamos con la decisión del Supremo de que ese fragmento regula supuestos diferentes al resuelto en la sentencia recurrida, y por ello no debe admitirse su procedencia, si bien por razones diferentes de las invocadas en el tercer considerando.

En todo caso, no podemos negar que la sentencia que comentamos resuelve con acierto el problema y encuentra bases seguras para justificar la interpretación de la cláusula testamentaria que propone. Este menor acierto al refutar la procedencia de los fragmentos del Digesto alegados por el recurrente—tal vez por la cita equivocada de uno de ellos—no desmerece su corrección.

Al declarar no haber lugar al recurso se mantiene en su integridad el fallo de instancia, en virtud del cual se reconoce que el demandante es el único con derecho a la herencia de su abuelo, por haber sido llamado por éste en sustitución, evitándose así que la herencia pase a manos de extraños. Como lógica consecuencia se reconoce la nulidad de la inscripción del inventario de bienes a favor de los herederos del fallecido D. Salvador y de la hipoteca a favor del prestamista; al cancelarse esas inscripciones pasan a inscribirse los bienes a nombre del demandante, imponiéndose su devolución con los frutos y rentas. Se niega también a los herederos la detracción de la cuarta Pegasiana o Trebelianica, que en el Derecho romano se concede al heredero fiduciario, pues el fallecido D. Salvador no había formado el indispensable inventario dentro del plazo; mal podía, por tanto, transmitir a sus herederos un derecho que no tenía.

Todos estos resultados son justos e inherentes a la interpretación de la cláusula testamentaria que la sentencia recoge, la cual es la única que posee todos los elementos exigidos por la técnica jurídica para interpretar correctamente.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

(15) Sobre el fideicomiso verbal en Derecho romano, vid., por todos, JÖRS-KUNKEL: *Derecho privado romano*, trad. esp., Barcelona, 1937, págs. 501-502.

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 31 MAYO 1949

Interpretación testamento—facultad de los tribunales de instancia en este sentido—necesidad de demostrar el error en que aquellos incurrieron.

Es jurisprudencia notoria que cuando se trata de interpretar las cláusulas de un testamento, corresponde a los tribunales de instancia tal función, siendo menester que, cuando se atribuye a la sentencia recurrida error en la interpretación, éste se demuestre, para que aquélla pueda ser combatida en casación.

CONSIDERANDO: Que la única cuestión que plantea el recurso se contrae a decidir si la Sala de instancia interpretó con error cierta cláusula del testamento en la que, sustancialmente, se dispone: Que para la plena eficacia del legado son requisitos indispensables que el legatario contraiga matrimonio y se halle establecido, ejerciendo alguna industria o comercio lícito y públicamente considerado.

CONSIDERANDO: Que no puesto en duda por las actoras el cumplimiento de la primera de las condiciones enunciadas, niegan en cambio, y en ello se funda la demanda, que el legatario ejerciera, en ocasión alguna, el comercio o la industria en las circunstancias exigidas por el testador, y consiguientemente, por estimar que aquél falleció sin llenar los requisitos precisos para adquirir las fincas legadas, pretenden que se declare que las pertenecen en propiedad, como herederas del sucesor del causante.

CONSIDERANDO: Que es jurisprudencia notoria de esta Sala que cuando se trata de interpretar las cláusulas de un testamento a los Tribunales de instancia corresponde tal función, siendo menester que, cuando se atribuye a la sentencia recurrida error en la interpretación, éste se demuestre, para que aquélla pueda ser combatida en casación.

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora, teniendo en cuenta no sólo las manifestaciones de las partes interesadas en los escritos fundamentales de la litis, sino también las pruebas de confesión y documental, en relación directa con la cláusula discutida, declara probado que el legatario cumplió el segundo de los requisitos impuestos por el testador para la eficacia y validez del legado, al considerar “que el legatario ejerció pú-

blicamente su oficio de zapatero, como dependiente unas veces y como patrono otras, siendo conocido de todos como un industrial dedicado a vender las producciones de su industria".

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 JULIO 1949

Beneficio de pobreza—necesidad de facilitar al Juzgador los medios necesarios para enjuiciar su situación económica.

La ocultación por parte del actor, de la posesión de los derechos sucesorios que le correspondían en la testamentaría de su padre, constituye una conducta maliciosa, encaminada a privar, deliberada y voluntariamente al Juzgador de parte de los medios necesarios para formar juicio respecto a su situación, faltando con ello al deber que le impone el art. 15 de la Ley rituaria y reiteradísima jurisprudencia.

SENTENCIA 2 JULIO 1949

Mercantil—transporte por ferrocarril—responsabilidad del porteador—plazo de prescripción de la acción para exigirla—interrupción de la prescripción—acto interruptivo preceptuado en la Orden de 30-VII-1942 efectos retroactivos de la Orden de 10-IV-1943: su alcance.

La reclamación por el consignatario de la mercancía, verificada según lo dispuesto en la Orden de 30-VII-1942 y cuando todavía la acción no había prescrito, interrumpe la prescripción, sin que la O. de 10-IV-1943 pueda tener eficacia retroactiva, pues no puede sostenerse que invalida situaciones jurídicas creadas por el cumplimiento de una disposición legal.

Procesal—recurso de casación—cauce obligado para la impugnación de las afirmaciones de hecho de la Sala de instancia.

Es preceptivo hacerlo al amparo del número 7.^o del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que la argumentación del primer motivo del recurso se dirige repitiendo las alegaciones hechas a lo largo de la instancia a combatir el pronunciamiento de la sentencia recurrida, que rechaza la excepción de prescripción extintiva de la acción formulada desde el principio por la parte demandada, hoy recurrente, y esta cuestión, de la que pende la subsistencia de la litis y a la que la parte parece conceder capital importancia, dada la insistencia en mantener su alegación, habrá de ser examinada, en su consecuencia, con detenida objetividad, por hallarse asentadas sobre hechos en el tiempo las deducciones de carácter jurídico que habrán de conducir a formular la conclusión debida.

CONSIDERANDO: Que en el examen de las cuestiones relativas a la prescripción extintiva, institución creada por la Ley para salvaguardar y mantener la seguridad del tráfico jurídico, han de tenerse presentes de modo primordial dos aspectos. Uno referente a la actividad o inactividad del sujeto en el ejercicio de las acciones vindicadoras de sus derechos, y en este respecto no cabe duda de que la negligencia, la desidia o el abandono dan lugar a que se aplique la prescripción que hace perder el derecho por disposición irrefragable de la Ley; y por otro lado, aquellos preceptos legales que establecen con arbitrio prudencial, según la diversidad de acciones y circunstancias, que contemplan los períodos de tiempo dentro de los cuales las acciones pueden ejercitarse y las condiciones en que han de serlo para interrumpir o cortar de modo definitivo o temporal el advenimiento fatal de la fecha en que habrá de quedar despojado el sujeto en cuestión de la actividad jurídica que ostentaba respecto de aquel determinado negocio, y en esta segunda consideración, las normas de prescripción son mudables, porque dependen de la voluntad del Legislador, por lo cual, el dueño de la acción ha de verse obligado a acomodar su actividad a los preceptos que se hallen en vigor durante el lapso de tiempo en que la virtualidad de su derecho se encuentre en potencia de su inmediato ejercicio.

CONSIDERANDO: Que es efectivamente cierto que el *Código de comercio en su art. 952 señala el plazo de un año para el ejercicio de las acciones derivadas del incumplimiento del contrato de transporte, plazo que tiene como fecha inicial la en que se entregó, o hubiera debido entregarse la mercancía objeto de dicho contrato, y que solamente podría interrumpirse por la interpelación judicial o los otros actos que previene el art. 944 del mismo Cuerpo legal y, asimismo, que en virtud de la Ley llamada "Detasas", en su redacción de 24 de junio de 1938, se ratifica la duración del plazo de un año por la Ley mercantil fijado para el ejercicio de las dichas acciones, si bien el acto interruptor ya no es la interpretación judicial simplemente, sino que como trámite previo ineludible, habría de formularse la reclamación ante las creadas Juntas de Detasas, para lo cual, y ya con referencia al caso que se examina, hallándose las aludidas normas en pleno auge, acaecido el hecho de la entrega de las mercancías transportadas en las condiciones que han motivado la presente litis el 23 de marzo 1942, tenía vida el derecho de la parte para ejercitar la acción derivada del incumplimiento del contrato de transporte, conforme a los preceptos antes citados, hasta el día 22 de marzo de 1943, y cuando en uno u otro de los trescientos sesenta y cinco días de este período podía el actor promover el oportuno expediente ante la Junta provincial de Tasas, interrumpiendo con este trámite el plazo prescriptivo de su sección, se publicó la orden de 30 de julio de 1942, que estableció para esta clase de asuntos en su norma 24 otro trámite igual, acto extrajudicial, el de la reclamación en los libros de las empresas porteadoras y con prelación sobre los ya existentes, pero con obligación tan absoluta que literalmente afirmaba: "sin que tengan valor alguno las formuladas de otro modo, cualquiera que sea", y obedeciendo a disposición de tan categórica observancia, que publicada*

en el "B. O. del Estado" el 20 de agosto de 1942, comenzó a regir conforme a lo que previene el artículo primero del Código civil, a los veinte días de su publicación, o sea, el 11 de septiembre siguiente, el consignatario de las mercancías transportadas formuló en los libros de la Estación de D., receptor de aquella reclamación obligada, el día 24 de enero de 1943, cuando aun restaban cincuenta y seis días para que quedase prescrita su acción, y con la inserción en los libros de la Compañía ferroviaria de su reclamación, *se hace ineludible estimar que quedó interrumpido el plazo prescriptivo, de hecho en virtud de la actividad jurídica del dueño de la acción, que revela la voluntad de ejercitárla y de derecho por cuanto la forma de realizarlo era la establecida por disposición legal inexcusable, con fuerza de obligar en el momento en que aquella acción estaba viva y podía ejercitarse, abriéndose con este acto un nuevo período de un año para realizar las restantes actuaciones que condujeran a procurar la efectividad del derecho reclamado.*

CONSIDERANDO: Que el recurrente impugna la conclusión que se deja expuesta en el Considerando anterior y que sirve de apoyo a la sentencia recurrida, alegando el contexto de la Orden de 10 de abril de 1943, singularmente en ciertos efectos retroactivos que expresamente declara, pero al examinar la citada disposición administrativa se observa claramente la finalidad para que fué dictada, que, conforme en su preámbulo se manifiesta, se contrae a determinar las normas procesales con arreglo a las cuales habrían de ser tramitadas las reclamaciones por incumplimiento del contrato de transporte que los usuarios formulasen con relación a hechos acaecidos con anterioridad a la fecha de la vigencia de los preceptos contenidos en la Orden de 30 de julio de 1942, porque por esta Orden se estableció—normas 25 a 31—un nuevo procedimiento en la sustanciación de aquellas reclamaciones, diferente del anterior, en el que por no ser exigible el trámite previo de hacer constar en los libros de las empresas porteadoras la reclamación de las infracciones que se estimaban cometidas, ni tampoco el demandado certificando discordia, eran únicamente de aplicación los artículos 3.º, según queda redactado por Orden de 29 de septiembre de 1939, y 32 al 60 del Reglamento de 28 de diciembre de 1938, y *en cuanto a la determinación de los actos interruptores de la prescripción, que es la segunda de sus finalidades, en modo alguno la expresada Orden de 10 de abril de 1943 pudo tener el efecto retroactivo de invalidar y hacer ineficaces situaciones jurídicas creadas mediante el cumplimiento de una disposición legal (la norma 24 de la Orden de 30 de julio de 1942), que obligaba sin distingos desde su vigencia, en las que se revelaba patente la voluntad del actuario de ejercitar su acción contra la Compañía transportista en virtud de la consignación en los libros de reclamaciones de la Empresa, de las que afectaban a su derecho, realizando de este modo un acto imperado obstativo de la prescripción, y resulta claramente que no anuló el efecto de tal hecho, no sólo porque no lo dispuso expresamente como hubiera debido hacerlo, según la norma que contiene el artículo 3.º de Código civil, con mayor razón por el carácter sustantivo del derecho tutelado, sino porque si bien en el número 2.º*

se señalan los actos que interrumpen la prescripción y los distintos momentos en que ésta reaparece para los hechos acaecidos con posterioridad a la vigencia de la Orden de 30 de julio de 1942, afirma a continuación en su número 3.º la Orden expresada de 10 de abril, que para los hechos ocurridos con anterioridad al día 11 de septiembre de 1942 se interrumpirá "también" por la demanda ante la Junta de Detasas, aunque ésta rechazase su admisión, esto es, que a los actos que se expresan en el número 2.º hay que añadir "también" este otro (a menos que la adición de este adverbio carezca de objeto), con lo cual queda amparado otro supuesto, que aunque referido a hechos anteriores a 11 de septiembre de 1942 hubo forzosamente de tener realidad después de dicha fecha, ya que antes de ella la sola presentación ante la Junta interrumpía la prescripción (artículo 4.º de la Ley de 18 de julio de 1932), cual es el de que la demanda formulada ante la Junta de Detasas quedase inoperante por ser denegada su admisión, al no haberse previamente consignado la reclamación en los libros, como, según resulta de los autos, procedía la Junta de Detasas de P. al planteársele el supuesto aludido, y de los razonamientos expuestos se deriva la conclusión de que la Orden de 10 de abril de 1943, no afecta a la eficacia del acto realizado por el consignatario al formular en 24 de enero de 1943, su reclamación en los libros de la Estación de D., con lo que interrumpió el transcurso de la prescripción de su derecho, y al estimarlo así la Sala de instancia no ha cometido las infracciones de que se le acusa en el primer motivo de este recurso que, por consiguiente, debe ser rechazado.

CONSIDERANDO: Que igualmente debe correr el motivo 2.º, en el que se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida con las pretensiones del demandante, afirmando que éste planteó la litis por retraso en la entrega de la mercancía y deje de cuenta, y la sentencia apoya sus pronunciamientos en la responsabilidad por avería, a que se refiere el artículo 365 del Código de Comercio; pero lo erróneo de tal afirmación queda patente con sólo examinar los fundamentos de derecho que se basa la demanda y el escrito de réplica, en el que el número 4.º de los fundamentos de derecho comienza con esta expresión literal: "Remarcamos que nuestra acción no es la del 361 del Código de Comercio, sino la del 365 y concordantes del mismo Cuerpo legal sobre avería", y puesto que tal fué la manifestación del actor y concorde con ella se ha producido el pronunciamiento del Tribunal *a quo*, es evidente que no existe la incongruencia alegada y procede la desestimación del motivo en que dicha infracción se acusa.

CONSIDERANDO: Por último, que frente a la declaración de la sentencia recurrida de que "del conjunto de los elementos probatorios resulta que aunque por vicio de la mercadería se iniciava la fermentación, la negligencia de la Compañía fué la determinante de que ocurriera el daño, como estricta condición causal por su conexión adecuada con el resultado" formula el recurrente el tercer motivo de su recurso en que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, denuncia la infracción del artículo 361 del Código de Comercio, sin determinar el con-

cepto en que se ha producido y la interpretación errónea del artículo 362 del mismo Cuerpo legal, y aparte de que la argumentación de su tesis se reduce a formular excusas sobre la imposibilidad de que los agentes de la Red puedan revisar todas y cada una de las mercancías porteadas para asegurarse de que durante su transporte conservan las condiciones en que fueron cargadas, lo cierto es que aquellas afirmaciones de hecho del Tribunal *“a quo” han de considerarse subsistentes porque no se han impugnado como hubiera debido hacerse para obtener, en su caso, la debida eficacia, por el cause del número 7.º del artículo citado 1.692 de la Ley procesal*, y la subsistencia de ellas lleva forzosamente a la aplicación del aludido artículo 362 del Código de Comercio, con la consiguiente declaración de responsabilidad de la Compañía porteadora, como con indudable acierto lo efectuó la Sala de instancia, por lo cual no incurrió en los defectos alegados y procede la desestimación del motivo 3.º y con él del recurso interpuesto.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 JULIO 1949

Civil—legítima en Cataluña—plazo de prescripción de la “*petitio hereditatis*”.

Es de treinta años, según el usatge “Omnès causae”.

Civil—legítima en Cataluña—prescripción: principio “*contra non valentem agere non currit praescriptio*”—naturaleza jurídica de la legítima catalana.

*Al legitimario que, es además heredero fiduciario de toda la herencia paterna y materna, no le prescribe su derecho a la legítima mientras ostente el carácter de fiduciario de toda la herencia, porque no tiene posibilidad de accionar contra sí propio, y “*contra non valentem agere non currit praescriptio*”, y por la especial razón de que siendo la legítima un crédito contra la herencia, reúne en su persona las cualidades de deudor y acreedor, por lo que la prescripción no comienza hasta que esta situación se resuelva.*

Civil—sustitución fideicomisaria en Cataluña—detracción de la cuarta trebeliana—transmisión de este derecho a los herederos del fiduciario.

El fiduciario que tiene este derecho y no lo ejercita en vida ni lo renuncia, lo transmite a sus herederos como si formase parte de su herencia particular.

Civil—sustitución fideicomisaria en Cataluña—derecho a detraer la cuarta trebeliánica—requisitos—inventario: su finalidad y momento en que ha de verificarse.

La finalidad del inventario es, aparte de cubrir la necesidad de la separación de los patrimonios de la herencia y particular del heredero, fijar concretamente el número y cuantía de los bienes hereditarios y de las obligaciones que contra la herencia se acreditan, dejando así bien determinada la masa hereditaria y constituyendo más bien un requisito objetivo que subjetivo, aprovecha al fiduciario que lo ha efectuado en momento en que su calidad de tal no estaba determinada.

CONSIDERANDO: Que aun siendo cierta la tesis sostenida por el recurrente al defender el primer motivo del recurso de que el legitimario, que tiene derecho a su porción legítima desde el fallecimiento del testador, si no reclama del heredero o de la persona que tenga en su poder la herencia, la entrega de la cantidad o de los bienes que constituyan su cuota legitimaria y *deja transcurrir treinta años sin ejercitarse esta acción ("petitio haereditatis")*, incurre en Cataluña en la sanción que previene el usatge "Omnem causae", quedando prescrito su derecho, no lo es menos que dicha regla general carece de aplicación al caso debatido en el presente litigio porque don J. C. S., causante de la actora, era en efecto heredero legitimario de sus padres, y, en este concepto, con derecho a poseer con pleno dominio las cuotas que integraban las legítimas respectivas, pero al mismo tiempo por haber recaído en él el fideicomiso hereditario dispuesto primeramente en el testamento paterno y después en el materno, ostentaba el carácter de heredero fiduciario, poseyendo como tal toda la herencia inscrita a su nombre, y en tales circunstancias, integradas en aquella universalidad de bienes las porciones legitimarias, es lógico deducir que no tenía que solicitar la entrega de ellas, puesto que se hallaban en su poder, ni existía persona de quien reclamarlas, toda vez que el heredero y poseedor de los bienes era él mismo, por lo que no dándose las condiciones precisas para que pudiera ejercitarse aquella acción, a. menos del supuesto absurdo de accionar contra sí propio, es evidente que no tuvo posibilidad de ejercitárla y, por consiguiente, no pudo incurrir en la prescripción extintiva, porque "contra non valentem agere non currit praescriptio", principio general que es cierto que ha de aplicarse muy estrictamente, y además por la razón especial que ya consideró la sentencia de 27 de enero de 1894, de que siendo la legítima un crédito contra la herencia, y resultando confundida en una misma persona la condición de deudor por ser legitimario y acreedor por ser heredero fiduciario queda en suspenso la prescripción del crédito hasta que se resuelva tal situación y tránsito de la herencia al fideicomisario, momento en el cual deberá ser detraída la porción legitimaria que por haber pasado a integrar la herencia libre del fiduciario puede ser reclamada por su heredero, por lo cual, en méritos de lo que queda expuesto, habrá de ser desestimado el primer motivo del recurso, ya que la Sala de instancia no incurrió en las infracciones de que se le acusa.

CONSIDERANDO: Que es principio general en la legislación civil aplicable en Cataluña que el fiduciario universal que acepta voluntariamente la herencia tiene derecho a detraer de ella para sí la cuarta porción de la misma, conocida con el nombre de cuarta trebeliánica, siempre que tome inventario de aquélla en el tiempo y forma establecidos por las leyes, o sea, como si lo tomase para disfrutar del beneficio del inventario, y también que, salvo en los casos de excepción que la Ley señala, sólo puede ejercitarse aquel derecho en los fideicomisos establecidos de modo escalonado, muy frecuentes en dicha región, el primero de los fiduciarios que aceptó la herencia, y tales condiciones aparecen cumplidas en el caso origen del presente litigio, como claramente se expresa en la sentencia recurrida, porque de una parte resulta que instituídos por orden de primogenitura en el testamento del causante don A. C. P., herederos fiduciarios sus hijos don A., don J. y don X., el único que aceptó voluntariamente la herencia y la disfrutó hasta su muerte fué don X., marido y causante de la actora, porque don J. renunció por la escritura de 1885 expresamente a aquélla, y don A. falleció en 1875 sin dejar descendientes y sin haber aceptado la herencia, como afirma la sentencia y el propio demandado, hoy recurrente, reconoce al aceptar como cierto en la contestación a la demanda el hecho 8.^o de la misma en que tal circunstancia se manifiesta, y siendo esto así, es incuestionable que don X. vino a ser el primer fiduciario con aceptación voluntaria de la herencia y, por ello, con indiscutible derecho a percibir la trebeliánica, y *por no haberla cobrado en vida ni renunciado a ella transmitió el derecho de cobrarla a su heredero como si formase parte de su herencia particular*, y habiéndolo entendido así la Sala sentenciadora no ha incurrido en la infracción de la disposición de derecho romano que se le atribuye en el segundo motivo del recurso, ni tampoco en los errores de hecho y de derecho acusados, porque los documentos que como auténticos se citan, estimados como tales documentos públicos por la Sala de instancia, que por ello no ha infringido los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, no contienen, como pretende el recurrente, prueba evidente de la aceptación de la herencia por el primer instituído, don A., hecho que en su aspecto negativo fué reconocido, como antes se dice, por el propio demandado, todo lo cual lleva a desestimar este motivo.

CONSIDERANDO: Que por lo que toca a la segunda de las condiciones señaladas en el Considerando anterior, para tener derecho a detraer la cuarta trebeliánica, cual es la de tener inventario de los bienes de la herencia en el tiempo y forma que las leyes establecen, la argumentación del recurrente al razonar el tercer motivo de su recurso, encaminado a impugnar el correspondiente pronunciamiento de la sentencia recurrida, se basa en la escritura de inventario que el fiduciario don X. otorgó en 22 de mayo de 1900, alegando que por haber fallecido el causante en 1866, este inventario formulado cuando había transcurrido con extraordinario exceso el plazo legal de noventa días después de la muerte del causante, en que el inventario de los bienes de la herencia ha de quedar terminado para que el fiduciario tenga derecho a detraer la cuarta trebeliánica, no

podía, por su extemporaneidad, servir al indicado fin, y asimismo tampoco al que tomó en 1866, que, en todo caso, sólo hubiera podido aprovechar al primer instituído, don A., por lo que resultaba patente el error de la sentencia recurrida al conocer a don X. y, por ende, a su viuda y heredera, el derecho a percibir el importe de la mencionada cuarta trebeliánica de la herencia paterna; pero examinada la naturaleza y finalidad de la toma de inventario exigida, así como las circunstancias que concurren en el caso presente, se llega a descubrir lo erróneo del razonamiento del recurrente porque *en la herencia diferida por fideicomiso el inventario que ha de hacerse en cumplimiento de las leyes primera, segunda y tercera del libro sexto, título octavo, volumen primero de las Constituciones de Cataluña, aparte de cubrir la necesidad de la separación de los patrimonios de la herencia y particular del heredero, fin idéntico al que se persigue al cumplir el mismo requisito cuando se utiliza el beneficio de inventario, se halla establecido para fijar concretamente el número y cuantía de los bienes hereditarios y de las obligaciones que contra la herencia se acreditan, dejando así bien determinada la masa hereditaria que ha de ser el punto básico del cumplimiento de la disposición testamentaria a que se refiere, y evitar la ocultación o desfiguración de bienes, créditos, o derechos, que habrían de repercutir en la distribución de legítima, legados y, sobre todo, en la porción integrante del fideicomiso*, y atendida esta finalidad se puede estimar que la toma de inventario es más bien un requisito objetivo que subjetivo, porque lo que interesa es que haya inventario "oportet inventarium fierit", en expresión de los autos), por lo que las leyes exigen que éste se encuentre terminado dentro de los noventa días después del fallecimiento del testador, buscando con esta cautela que los diversos elementos que integran la herencia se hallen en lo posible en las mismas condiciones que tenían al morir el causante y la toma de inventario en las dichas condiciones de tiempo y forma es la que confiere el derecho a detraer la cuarta trebeliánica, ya que se presume que ha de ser efectuada por el primer fiduciario y la única que sirve de referencia en las sucesivas sustituciones del fideicomiso en el caso frecuente de hallarse éste escalonado, ya que si bien pueden los sucesivos fiduciarios tomar inventario de los bienes fideicomitidos que reciben, no están obligados a ello, pero la porción fideicomitida ha de conformarse en todo momento con lo que en el primer inventario se consignara, y haciendo aplicación de esta doctrina al caso presente aparece que fallecido el causante, don A. C. P., el 14 de julio de 1866, se otorgó en 11 de septiembre del mismo año una escritura en la que figuran como otorgantes la viuda y heredera usufructuaria de dicho don A. C. P. y los tutores y curadores de los hijos de este matrimonio, menores de edad todos ellos y herederos fideicomisarios, conforme al orden de sustitución establecido en el testamento de su difunto padre, y haciendo la manifestación de que deseaban "disfrutar de los beneficios que las leyes conceden a los que toman inventario", formalizar el de todos los bienes que constituían la herencia del causante, y con la toma de este inventario, hecho en tiempo y forma legales, habrá de estimarse cumplida la condición que exige.

las Constituciones de Derecho catalán al principio citadas, no solamente porque, según cierta doctrina, el inventario tomado por la viuda usufructuaria ("majora" y señora) aprovecha a los herederos, sino porque al otorgar esta escritura los tutores y curadores de los hijos menores obraban en representación de ellos y su acto aprovechaba a todos y a cada uno de los dichos menores, máxime si se tiene en cuenta que por esta misma condición de minoridad era incierta en aquel momento la trayectoria que había de seguir la sustitución fideicomisaria establecida. por lo que no cabe decir con fundamento, como lo hace el recurrente, que esta toma de inventarios sólo pudo aprovechar al primer instituido y no a los demás, puesto que todos se hallaban en iguales condiciones, y ocurrió corroborando esta hipótesis que el que como primogénito resultaba instituido en primer lugar no llegó a aceptar la herencia y, por tanto, a hacer efectiva su institución, llegándose a deducir la conclusión de lo que queda expuesto que el inventario tomado en 1866 no pudo dejar de aprovechar al primer fiduciario efectivo, don X, y le confirió el derecho de detraer la cuarta trebeliana discutida, y la sentencia que así lo establece no infringe las disposiciones que se citan en el tercer motivo del recurso, que, por consiguiente, debe ser rechazado.

CONSIDERANDO: Que el pronunciamiento de la sentencia recurrida que reconoce a don X, el derecho a detraer todo el importe de la legítima de la herencia paterna por haber satisfecho a algunos de sus hermanos colegitarios con él sus cuotas legitimarias respectivas y haber dejado de prescribir otros las suyas por no reclamarlas en el tiempo debido, es impugnado por el recurrente en el cuarto motivo del recurso con razonamiento que en síntesis viene a sostener que reconoce que el importe de las cuotas legitimarias que el causante de la actora, don X, satisfizo a sus hermanos, debe en efecto serle reintegrado al diferirse el fideicomiso, pero el importe de las que otros hermanos dejaron de percibir por no reclamarlas y prescribieron debe ser incorporado a la masa de bienes que integra la herencia fideicomitida; pero el recurrente, al razonar así, olvida sin duda que la legítima catalana es una porción de la herencia (la cuarta parte) perfectamente determinada y separada del resto de la misma destinada a ser repartida entre los legitimarios exclusivamente, en tal forma, que si la herencia resultase reducida serían también reducidas en la misma medida las cuotas legitimarias fijadas en el testamento, pero si la cuarta parte de legítima excediese del importe de las cuotas establecidas por el testador, se daría lugar al suplemento de legítima, y, en estas condiciones, de igual manera que entre los coherederos se da en Derecho catalán la "accretio" o derecho de acrecer entre colegitarios, de suerte que las cuotas de aquellos que careciendo de descendientes no las reclamaron o renunciaron a ellas, pasan a acrecer a los demás legitimarios, pero en modo alguno deberán incorporarse a la parte de herencia que integra el fideicomiso, por lo que en el caso presente, habiendo sido don X, el único legitimario, a él debieron acrecer las cuotas legitimarias no reclamadas y prescritas, y por haberse ajustado a este criterio el Tribunal a quo no ha incurrido en la falta

de aplicación que se le atribuye de los preceptos del Derecho romano que se citan ni de las disposiciones del testamento del causante relativas a la institución hereditaria que se refiere a la porción de herencia que constituye el fideicomiso, pero con separación de la cuarta parte destinada a legítima, que, como se ha visto, sólo pertenece a los legitimarios, y en méritos de lo dispuesto es obligado desestimar el cuarto motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 OCTUBRE 1949

Depósito de mujer casada—juez competente para conocer del mismo cuando la mujer casada vive separada del marido con consentimiento de éste.

Al no ser aplicable el párrafo primero del número 20 del art. 63 de la LEC. hay que estar para determinar la competencia al párrafo segundo del mismo, que la atribuye al Juez del domicilio de la persona que ha de ser depositada, pues si bien el domicilio de la mujer casada es ordinariamente el del marido, según el art. 64 de la LEC., la jurisprudencia constante de esta Sala ha declarado, entre otras sentencias las de 26 de abril de 1942 y 29 de diciembre de 1948, que es el Juez del domicilio efectivo de la esposa el competente para entender del depósito de la mujer casada que vive separada de su marido con consentimiento de éste, y no se opone a ello el hecho de que el marido, en carta a su mujer, le diga que su deseo e ilusión es que vaya a reunirse con él, porque eso, dados los términos en que se expresa, no es una reclamación que se hace en el ejercicio de su derecho, sino una manifestación de afecto que en nada se opone al consentimiento revelado anteriormente, con pleno efecto jurídico, de que la esposa viviera con sus padres.

SENTENCIA 19 OCTUBRE 1949

Procesal—quebrantamiento de forma—legitimación procesal pasiva—su diferencia de la “falta de acción”.

La falta de acción para reclamar, según constante jurisprudencia, no puede ser materia del recurso de casación por quebrantamiento de forma, sino que es propia del recurso por infracción de Ley.

CONSIDERANDO: Que según aparece del segundo de los fundamentos legales del recurso, éste se basa en el número 2 del art. 1.693 de la LEC., porque se demanda y condena al recurrente como particular, cuando según se viene oponiendo en todo el pleito actuó como Alcalde, lo que alega el recurrente que constituye una falta de personalidad, con lo que se intenta dar el aspecto de esa excepción a la alegada, lo que no tiene, porque si es

demandado como particular, esta cualidad y personalidad la tienen todas las personas y no les puede ser negada, y si lo que pretende el recurrente es excepcionar que él no está obligado en la ocasión de autos como particular, sino en su caso como Alcalde, que es como dice que obró, esto constituiría no una cualidad que integre su legitimación pasiva o carencia de ella, sino una falta de acción por suponer que no la tiene el actor para reclamar del recurrente como particular, y ésta según constante jurisprudencia, no puede ser materia del recurso de casación por quebrantamiento de forma, como el actual, porque es propia del recurso por infracción de Ley.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 18 NOVIEMBRE 1949

Presentación de documentos en el juicio de cognición—efectos de los presentados durante el período de prueba.

La no presentación de los documentos, con la demanda en el juicio de cognición, y si en el período de prueba, no constituye el quebrantamiento de una formalidad esencial del juicio, productor de la indefensión del recurrente.

CONSIDERANDO: Que si bien el número tercero del apartado c) de la base diez de la Ley de 19 de julio de 1944 dispone que en el proceso de cognición se presentarán con la demanda cuantos documentos constituyan el fundamento del derecho que se haga valer en la litis, esta exigencia de la Ley no autoriza a rechazarlos si se presentan durante el período de prueba, y el único efecto que tal presentación extemporánea produce es que no puedan tenerse en cuenta como elementos probatorios de los hechos a que se refieren en la sentencia, pero si así se hiciera, ello constituiría un error de derecho en la apreciación de la prueba, por haber otorgado valor de tal a documentos que para ser eficaces debieron de haberse presentado en el momento oportuno, más no puede constituir el quebrantamiento de una formalidad esencial del juicio, productor de la indefensión del recurrente, como exige, para que se dé el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma, el art. 162 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 19 NOVIEMBRE 1949

Posesión registral—efectos del otorgamiento de escritura pública de venta a los efectos de atribuir la posesión real al comprador.

CONSIDERANDO: Que acreditada por las demandantes la adquisición de la finca en litigio mediante escritura pública inscrita en el procedimiento de inmatriculación en el Registro de la Propiedad, es visto que conforme a

doctrina jurisprudencial muy reiterada les corresponde la posesión real de la finca, a efectos de poder ejercitarse la acción de desahucio de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.564 de la Ley procesal, en relación con el 1.462 del C. c, y con el 38 de la vigente Ley Hipotecaria, sin que se desvirtúe la aplicación de esta doctrina por el hecho de que la finca figure también inscrita a nombre de tercera persona, que según estima la sentencia recurrida, sin impugnación en el recurso, era posible causante de quien vendió el inmueble a las actoras, ni por la circunstancia de que la inscripción en favor de éstas se efectuase por inmatriculación y no hubiesen transcurrido desde su fecha hasta la de formalización de la demanda el plazo de dos años exigidos por el art. 207 de la Ley Hipotecaria para que surta efectos respecto de terceros, pues aparte de que el demandado es extraño a la relación jurídica de dominio sobre el predio, según resulta de sus propias manifestaciones en el recurso, siempre sería suficiente el otorgamiento de la escritura pública de venta para atribuir la posesión real al comprador, por no resultar o deducirse lo contrario en los términos de la escritura.

CONSIDERANDO: Que al segundo y último motivo le falta viabilidad porque al amparo del número séptimo del art. 1.692 de la LEC. se denuncia error de derecho, que sería preciso demostrar con la cita de algún precepto legal sobre valoración de prueba que se considerase infringido, según reiteradas declaraciones de esta Sala, y del único precepto que se invoca en el art. 1.565 de la LEC., que no versa sobre eficacia probatoria de ninguno de los medios que al efecto autoriza la Ley.

— FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 DICIEMBRE 1949

Acción reivindicatoria—accesión de bienes muebles: adjunción.

Cuando las cosas unidas pueden separarse sin detrimiento, no existe en realidad accesión y sus dueños pueden exigir la separación de ellas.

Un motor y un "chassis" pueden ser separados sin perjudicar su naturaleza.

ANTECEDENTES.—El actor era dueño de un camión que le fué incautado en 1936 por los organismos rojos. Al finalizar la guerra, el demandado recuperó el motor de otro camión de las mismas características, instalado en el *chassis* del demandante, quien reclama ser declarado legítimo propietario del vehículo, y que el motor colocado en él forma parte integrante del mismo, sin que pueda separarse sin detrimiento del conjunto y siendo de menos valor y volumen que el resto del vehículo pide se declare la propiedad del mismo como de cosa accesoria a la principal, hecha de mala fe por parte de los demandados, por lo que deben indemnizar perjuicios y abonar frutos. El Juzgado dicta sentencia por la que declara que el camión es de la propiedad del demandante y que el motor colocado en él le pertenece por accesión, condenando al demandado a la indemnización de perjuicios por realizarse la accesión de mala fe. La Audiencia estima

en parte la demanda declarando que el camión con el motor se entregará al demandante, y por haberse producido accesión sin mala fe, se indemnizará a los demandados de su valor.

MOTIVOS.—Único. Aplicación indebida de los artículos 375, 376 y 377 del C. c. y falta de aplicación del 378 del mismo cuerpo legal.

CONSIDERANDO: Que con arreglo a los preceptos del Código civil, para que tenga lugar la accesión en bienes muebles se requiere la unión de dos o más de dicha naturaleza que, perteneciendo a distintos propietarios, formen un todo inseparable o cuya separación no pueda producirse sin detrimento, dándose el supuesto de la adjunción cuando unidas dos cosas para formar un todo, si bien se distinguen una y otra, no pueden separarse volviéndolas a su primitivo estado sin perjudicar su naturaleza; de donde se sigue que si las cosas unidas pueden separarse sin detrimento, no existe en rigor accesión y los dueños respectivos tienen facultad de exigir la separación de aquéllas, principio que establece el artículo 378 del Código civil.

CONSIDERANDO: Con relación al caso ahora objeto de controversia, que si bien, como declara la sentencia recurrida, el motor y el "chassis" forman un solo cuerpo o mecanismo a los fines para que se utiliza, al poder ser separados el uno del otro sin perjudicar su naturaleza, es de aplicación el citado precepto y, en consecuencia, debe prevalecer el motivo único del recurso.

FALLO.—Ha lugar al recurso. Se revoca en parte la sentencia, declarando que el chassis se entregue al demandante y el motor se devuelva al demandado, siendo de cuenta de éste los gastos de separación.

SENTENCIA 7 ENERO 1950

Acción reivindicatoria—competencia de la jurisdicción ordinaria en las resoluciones sobre bienes sometidos a "custodia" del Estado.

CONSIDERANDO: Que recuperadas y retenidas por el Estado, para su guarda y entrega a quien justificase ser su legítimo dueño, las alhajas procedentes de la expoliación marxista y reclamadas por don E. M. S., con ejercicio de acción reivindicatoria, a la que, por estimarla justificada en cuanto a parte de aquélla, ha dado lugar la Sala de instancia, se impugna la sentencia recurrida en el primero de los motivos del recurso con invocación del doble amparo de los números primero y sexto del art. 1.692 de la Ley Procesal, para que acogiéndose la denuncia de que el Tribunal inferior ha infringido en su fallo los arts. 19, 27, 29 y 31 de la Instrucción sobre el procedimiento a seguir con los depósitos bancarios, Cajas de Seguridad y Título recuperados, aprobados por Decreto de 7 de agosto de 1939, se deduzca del supuesto de su infracción la incompetencia que por razón de la materia imputa la parte recurrente a la jurisdicción civil ordinaria, como razón fundamental de la casación que pretende; mas en rea-

lidad sólo en apariencia se da este fundamento al recurso, puesto que en él, reconociéndose que la acción ejercitada en la demanda y estimada en la sentencia es la reivindicatoria que dimana directamente del derecho real de dominio el propietario, por el artículo 348 del C. c., no se desconoce la competencia que para conocer de las de su clase asiste a los Tribunales ordinarios, sino que se aduce la omisión de un previo acuerdo gubernativo en el expediente de esta naturaleza, regulada por la Instrucción mencionada, omisión que, a lo sumo, podría justificar un efecto dilatorio propio de la excepción séptima del art. 533 de la LEC., pero no implicar la incompetencia acusada.

CONSIDERANDO: Que además de lo que acaba de expresarse, que los artículos de la referida instrucción, tomados por la parte recurrente como base sustentadora de la incompetencia de jurisdicción que alega, están desprovistos de eficacia para este objeto, y aun para ser atendibles en casación por infracción de Ley, porque carecen del contenido sustantivo que ésta exige, y en ninguno de ellos se veda, como supone el recurso, que una vez tramitado el expediente gubernativo, como lo fué el que a que se refiere la demanda, hasta el acuerdo de que los objetos denegados al reclamante como dueña de los mismos pasen a la "Caja de Restos", pueda su dueño reivindicarlos por vía judicial mientras la Administración no produzca acuerdo concreto de adjudicarlos al Estado.

CONSIDERANDO: Que las apreciaciones que anteceden hacen desestimable el primero de los motivos del recurso, y también se ha de rechazar el segundo, en el que, comprendiéndole en el mismo número primero del artículo 1.692 de la LEC., se alega la infracción de los arts. 348 y 464 del Código civil, y la jurisprudencia que cita, aduciendo que en el caso cuestionado no concurre en relación con la acción ejercitada en él, uno de los tres requisitos inexcusables para que aquélla pueda prosperar, el de la posesión o detentación por el demandado de los bienes expoliados que se reclaman, con lo que falta, a su entender, colisión de derechos, porque el Estado no es poseedor ni detentador de aquéllos, ni se atribuye sobre los mismos ningún derecho, sino función de custodia mientras el expediente no termine; y basta tener en cuenta que conforme al preciso sentido del primero de los artículos citados, la acción que el mismo concede en su párrafo segundo es ejercitable no sólo contra el poseedor o detentador de la cosa reivindicable, sino contra cualquier persona o entidad que en su poder la tenga sin título o por concepto que haya de ceder ante el derecho de propiedad que ostente el accionante, para que se haya de desechar el supuesto de las infracciones que el recurrente señala, entendiendo que retenidas gubernativamente las alhajas propias del demandante y pasadas a la "Caja de Restos", por disponerlo así el apartado c) del art. 27 de la aludida Instrucción, no cabía reivindicarlas en tanto que no recayera un acuerdo de adjudicación al Estado, determinante de una colisión de derechos, a todas luces innecesarias, habiendo venido a patentizar que basta la denegación gubernativa de las peticiones de los reivindicantes de objetos expoliados y recuperados para que aquéllos puedan ejercitar su acción ante la jurisdicción ordinaria, lo regulado con posterioridad realmente aclarante.

ratoria del sentido de las normas aplicables a las reivindicaciones como la cuestionada, por el Decreto de 24 de mayo de 1945, al disponer en el apartado d) de su artículo segundo, que entablada contra tales acuerdos denegatorios ante los Juzgados ordinarios la acción que establece el art. 348 del Código civil, corresponde a los Abogados del Estado la representación del mismo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 ENERO 1950

Acciones reales—tramitación de las demandas basadas en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

La remisión que el artículo 41 de la Ley Hipotecaria hace a los artículos 749 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil obliga a sustanciar las demandas que se basan en aquel precepto por el trámite de los incidentes que en los últimos se regula.

Procesal—número de Magistrados que deben integrar la Sala en este procedimiento—momento de alegar la falta procesal derivada de esta circunstancia.

Por imperativo del artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento civil debió la parte, al comparecer ante la Sala, formular su protesta, basada en la falta procesal derivada de la composición de aquélla.

CONSIDERANDO: Que, por ser inadmisible, 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 artículos 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, pretendiendo 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 escrito se formula, al amparo del antes citado artículo 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 con-

tradición, remite la continuación del procedimiento hasta su final a los trámites que la Ley procesal civil tiene ordenados para los incidentes, partiendo precisamente del artículo 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.

CONSIDERANDO: Que al examinar el único motivo del recurso que se ha articulado se advierte que, contra lo que previene el artículo 1.796 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 advertir, ya que ante ella comparecía a defender su derecho, hacer constar su protesta al amparo de lo que previene el artículo 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 artículo 317 de la Ley rituaria 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 artículo 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 artículo 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 artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 ENERO 1950

Legitimación registral—presunción posesoria

Si bien la presunción posesoria establecida en el artículo 38 L. H. admite prueba en contrario cuando se demuestra que el contenido de la inscripción no responde a la realidad, ha de ser aficaz frente a la alegación de un estado posesorio carente de título que pueda oponerse a la escritura inscrita.

Pérdida de la posesión—por posesión de otro—actos tolerados.

Si bien el artículo 460 C. c. establece en su número 4.º que el poseedor puede perder su posesión por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año, tal precepto ha de entenderse en armonía con lo dispuesto en el artículo 444 del mismo, según el cual no afectan a la posesión los actos meramente tolerados.

ANTECEDENTES.—Se trataba de un juicio de desahucio en precario respecto de una finca rústica; el demandado alegó haber comprado la finca de un titular anterior, en virtud de contrato verbal, que el juzgador no apreció probado; también alegó poseer la finca por más de un año pacíficamente y a título de dueño; en ambas instancias se estimó la demanda; el demandado interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción de los artículos 460, número cuarto, C. c. y 1.564 L. E. C., y error de hecho en la apreciación de la prueba: el actor no podía desahuciar por no ser poseedor.

2.º Infracción del artículo 38 L. H. y de doctrina legal, y error de hecho en la apreciación de la prueba: por la misma razón.

3.º Infracción del artículo 1.565, 3.º, L. E. C., y de doctrina legal.

CONSIDERANDO: Que el Tribunal "a quo" da por improbada la existencia del contrato verbal que el recurrente alega estimando que los documentos aportados no son más que "acreditativos de una concedida posesión a la que se trata de ponerle límite mediante el actual procedimiento", afirmaciones de la sentencia recurrida que no se combaten eficazmente en el recurso, toda vez que los documentos que en él se aducen como demostrativos de un pretendido error de hecho no tienen carácter de auténticos, ni demuestran, por tanto, la equivocación evidente del Juzgador.

CONSIDERANDO: Que el artículo 1.280 del Código civil dispone que deberán constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, y en su segundo párrafo establece que también deberán hacerse constar por escrito, aunque sea privado, los demás contratos no expresados anteriormente en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas, y aunque se entienda que este artículo no contradice ni siquiera como excepción la norma general de libertad contenido en el 1.278 del mismo Código, que declara obligatorios los contratos cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, es indudable la importancia del requisito de la forma escrita "ad probationem", pues cuando un acto jurídico o un contrato de

la naturaleza del que en este litigio se discute no se acredita ni siquiera por modo tan fácil y de uso tan general, para dar constancia a los actos y contratos importantes como el documento privado, tal omisión puede ser indicio de que el contrato no llegó nunca a perfeccionarse, y a este criterio obedece el artículo 1.248 del propio Código, que advierte al juzgador cuide de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, a menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito.

CONSIDERANDO: Que según el artículo 38 de la vigente Ley Hipotecaria a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, y de igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos, y *si bien esta presunción admite prueba en contrario cuando se demuestra que el contenido de la inscripción no responde a la realidad, ha de ser eficaz*, en este caso en apoyo del actor, *frente a la alegación de un estado posesorio carente de título que pueda oponerse a la escritura inscrita*.

CONSIDERANDO: Que *si bien el artículo 460 del mencionado Cuerpo legal, que en el recurso se cita como infringido, establece en su número cuarto que el poseedor puede perder su posesión por la posesión de otro, aun contra la voluntad del antiguo poseedor, si la nueva posesión hubiese durado más de un año, tal precepto ha de entenderse en armonía con lo dispuesto en el artículo 444 del mismo, según el cual no afectan a la mera posesión los actos meramente tolerados, y por tales tiene la Sala sentenciadora los actos en que se basa en este caso la oposición al desahucio*.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 ENERO 1950

Competencia—acumulación de acciones.

Acumuladas la acción personal de nulidad de la renuncia a la herencia y la mixta de petición de herencia, se ha de reputar principal, a efectos de determinar la competencia, la de declaración de nulidad de la renuncia, ya que sirve de base a la de petición de herencia.

SENTENCIA 20 ENERO 1950

Mujer casada—representación por el marido.

Según reiterada jurisprudencia de la Sala, el art. 1.383 del C. c. establece una regla de derecho que afecta a la legitimación activa del marido

para acciones sobre bienes privativos de su esposa, pero en modo alguno se refiere al poder legal de representación que el marido ostenta sobre la mujer.

MOTIVO DEL RECURSO.—Infracción del art. 1.383 del C. c., pues el actor ha actuado en el proceso careciendo de la imprescindible legitimación procesal.

CONSIDERANDO: Que es doctrina de esta Sala, declarada en Sentencia de 15 de marzo de 1934—reiterando la ya establecida en las de 20 de junio y 23 de noviembre de 1894, entre otras—, que al disponer el art. 1.383 del Código civil que el marido no podrá ejercitar acciones de ninguna clase respecto de los bienes parafernales, sin intervención o consentimiento de la mujer, en realidad estatuye una regla de derecho que afecta a la legitimación activa del marido para acciones sobre bienes privativos de su esposa; pero en modo alguno se refiere al poder legal de representación que el marido ostenta sobre la mujer, a tenor de lo dispuesto en el artículo 60 del citado Código, siendo tan notoria la diferencia entre este motivo de representación legal y aquella condición legitimadora, que mientras un defecto en el primero engendraría excepción de falta de personalidad, en cambio la deficiencia en la segunda sólo justifica falta de acción.

CONSIDERANDO: Que por aplicación de esta doctrina al caso del presente recurso es manifiesta su desestimación; por cuanto al afirmar el recurrente la falta de personalidad en el actor, por no haber acreditado el consentimiento de su mujer, necesario para el éxito de la acción ejercitada, incide en el error de convertir en cuestión de forma lo que es, por su naturaleza, materia propia de un recurso por injusticia notoria.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 ENERO 1950

Procesal—recurso de casación amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Al no precisar si lo que se ataca es el error de hecho o de derecho en que pueda haber incurrido la sentencia recurrida ni referirse a la valoración de la prueba, es forzoso partir de los hechos que en su sentencia declara probados la Sala de instancia.

Alimentos—posición social del obligado a prestarlos—percepción por la madre en representación de la hija menor.

No infringe la Ley la Sala que concede alimentos a la nieta del obligado a prestarlos, aunque los perciba la madre de la beneficiada, pues tal percepción es como representante de aquélla.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso se funda en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; mas sin precisar si

lo que ataca es el error de derecho o el error de hecho en que pueda haber incurrido la sentencia recurrida, como era obligado para la viabilidad del recurso; pero, además, ni cita ninguno de los artículos del Código civil referentes a la valoración de las pruebas que el Tribunal *a quo* haya podido infringir ni tampoco aduce documento auténtico que evidencie la manifiesta equivocación del juzgador, por lo cual es forzoso partir de los hechos que en su sentencia declara probados la Sala de instancia.

CONSIDERANDO: Que como ésta afirma terminantemente la necesidad en que se encuentra la hija menor de la demandante, en cuya representación litiga ésta, de los alimentos que señala la sentencia, la insuficiencia de medios de su madre para atender a sus propias necesidades y, por lo tanto, a las de su hija, y la situación desahogada de su abuelo demandado para satisfacer los alimentos en relación con la posición de la familia, es visto que no cabe estimar la infracción de los artículos 142, 143, 144 y 146 en relación con el artículo 82 del Código de Procedimiento de la Zona de Marruecos invocados en los diversos motivos del recurso, relativos todos ellos a la regulación de los alimentos entre parientes, ello aparte de que no citándose el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, como base del recurso, no cabría estimar su infracción, y además, en cuanto a la alegación que por el recurrente se hace de que se otorguen alimentos a la demandante hija política del actor que no ostenta el referido derecho, es manifiesta su inexactitud, ya que el fallo los concede expresamente a la nieta, representada por su madre, procediendo por todo ello la desestimación del recurso con las costas al recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 ENERO 1950

Compraventa mercantil—depósito judicial de la mercancía.

La obligación de depositar judicialmente la mercancía, según el artículo 332 C. de c., sólo es exigible en el caso de que el comprador pida únicamente el cumplimiento del contrato, pero no si se pide también la indemnización de daños y perjuicios, en forma subsidiaria y en términos que presupongan la pretensión de resolución del contrato.

ANTECEDENTES.—El dueño de una mina de carbón concertó con el demandado la venta de una cierta cantidad de aquel producto; enviada una parte, el comprador se negó a aceptar más alegando mala calidad del carbón enviado; el vendedor entabló demanda solicitando el cumplimiento del contrato, o la indemnización de daños y perjuicios, y alegando que la negativa del comprador se debía sólo a una baja en el precio del carbón; en ambas instancias se estimó la demanda; el demandado interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción del Decreto de 23 de enero de 1942, que regula las condiciones de la venta del carbón, y de los artículos 327 y 332 C. de c., en relación con el 1.124 C. c., y de doctrina legal, ya

que de haber cumplido el actor tales artículos se habría probado la mala calidad del carbón.

2.^o Incongruencia, ya que la sentencia condena a indemnizar, sin dar al demandado posibilidad de cumplir el contrato.

3.^o Error de derecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida, aceptando los fundamentos de la dictada por el Juez de primera Instancia, estimó probado, como hecho substancial o básico del litigio, que el contrato de compra-venta mercantil fué incumplido por el demandado-comprador sin causa justificada, al ordenar al vendedor-demandante que suspendiera la facturación de la mercancía pendiente de envío, alegando que el carbón últimamente remitido era de calidad inferior a la convenida, lo que no se demostró, siendo en realidad debida la orden de suspensión, determinante del incumplimiento en parte del contrato a que durante el plazo de su vigencia el precio estipulado por tonelada de carbón sufrió una baja en el mercado, y ante esta posición "de facto" de la Sala sentenciadora el presente recurso no ofrece elementos de juicio suficientes para desvirtuar en casación el referido hecho básico del fallo impugnado, ya que con relación a los hechos procesales sólo se articula el motivo tercero alegando error de derecho en la apreciación de las pruebas, sin citar precepto legal alguno sobre valoración de las mismas que el recurrente pudiera estimar infringido, como sería preciso para la viabilidad del motivo, según reiteradas declaraciones de esta Sala, por lo que al quedar firme el hecho de que la negativa del comprador a recibir nuevos envíos de carbón fué justificada, falta soporte jurídico, tanto al motivo tercero del recurso como al primero, en el que parte el recurrente de los hechos no demostrados de que el carbón de las últimas remesas era de calidad inferior a la convenida por exceso de cenizas, y, además, había sido incumplido el contrato por el vendedor, por aplicación del artículo 332 del Código de Comercio, al no depositar judicialmente la mercancía pendiente de envío, pero no tiene en cuenta el recurrente que *esta obligación es exigible, según dicho precepto, en el caso de que el vendedor pida únicamente el cumplimiento del contrato; pero no en casos como el de autos, en que se pidió también en forma subsidiaria la indemnización de daños y perjuicios en términos que presuponen la pretensión implícita, pero indudable, de resolución del contrato en la parte del mismo no consumada, que es en definitiva la única pretensión acogida en la sentencia de instancia.*

CONSIDERANDO: Que es también desestimable el segundo motivo del recurso porque la sentencia impugnada no incurrió en el vicio de incongruencia que ahora se denuncia al pronunciar el fallo condenatorio de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento injustificado de lo convenido imputable al demandado, que es precisamente lo pedido en la demanda para el caso de que no prosperase, como no prosperó, la petición principal formulada sobre cumplimiento del contrato, sin que los términos en que está concebida la demanda autoricen la alegación del recurrente en el sentido de que el demandante dejó a elección del demandado el derecho de optar entre el cumplimiento y la indemnización, pues

son inconundibles y de efectos jurídicos distintos la facultad que el actor pueda dar o reconocer al demandado para elegir entre las prestaciones alternativas que se le piden y las pretensiones que en forma principal y subsidiaria dirige al órgano jurisdiccional, significado este último que es el que claramente cabe atribuir a la súplica de la demanda.

FALLO.—No ha lugar.

, SENTENCIA 27 ENERO 1950

Retracto de colindantes—deber de consignar o afianzar en el acto de conciliación—inaplicación de la doctrina legal referente a retractos arrendatarios.

Es modo de ejercitar el derecho de retraer la demanda de conciliación, siempre que en el acto conciliatorio se cumpla la obligación de consignar o afianzar.

El retracto de colindantes debe regularse por los preceptos del Código civil, sin que puedan aplicarse ni asimilarse a ellos los principios tenidos en cuenta en la regulación de los retractos arrendatarios.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—(Véanse en los Considerandos).

CONSIDERANDO: Que el derecho de retracto concedido por los artículos 1.523 y 1.524 del Código civil a los propietarios de tierras colindantes con fincas rústicas de extensión que no excede de una hectárea, cuando éstas sean vendidas a persona en la que no concurra aquella circunstancia, requiere que se ejerçite dentro de los nueve días contados desde la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad, o, en su defecto, desde que el retrayente haya tenido suficiente noticia de los pactos y condiciones de la misma, consignándose el precio si es concedido o, si no lo fuese, dándose fianza de consignarlo cuando lo sea; y se halla declarado reiteradamente por esta Sala, con notoria amplitud de criterio interpretativo del tenor literal de los mencionados preceptos sustantivos y del artículo 1.618 de la Ley procesal, que es modo de ejercitar el derecho de retraer la demanda de conciliación si en el acto conciliatorio se cumple la obligación de consignar o afianzar.

CONSIDERANDO: Que la inobservancia de este requisito ineludible, en el caso que viene sometido al presente recurso hace estimables los tres primeros motivos de éste, constitutivos en realidad de uno solo por la unidad que a los mismos presta su común fundamento acusador de la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 1.524 del Código civil y 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento y de la doctrina jurisprudencial antes concretada, porque reconociéndose expresamente ésta por la Sala de instancia, y que habiendo tenido la parte actora noticia de la venta el día 1 de noviembre de 1944 y conocimiento de todas las circunstancias de la misma en la conciliación que se celebró sin avenencia el 7

de aquel mes por haberle sido exhibido el documento de compra, no presentó la demanda de retracto ni dió fianza en garantía del precio, que correspondiera a las dos fincas que, de las tres vendidas conjuntamente, intentaba retraer, hasta el 9 de diciembre siguiente, cuando con notable exceso había transcurrido el término señalado por la Ley para el posible ejercicio del derecho referido, la Sala, no obstante su propio reconocimiento de la certeza de los extremos de hecho y de la doctrina legal expresados, que imponían la procedencia de un pronunciamiento desestimatorio de la demanda, llega a la contraria conclusión de un fallo en el que da lugar al retracto discutido, dejando de aplicar, con su consiguiente infracción, los preceptos reguladores del ejercicio de aquel derecho en el orden civil y la jurisprudencia que en éste los interpreta, valiéndose de argumentos relativos a la función social de la propiedad, inadecuados para justificar la adopción por el Tribunal "a quo" de un criterio modificativo y ampliatorio de lo estatuido por las disposiciones legales pertinentes, y de la cita de una sentencia dictada por jurisdicción distinta de la que a esta Sala asiste y en materia que, como lo es, la referente a los retractos arrendaticios, se rige por disposiciones especiales diferentes de las establecidas en los Códigos sustantivo y procesal civiles.

CONSIDERANDO: Que lo que antecede hace procedente la estimación del recurso, e innecesario el examen del cuarto y último de sus motivos, fundado, como todos los que le preceden, en el núm. 1º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, puesto que en él se limita el recurrente a razonar acerca de la inaplicación al caso debatido de la sentencia de la Sala de lo Social, relacionado en la recurrida, lo que ya queda apreciado en el Considerando anterior.

FALLO.—Ha lugar al recurso y se casa la Sentencia, declarando que no se produzca el retracto de colindantes.

SENTENCIA 31 ENERO 1950

Derecho foral—sucesión abintestato en Vizcaya—aplicación del C. civil.

Según reiterada jurisprudencia, la Ley de Mostrenos de 18 de mayo de 1835 derogó en materia de sucesión intestada las disposiciones de Derecho foral, por lo que el C. c. resulta aplicable en este punto, a tenor de lo prevenido en el art. 13 de dicho Cuerpo legal.

Transacción—desestimación.

No se puede considerar como transacción un documento en el que se hace una declaración que no pasa de ser una mera opinión sin fuerza, vinculante para el que la emite.

MOTIVOS.—Primero.—Violación de la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo en materia de sucesión sobre derogación de todos los fueros especiales.

Segundo.—Infracción por inaplicación de los arts. 1.281, 1.282, 1.284 y 1.285 del C. c. y S. de 19 de junio de 1931.

Tercero.—Violación por inaplicación de los arts. 1.265, 1.266 y 1.269 del Código civil.

Cuarto.—Error de hecho en la apreciación de la prueba.

Quinto.—Violación por no aplicación de los arts. 1.963 y 1.965, e indebida interpretación de los 1.940 y 1.941, todos ellos del Código civil.

Sexto.—Infracción por indebida interpretación del art. 1.809 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que fundado el primer motivo del recurso contra la sentencia que desestimó la petición de la actora para que le fuese abonada por la demandada la cuota usufructuaria vidual que le correspondía en la herencia de don Francisco de Acha, en infracción de la doctrina reiteradamente sentada por esta Sala, en el sentido de que la Ley de Mostrenos de 18 de mayo de 1835, al establecer en su artículo segundo un orden de suceder abintestato, en el que por cierto figura el cónyuge como heredero usufructuario con retorno de los bienes a su fallecimiento a los parentes colaterales del premuerto, derogó en materia de sucesión intestada las disposiciones del Derecho foral, por lo que el Código civil resulta aplicable en este punto, a tenor de lo prevenido en el art. 13 de dicho Cuerpo legal, doctrina que si bien fué rectificada bajo el régimen republicano por la Sentencia de 11 de junio de 1936, ha sido establecida, *en aras de la unidad legislativa*, por la posterior jurisprudencia de esta Sala, a partir de la Sentencia de 19 de diciembre de 1942, no puede menos de ser apreciada la citada infracción, consistente en la aplicación indebida al caso que hacen las Sentencias de primera y segunda instancia de la Ley sexta, Título XXI del Fuero de Vizcaya, pues aun cuando dichas resoluciones pretenden fundar la inaplicación de la expresada doctrina legal al caso de autos en lo dispuesto en la Ley de 25 de octubre de 1839, es lo cierto que de los dos únicos artículos de esta disposición, el primero se limita a confirmar los Fueros de las provincias Vascongadas y Navarra, sin per juicio de la unidad constitucional de la Monarquía, y el otro a prevenir que el Gobierno, tan pronto como la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias vascongadas y navarras, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados Fueros reclame el interés de los mismos, conciliado con el general de la Nación y la Constitución de la Monarquía, resolviendo, entre tanto, provisionalmente, y en la forma y sentido expresado las dudas y dificultades que puedan ofrecerse; dando de ello cuenta a las Cortes, lo que evidencia de modo palpable que se trata de una disposición de carácter político y administrativo que no puede afectar a las modificaciones que en el orden civil habían sido introducidas por la anterior Ley de 1835, porque su finalidad responde al propósito de dictar normas al Poder Ejecutivo para resolver las dudas que en la realización de la función de gobierno puedan ofrecerse y porque, finalmente, declaradas aplicables a Navarra, por sentencias de esta Sala de 4 de enero de 1927 y 17 de diciembre de 1928 las disposiciones del C. c. en este punto, no existe razón alguna para exceptuar de ellas a Vizcaya, por tal razón cuando la Ley de 1939 a que se ha hecho referencia a ambas regiones se extiende.

CONSIDERANDO: Que a mayor abundamiento la sujeción del caso a las disposiciones del C. c., resulta de la expresada voluntad del hermano político de la recurrida, don Antonio de Acha, que en el documento de 1920, arriba citado, errónicamente calificado de transacción por la Sala de instancia, ya que en él ni se especifican las diferencias litigiosas entre los interesados ni las recíprocas prestaciones en que convienen en transigirlas, base indispensable para encajar en el art. 1.809 del Código civil, afirma su voluntad de aplicar a la sucesión de su difunto hermano en favor de su viuda las disposiciones del Código que regulan los derechos del cónyuge supérstite, concediéndole el usufructo de la mitad de la herencia en los términos que en el mismo se consignan, para lo que aquélla otorgó los poderes de que se ha hecho mérito en relación con el juicio de testamentaria del difunto padre de su marido, sin que a ello obste la declaración que se hace en tal documento por la recurrente de ella reconoce que la legislación aplicable sería la foral, pues esta declaración no pasa de una mera opinión sin fuerza vinculante para el que la emita.

CONSIDERANDO: Que resulta así el primer extremo que el recurso plantea, Ley aplicable a la sucesión del marido de la demandante, el resto queda reducido a dos puntos: Primero, si don Antonio de Acha entregó a la actora la parte de herencia en usufructo que le correspondía, y si la acción ha sido ejercitada en tiempo hábil, es decir, si no ha prescrito, temas de los motivos segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto del recurso, respectivamente.

CONSIDERANDO: Que respecto del primero, la Sala estima, por la adición consignada el año 1929 en el documento de 1920, que la demandante recibió cuanto le correspondía en la herencia de su esposo, pero es lo cierto que al entenderlo así desconoce el contenido del documento suscrito en igual fecha y lugar, presentado por la parte recurrente al impugnar la declaración de pobreza legal pretendida por la demandante, en el que se especifica qué es lo que recibió efectivamente, cien mil pesetas a devolver a su muerte o si contrajera ulteriores nupcias, lo que dibuja evidentemente la silueta jurídica del usufructo viudal, deduciéndose de este documento, que tiene carácter de auténtico a estos efectos, la equivocación evidente del juzgador, conforme al número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de trámite, al dar por probada la entrega al cónyuge de cuanto se le adeudaba por este concepto y a la vez el error en que incidió con arreglo al artículo 1.282, citado en el recurso al interpretar la nota adicional al documento de 1920, por tratarse aquél de un acto coetáneo al mismo de obligada consideración por su interpretación racional, por lo que también son admisibles los motivos segundo y tercero del recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 3 FEBRERO 1950

Recurso de casación—impugnación de las apreciaciones de hecho del Tribunal de instancia

Sólo cabe al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 L. E. C.

Presunciones legales—requisitos

No cabe amparar un recurso de casación en una presunción legal cuando ni aparece probado el hecho base de la presunción ni el artículo en que se funda establece sino una afirmación clara y precisa (como sucede con el art. 1.683 C. c.).

SENTENCIA 4 FEBRERO 1950

Letrados—honorarios—cuantía de los mismos si no se han fijado.

Según reiterada jurisprudencia de la Sala, los letrados en ejercicio tienen derecho a percibir honorarios por sus trabajos y servicios profesionales, debiendo ajustarse dichos honorarios, en el caso de no haberse fijado la remuneración y surgir discrepancia entre las partes, al importe que señalen los Tribunales.

ANTECEDENTES.—El actor, letrado en ejercicio, reclama a la demandada el pago de la cantidad de 25.000 pesetas, en concepto de honorarios. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda por valor de 23.000 pesetas, y la Audiencia, en apelación, la reduce a la cantidad de 6.500.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción por aplicación indebida de los artículos 1.542 y 1.544, en relación con el 1.261, todos ellos del C. c.
2.º Infracción por violación del artículo 1.151 del C. c.

CONSIDERANDO: Que para llegar a la reducción del importe de la minuta de honorarios, cuyo pago se reclama en la demanda, parte la sentencia recurrida de una distinción, separando las partidas relativas a trabajos de índole técnica, peculiares de la profesión de letrado, de aquellas otras que por corresponder a actos de gestión estima la Sala de instancia que no tienen tal naturaleza, debiendo advertirse que los motivos del recurso si bien combaten la indicada reducción no lo hacen refiriéndose concretamente a las cantidades que fija la sentencia, sino a la diferenciación establecida por la misma, sosteniendo que en aquellas partidas no cabe distinguir las que tienen carácter profesional de las que no revisten ese carácter.

CONSIDERANDO: Que la conocida controversia suscitada en la doctrina científica sobre la naturaleza del contrato cuyo objeto es la prestación de actividades peculiares de las profesiones de orden científico o técnico—contrato calificado de mandato por unos juristas, por otros, de arrendamiento de servicios; por algunos, de contrato de empresa, y aun de contrato innominado por algún sector de la doctrina—ha tenido su repercusión en

la jurisprudencia de esta Sala, especialmente a lo que atañe a la naturaleza del vínculo contractual que liga al letrado con su cliente, apareciendo que mientras la sentencia de 14 de junio de 1907 considera la relación como dimanada de un mandato la sentencia de 27 de diciembre de 1915 estima que nace de un contrato de mandato y servicios, en tanto que la de 25 de febrero de 1920 la califica de arrendamiento de servicios, y la sentencia de 16 de febrero de 1935—que señala la más moderna orientación de la jurisprudencia en la materia—, si bien afirma que los servicios de los letrados, como los de las personas que ejercen profesiones liberales, no constituyen más que una modalidad del que la tradición jurídica y nuestro Código civil vienen llamando contrato de arrendamiento de servicios, admite que de manera eventual y accesoria puedan ser encomendados a los abogados gestiones propias del mandato, y como complemento de esta doctrina, procede advertir que aunque de ordinario se presenta la relación contractual entre el letrado y su cliente como un contrato de servicios, también aparece otras veces como contrato de obra, supuesto que se da cuando mediante remuneración se obliga a aquél a prestar no propiamente su actividad profesional, sino el resultado producido por la misma, cual ocurre, entre otros casos, en el de aceptar el letrado el encargo de emitir un dictamen.

CONSIDERANDO: Sobre la base de la doctrina establecida en la últimamente citada sentencia de 16 de febrero de 1935, que, según afirma la Sala de instancia, tienen el carácter de peculiares del mandato determinadas gestiones realizadas en cumplimiento de su misión por el recurrente; y es lo cierto que tal afirmación no se combate en el motivo primero del recurso acusando una posible aplicación indebida de las normas reguladoras del mandato ni del apoderamiento—conceptos a los que expresamente se refiere el considerando cuarto de la resolución recurrida, al distinguir ésta en las partidas de la minuta las relativas a trabajos técnicos de las correspondientes a los actos de gestión—, limitándose dicho motivo a denunciar el quebrantamiento de los artículos 1.542 y 1.544 del Código civil, de los cuales el primero declara que el arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o de servicios, y el segundo establece que el arrendamiento de obras o servicios una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio por precio cierto; y en cuanto a la alegación de que no cabe separar en el caso litigioso las gestiones que revestían carácter profesional de las que no tenían ese carácter—alegación en la que se apoya el citado motivo para acusar una supuesta infracción del artículo 1.261 del Código civil—, baste recordar que es el propio recurrente quien admite, al señalar el objeto del contrato celebrado con la recurrida, que no todos los trabajos a que la minuta se refiere caen bajo la órbita de los peculiares de un letrado.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo del recurso, aducido con carácter subsidiario y al amparo del número primero del artículo 1.692 de la ley procesal, denuncia la vulneración del artículo 1.151 del Código civil, sosteniendo que la misión jurídica del recurrente y la prestación que al mismo incumbía se ofrecen como una unidad, siendo el conjunto de sus actividades el móvil del contrato; pero, aparte de que, según aparece del

contenido de la demanda, no se invocó en ésta la existencia de un contrato de obra, sino la de un arrendamiento de servicios, es de tener en cuenta que el citado artículo 1.151 se limita a fijar los criterios con arreglo a los cuales debe reputarse divisible o indivisible las obligaciones, estableciendo, además, que en las obligaciones de hacer la divisibilidad o indivisibilidad habrá de decidirse por el carácter de la prestación en cada caso concreto, o sea, que se trata de una cuestión de hecho; de donde se sigue que no reconocida por la Sala de instancia la nota de indivisibilidad de prestación, sería preciso para combatir las declaraciones de la sentencia a este respecto seguir el cauce señalado en el número séptimo del artículo 1.692 de la antes citada Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Además, y bajo otro aspecto, que si bien los letrados en ejercicio tienen derecho a percibir honorarios por sus trabajos y servicios profesionales, la cuantía de dichos honorarios deberá ajustarse, en el caso de no haberse fijado la remuneración y surgir disconformidad entre las partes, al importe que señalen los Tribunales, y así lo ha declarado la jurisprudencia de esta Sala.

CONSIDERANDO: Por último, que las razones expuestas conducen lógicamente a la desestimación de los dos motivos del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 FEBRERO 1950

Asunción de deuda.

El Código civil admite, al lado de la novación extintiva, una novación modificativa por cambio de deudor, y no existe en dicho Código disposición que pueda servir de base a la tesis de que el cambio de la persona del deudor implique necesariamente la extinción de la obligación y la creación de otra nueva. Tampoco aparece en el repetido Código precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea, el contrato por el cual un tercero, con asentimiento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo.

Préstamo mercantil.

Es indispensable para que puedan calificarse de mercantiles los préstamos en que intervienen comerciantes no sólo la demostración de que las cantidades percibidas se dedicaron a negocios de aquella naturaleza, sino también que procedan de operaciones de comercio. Si no consta este último requisito, es inaplicable a la obligación nacida del pagaré la prescripción trienal del Código de comercio.

Interpretación

Tanto cuando se impugnan los elementos de hecho que sirven de base a la interpretación del juzgador como cuando se combaten sus criterios

jurídicos, siempre se hace preciso demostrar el error notorio padecido por aquél.

No procede la casación si la interpretación dada en instancia es racional, aunque quepa alguna duda acerca de su absoluta exactitud.

Fianza

En los casos dudosos no puede interpretarse el contrato en el sentido de ampliar la responsabilidad del fiador.

ANTECEDENTES.—(V. considerandos.)

MOTIVOS.—1.º Comprendido en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la LEC.: Infracción de los artículos 531, 532 y 311 del Código de comercio, por interpretación errónea, y de la doctrina legal contenida en las sentencias de 11 junio 1923 y 18 abril 1896, y de los artículos 1.740, 1.753 y 1.755 del C. c., por su no aplicación.

2.º Comprendido en los núms. 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la LEC.: Error de hecho en la apreciación de las pruebas del pleito e infracción del artículo 1.204 del C. c., por interpretación errónea; de los artículos 1.281 y 1.282; de la doctrina legal contenida en sentencias de 9 diciembre 1944, 21 noviembre 1908 y 26 marzo 1923, y del artículo 1.203 del C. c., por falta de aplicación.

3.º Comprendido en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la LEC.: Infracción del artículo 150 del C. comercio, así como de la doctrina legal contenida en sentencias de 25 noviembre 1898, 11 octubre 1918, 25 enero 1898 y 25 enero 1905, y de los artículos 943 del C. comercio y 1.964 del C. c., por violación que resulta de su no aplicación.

4.º Comprendido en los núms. 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la LEC.: Error de hecho en la apreciación de las pruebas; infracción de los artículos 1.826 y 1.229 del C. c. y de la doctrina legal contenida en sentencias de 16 noviembre 1900 y 10 enero 1903, por interpretación errónea, y de los artículos 1.823, 657, 659 y 661 del C. c., por falta de aplicación.

5.º Comprendido en el núm. 1.º del artículo 1.692 de la LEC.: Infracción del artículo 1.109 del C. c., por violación que resulta de su no aplicación.

CONSIDERANDO: Que como indicación previa al examen de los motivos del recurso, procede tener en cuenta que los dos documentos origen de las obligaciones cuyo pago se reclama no aparecen expedidos a la orden y en ellos se consigna que la Sociedad X abonará a la actora y a su marido, respectivamente, y en las fechas que se señalan, las cantidades recibidas de los mismos, con más los intereses del 7 por 100 anual.

CONSIDERANDO: Que, como ya hizo notar la sentencia de esta Sala de 29 abril 1947, el texto de los artículos 1.203 y 1.207 del Código civil autoriza a afirmar que este Cuerpo legal admite, al lado de la novación extintiva, una novación modificativa, por cambio de deudor, debiendo advertirse igualmente que no existe en dicho Código disposición que pueda servir de base a la tesis de que el cambio de la persona del deudor implica necesariamente la extinción de la obligación y la creación de otra nueva, siendo de advertir ahora, como complemento de la indicada doctrina, que tampoco aparece en el repetido Código precepto que prohíba la llamada asunción de deuda, o sea el contrato por el cual un tercero, con asenti-

miento del acreedor, toma a su cargo una obligación preexistente constituyéndose en deudor y liberando al deudor primitivo; y partiendo de las consideraciones que acaban de exponerse, claramente aparece que no puede prevalecer el motivo segundo del recurso, en el cual se sostiene que por virtud de la escritura de 28 agosto 1929 se extinguíó la obligación dictada de los aludidos documentos y fué sustituida por otra distinta; y no puede prevalecer dicho motivo porque en aquella escritura—en la que comparecieron, de una parte, la recurrente y su marido, como acreedores, y de otra, E. M.—declaró esta última que asumía las deudas que con los primeros tenía la Sociedad X, obligándose a satisfacer, en los plazos que se fijaron, el importe de las cantidades debidas e igualmente el de los intereses del 6,5 por 100, y constituyendo además la misma señora, como garantía del pago, una subhipoteca a favor de los acreedores, hechos todos de los que se sigue que si bien al asumir E. M. las dos deudas y asegurar su pago y el de los intereses en las indicadas forma y cuantía se operó indudablemente una novación modificativa de las obligaciones existentes por cambio de deudor, no pueden estas obligaciones reputarse extinguidas, conclusión que se reafirma teniendo en cuenta que tampoco significa extinción de una relación obligatoria, sino modificación de la misma, por cambio de acreedor, el caso de cesión del crédito, y así lo demuestran el artículo 1.112 y los 1.526 y siguientes del Código civil.

CONSIDERANDO: Que los documentos origen de las obligaciones—que aparecen autorizados con la firma de la entidad X, y a los que antes se ha hecho referencia—no se expresa si procedían o no de operaciones de comercio las entregas de las cantidades, como tampoco el destino de las mismas, si bien en cuanto a este último extremo declara la sentencia recurrente, sin adecuada impugnación en el recurso, que tales cantidades fueron entregadas para invertir en el negocio de la entidad prestataria; y ordenado en el artículo 532, párrafo 2.^o del Código de comercio, que los pagarés no expedidos a la orden se reputarán simples promesas de pago sujetas al Derecho común o al mercantil, según su naturaleza, debe tenerse en cuenta que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 10 abril y 24 noviembre 1894, 11 octubre 1910 y 8 y 29 noviembre 1927) *es indispensable para que puedan calificarse de mercantiles los préstamos en que intervienen comerciantes no sólo la demostración de que las cantidades percibidas se dedicaron a negocios de aquella naturaleza, sino también que procedan de operaciones de comercio*, habiendo establecido terminantemente en la sentencia de 11 octubre 1918 que *si no consta este último requisito es inaplicable a la obligación nacida del pagaré la prescripción trienal del Código de comercio*; de donde se sigue, con relación al caso presente, que, al no constar procediesen de operaciones mercantiles las cantidades entregadas a la entidad prestataria, la citada jurisprudencia impone la aplicación de las normas de prescripción contenidas en el Código civil, por lo cual, afirmando en la sentencia de instancia que la acción de la demandante quedó expedita el 9 marzo 1936, aparece manifiesto que en la fecha de interposición de la demanda—20 febrero 1943—no había transcurrido el término de quince años que el artículo 1.964 del últimamente citado Código civil señala para

la prescripción de las acciones personales que no tengan señalado otro especial, razones las expuestas que determinan la estimación del motivo tercero del recurso y hacen innecesario entrar a examinar el primero de los invocados.

CONSIDERANDO: Que con arreglo a una reiterada doctrina de esta Sala, tanto cuando se impugnan los elementos de hecho que sirven de base a la interpretación del juzgador como cuando se combaten sus criterios jurídicos, siempre se hace preciso demostrar el error notorio padecido por aquél; y declarado en la sentencia—como resultado del análisis de los documentos justificativos de las obligaciones, así como de las bases redactadas por el Letrado de la recurrente con anterioridad al otorgamiento de la escritura de subhipoteca—que la fianza personal prestada por M. y J. L. y P. garantizaba el pago de 1.000 pesetas anuales del principal solamente desde la fecha de otorgamiento de dicha escritura hasta la del vencimiento del crédito hipotecario con más el abono de los intereses durante igual período de tiempo, preciso se hace entender que el motivo cuarto del recurso no demuestra que sea erróneo el criterio interpretativo del Tribunal de instancia, pues, como acertadamente afirma éste, si las fiadoras hubiesen querido garantizar la totalidad de la obligación la habrían expresado así lisa y llanamente, sin establecer distinciones en el documento por el que se constituyeron fiadoras; y con relación al motivo ahora objeto de examen, es oportuno recordar, de una parte, y como norma general establecida por la doctrina de esta Sala, que no procede la casación si la interpretación dada en instancia es racional, aunque quepa alguna duda acerca de su absoluta exactitud, y de otra parte, como norma especial, también de la jurisprudencia, en materia de fianza, que en los casos dudosos no puede interpretarse el contrato en el sentido de ampliar la responsabilidad del fiador, siguiéndose, como consecuencia de lo que queda indicado, la desestimación del motivo cuarto del recurso.

CONSIDERANDO: Que, por tanto, y si bien con arreglo al artículo 1.109 del Código civil es procedente acoger el motivo quinto en cuanto atañe a la obligación de pago que recae sobre E. M. por el resto del principal debido, de los intereses devengados y de los que venzan hasta el completo pago; así como el interés legal de los mismos desde la interposición de la demanda, la estimación de dicho motivo en el extremo que toca a la obligación de dicha demanda no puede en manera alguna afectar a las fiadoras, porque éstas—según afirma sin impugnación la sentencia recurrida—pagaron íntegramente durante los siete años de vigencia del contrato de fianza tanto las cantidades que se habían obligado a satisfacer como los intereses objeto de garantía.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 13 FEBRERO 1950

Compraventa con precio aplazado—representación de entidad comercial—fuerza mayor como causa de incumplimiento—insolvencia posterior del comprador con precio aplazado—indemnización de perjuicios.

El agente de ventas está generalmente investido de facultades de gestión y representación en el ramo a que específicamente se dedica.

El librar letras de cambio que fueron aceptadas por el comprador demuestra de modo inequívoco que la entidad vendedora ratificó la venta del camión.

La guerra es fuerza mayor que libera a los contratantes de modo suspensivo de sus compromisos, pero no extingue el vínculo contractual.

La declaración de pobreza, si no es del todo identificable con la situación de insolvencia, implica una disminución de la garantía del cobro del precio aplazado, y todo ello representa una circunstancia sobrevenida que altera la posición que presidió la formación del contrato.

No basta el mero incumplimiento del contrato para que se imponga la condena de daños y perjuicios, sino que se ha de probar que realmente se han sufrido.

ANTECEDENTES.—El actor celebró un contrato de compraventa de un camión con un agente de ventas de la empresa demandada, cuyo precio había de satisfacerse, en parte, en el mismo momento de recibir el vehículo y para el resto el comprador firmaría unas letras de cambio que iría haciendo efectivas mensualmente. Vino la guerra de liberación sin que se hubiese hecho la entrega del camión, que quedó carrozándose en zona distinta a la de los contratantes. El demandante, que litiga por pobre, reclama el camión, las utilidades que haya podido producir desde la fecha en que debió entregarse hasta el fin de la guerra y los perjuicios que se le han causado desde esa fecha al no serle entregado. El demandado se opone negando los hechos. El Juzgado condena a la entrega del camión en las condiciones previstas en el contrato y la Audiencia condena, además, a la indemnización de daños y perjuicios a partir de 3 de noviembre de 1942, fecha en que se intentó el acto de conciliación.

MOTIVOS.—Primero.—Violación del art. 1.259 del C. c., 125 y 154 del Código de comercio y Sentencia de 18 de noviembre de 1930.

Segundo.—Inaplicación de los arts. 1.129 y 1.467 del C. c.

Tercero.—Violación y falta de aplicación del art. 1.505 del C. c. y aplicación indebida del art. 1.128 del mismo.

Cuarto.—Infracción por aplicación indebida de los arts. 1.101, 1.106 y 1.107 del C. de c.

Quinto.—Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que los motivos primero y quinto del recurso tienden a demostrar que no ha existido el contrato de compra-venta del camión que es objeto del litigio y al efecto denuncia el quinto motivo error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas por estimar el recurrente que la Sala sentenciadora reconoce que en el supuesto contrato intervino solamente con vendedor uno de los socios de la entidad demandada, siendo así que con arreglo a la escritura de constitución de esta en-

tidad, su representación estatutaria correspondía a dos de los socios mancomunada y conjuntamente para la venta de vehículos, y en el mismo sentido acusa el motivo primero la infracción del art. 1.259 del C. c. por no estar autorizado el socio vendedor por sí solo para contratar la venta del camión.

CONSIDERANDO: Que son desestimables los dos citados motivos del recurso primero, porque en cuanto al error de derecho en la apreciación de las pruebas no se cita ningún precepto legal sobre valoración de las mismas que pudiera estimarse infringido; segundo, porque en punto al error de hecho se parte del supuesto equivocado de que en el contrato intervino como vendedor uno de los socios solamente de la entidad demandada, siendo así que conjugados los considerados segundo de la sentencia recurrida y primero y segundo de la dictada en primera instancia, aceptados en la de apelación, lo que se da por probado es que el contrato fué llevado a efecto como vendedor, por un Agente de ventas de la Sociedad demandada, que, como tal Agente, está generalmente investido de facultades de gestión y representación en el ramo específico a que se dedica, preparando o perfeccionando el contrato; aparte de que en éste intervino también uno de los socios a la sazón Gerente de la Sociedad vendedora, según afirma la sentencia recurrida por aceptación del segundo considerando de la del Juez sin contradicción en el recurso, y consta en la cláusula B de la escritura de fundación de la Sociedad demandada que el Gerente estaba autorizado para "adquirir y enajenar por cualquier título toda clase de bienes y derechos", independientemente de que, sin menoscabo de tal facultad se atribuyese también por la cláusula F la de vender vehículos a dos de los socios mancomunadamente, lo que pudiera implicar un problema de interpretación que el recurso no plantea, y tercero, porque en todo caso no podría apreciarse la infracción del art. 1.259 del C. c. invocada en el primer motivo, ante el hecho indiscutible de que la entidad vendedora libró letras de cambio representativas del precio aplazado que fueron aceptadas por el comprador-demandante y utilizadas algunas de ellas por dicha entidad, aunque infructuosamente, para su cobro, lo que demuestra de modo tácito, pero inequívoco, que la vendedora ratificó la venta del camión.

CONSIDERANDO: Que tampoco es viable el motivo tercero, porque ante el hecho afirmado en la sentencia de instancia, sin adecuada impugnación en el recurso, de que la entrega del camión y de una parte del precio habría de efectuarse el 18 de julio de 1936, sin que ninguno de los contratantes pudiera cumplir lo pactado a causa de la guerra civil iniciada en aquella fecha, es visto que la concurrencia de fuerza mayor liberó de sus compromisos a los dos interesados en la compra-renta de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.105 del C. c., siquiera tal liberación surtiese efectos tan sólo suspensivos durante la guerra civil y no extintivos del vínculo contractual, dado que la fijación de la fecha de entrega del camión y de parte del precio no tiene en el caso de autos la significación de contrato a término fijo, en el que la finalidad perseguida sólo se satisface mediante cumplimiento de lo pactado en la fecha convenida, por lo que no se aprecia la infracción del art. 1.505 del C. c., que el recurrente alega en dicho motivo tercero.

CONSIDERANDO: Que es indudable el hecho de que por ser solvente el comprador al tiempo de la celebración del contrato, la vendedora se avino a cobrar el precio del camión casi en su totalidad en dieciocho plazos mensuales mediante simples letras de cambio aceptadas por el comprador, sin más garantía que la personal del mismo, y es hecho también cierto en este proceso que cinco años después, aun no consumado el contrato, fué declarado pobre en sentido legal el comprador, que actuó en todo el litigio amparado en el beneficio de asistencia judicial gratuita, por lo que es obvia la concurrencia de una circunstancia sobrevenida que altera la posición que presidió la formación del contrato en cuanto a la forma de pago del precio, ya que la declaración de pobreza, si no es del todo identificable con la situación de insolvencia, implica una disminución de la garantía del cobro del precio aplazado, que sitúa al vendedor en el peligro inminente de no cobrar la casi totalidad del importe del camión vendido, y ante tal situación de facto es de ineludible aplicación lo dispuesto en los arts. 1.129 y 1.467 del C. c., a tenor de los cuales el vendedor no viene obligado a la entrega de la cosa vendida si el comprador no satisface de presente el precio convenido o no afianza el pago en los plazos originalmente convenidos a partir de la fecha en que le sea entregado el camión, por lo que debe prosperar el segundo motivo del recurso por infracción en la sentencia recurrida de dichos preceptos legales al no exigir garantía alguna de pago del precio aplazado.

CONSIDERANDO: Finalmente, que también es viable el cuarto motivo, porque la sentencia de instancia condena a la entidad vendedora a que indemnice perjuicios al vendedor por la mora o retardo en la entrega del camión, traducidos en la ganancia dejada de obtener por el no uso del camión a partir del 3 de noviembre de 1942, en que el comprador requirió a la vendedora para que le entregase el camión, pero no contiene la sentencia recurrida declaración alguna sobre existencia real de los perjuicios reclamados, ni bases para su fijación en ejecución de sentencias, como era posible e indicado hacerlo en el caso de autos por virtud de lo ordenado en el art. 360 de la LEC, previa declaración de que efectivamente existieron por dejar de obtener el comprador una ganancia que con el camión hubiera percibido, y es doctrina reiterada de esta Sala, entre otras sentencias en las citadas por el recurrente en el motivo objeto de examen que no basta el mero incumplimiento del contrato para que necesariamente se imponga la condena de indemnización de daños y perjuicios, ni basta a tal fin que se pida reparación de perjuicios eventuales dianantes en abstracto del no uso de un camión que no siempre o de modo seguro ha de producir beneficios, sino que también puede originar pérdidas, aunque esto último no sea lo más corriente; por lo que el reclamante de perjuicios debe probar que realmente los ha sufrido como consecuencia del incumplimiento del contrato, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora, ha infringido la citada doctrina jurisprudencial, que interpreta y aplica los arts. 1.101 y 1.106 del C. c., tal como se alega en el motivo cuarto del recurso.

FALLO.—Ha lugar al recurso. Se modifica la sentencia de la Audiencia

en el sentido de condenar únicamente a la demandada a que entregue el camión si el actor efectúa el pago del precio en la forma en que se contrató, sin condenar a indemnización de daños y perjuicios.

SENTENCIA 14 FEBRERO 1950

Condición jurídica del Patronato Nacional Antituberculoso—personalidad jurídica independiente.

Según reiterada jurisprudencia, el régimen del Estado sólo podrá aplicarse al patrimonio del P. N. A. como supletorio o complementario del que específicamente dimana de su autonomía jurídica y económica, inconciliable con la identificación absoluta de uno y otro, a efectos de igualdad de trato en punto a la exigencia de la formalidad de reclamación gubernativa previa a la demanda.

ANTECEDENTES.—El actor es titular del dominio útil de una finca rústica, que ha sido vendida por los titulares del dominio directo al P. N. A sin habérselo comunicado al demandante, por lo que no pudo hacer uso del derecho de tanteo, quedándole sólo el de retracto, que ahora ejercita. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia han estimado la demanda.

MOTIVO DEL RECURSO.—Infracción por inaplicación del artículo 1.^º del Decreto de 9 julio 1869 y lo preverido en el artículo 1.^º, párrafo 1.^º y reglas 3.^ª, 4.^ª y 5.^ª del Decreto de 23 marzo 1886 y artículo 9.^º de la Ley de Administración y Contabilidad de 1 julio 1911 y núm. 7.^º del artículo 533 de la LEC. y artículo 63 del vigente Reglamento de la Dirección General de lo Contencioso del Estado.

CONSIDERANDO: Que, independientemente de que en un recurso de casación por infracción de ley tenga o no cauce adecuado el problema que plantea el presente recurso sobre impugnación del pronunciamiento de instancia, que desestimó la excepción dilatoria séptima del art. 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no puede prosperar el único motivo del recurso, porque el requisito formal de reclamación previa en vía gubernativa lo exige el citado precepto, en concordancia con múltiples disposiciones administrativas, entre otras, los Reales Decretos de 23 de marzo de 1886 y 25 de abril de 1893, como presupuesto procesal de toda demanda civil contra la Hacienda pública y, en general, contra el Estado, bien como trámite supletorio o equivalente al acto de conciliación, bien como prerrogativa o garantía en favor de los derechos del Estado, pero carece de razón de ser, tanto por el tenor literal de la ley como por el espíritu que la informa, en casos como el de autos, en que el Patronato Nacional Antituberculoso, demandado, no es un organismo estatal *stricto sensu*, con arreglo a las bases que para su actuación estableció la Ley de 13 de diciembre de 1943, reproduciendo sustancialmente la de 5 de agosto de 1939, pues aunque se le atribuye el carácter de Institución de derecho público bajo la dependencia del Ministerio de la Gobernación y llena una finalidad de utilidad pública, ya la Ley de 1939 lo consideraba servicio descentralizado, y la de 1943 inviste

al Patronato de personalidad jurídica para adquirir, gravar, enajenar y reivindicar toda clase de bienes, y para contraer obligaciones y ser titular de derechos, incluso los de índole procesal—bases primera y segunda—, reconociéndole además el derecho a poseer un patrimonio privativo que no se identifica o confunde con el del Estado, ni en régimen de gestión ni en el de disposición, puesto que goza de autonomía expresamente concedida, siquiera sea con algunas limitaciones—bases primera y séptima—.

CONSIDERANDO: Que a esta conclusión no se opone la estatuida en la citada base séptima, que reputa patrimonio del Estado los bienes y derechos del Patronato y manda que se le aplique su mismo régimen, *en cuanto no se oponga a las bases de la Ley*, pues en ellas se concede personalidad propia y autonomía económica al Patronato, con facultades de gestión y de disposición distintas de las que regulan el patrimonio del Estado, por lo que el régimen de éste sólo podrá aplicarse al patrimonio del Patronato como supletorio o complementario del que específicamente dimana de su autonomía jurídica y económica, inconciliable con la identificación absoluta de uno y otro patrimonio a efectos de igualdad de trato en punto a la exigencia de la formalidad de reclamación gubernativa previa a la demanda entablada contra el Patronato, según declaró esta Sala en caso idéntico al que ahora se plantea en sentencia de 20 de mayo de 1941.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 16 FEBRERO 1950

Poder otorgado a Procurador mediante comparecencia ante el Juez—ámbito de utilización.

El poder otorgado a Procurador mediante comparecencia ante el Juez que haya de conocer del proceso, con arreglo a la Base 10.^a de la Ley de 19 de julio de 1944, tiene virtualidad para todas las instancias y para todas las diligencias propias de las mismas, sin que la utilización de dicho poder en apelación, ante el Juez distinto de aquél ante el que se otorgó, constituya quebrantamiento de formalidades esenciales del juicio productor de indefensión.

SENTENCIA 16 FEBRERO 1950

Juicio de desahucio—sentencia dictada en apelación por Juez distinto del que presenció la vista

La falta de expresión en el acta de la comparecencia extendida por disposición de los artículos 735 y 736 L. E. C., en relación con el apartado b) del artículo 163 L. A. U., al dictar la sentencia Juez distinto de aquél ante el que la comparecencia tuvo lugar, y sin conocimiento, por lo tanto, de las alegaciones que el recurrente hiciere en dicho acto, privó a éste de tal medio de defensa, formalidad esencial en la segunda instancia, cuyo quebrantamiento debe dar lugar al recurso de injusticia notoria

SENTENCIA 17 FEBRERO 1950

Procesal—principios procesales: *iura novit curia*.

La aplicación de la norma pertinente al caso que se somete a su decisión es privativa del juzgador, a tenor del principio citado.

Civil—art. 1.124 C. c.—supuestos que regula.

Regula de modo general la resolución de las obligaciones, bien sea que exista entre las partes un estado contractual perfecto y legítimamente configurado o cuando menos una convención consensual que vincule a una y otra con recíprocos deberes.

Civil—art. 1.124 C. c.—aplicación a las relaciones obligacionales en Cataluña.

Dicho precepto es aplicable directamente a las relaciones obligatorias en Cataluña.

Civil—art. 1.124 C. c.—aplicación en la compraventa de inmuebles con preferencia al art. 1.504 C. c.

Aunque el último de los preceptos citados es norma especial aplicable a la compraventa de bienes inmuebles, cede ante el art. 1.124 C. c. cuando el incumplimiento no afecta solamente al pago del precio, sino a otra obligación de hacer, como es la de facilitar y concurrir al otorgamiento de la escritura.

ANTECEDENTES.—G. presentó demanda en la que expone que adquirió de V., el 30-V-30, por documento privado firmado por V., dos fincas por precio de 5.000 pesetas, de las cuales había recibido V. 2.000 a cuenta y recibiría las 3.000 restantes en el acto de la firma de la escritura de venta, que V. se comprometió a otorgar en el mes de junio de aquel año. Que V. no ha cumplido el contrato, sino que, por el contrario, ha procedido a la parcelación y venta de las fincas vendidas. Y solicitó que se condene a éste a otorgar la escritura de venta, con indemnización, en su caso, de daños y perjuicios.

El demandado, en lo que interesa, alegó que G. había incumplido el contrato, pues se negó, a pesar de la insistencia con que le fué propuesto en y después del plazo señalado en el documento de 30-V-30, a pagar el resto del precio así como a cooperar en el otorgamiento de la escritura. Opuso la *exceptio non adimpleti contractus* y las normas contenidas en los arts. 1.127 y 1.506 C. c., y subsidiariamente la lesión *ultra dimidium*. Por su parte, G. en la réplica adicionó los fundamentos de Derecho de su demanda con el art. 1.504 C. c.

CONSIDERANDO: Que alegándose en este pleito, seguido entre litigantes acogidos al derecho foral catalán, puntos de derecho en que confundidos se aduce la aplicación de preceptos de la legislación común y normas de los derechos romano y canónico, es conveniente precisar la forma en que quedó trabada la litis para, sobre esta situación procesal concreta, poder

enfrentar la resolución recaída con los argumentos que para impugnar sus pronunciamientos se consignan en los motivos del recurso.

CONSIDERANDO: Que el actor, en su demanda, pidió el cumplimiento de la obligación contraída por el demandado, dimanante del documento privado, firmado solamente por éste en 30 de mayo de 1930, o sea, la entrega de las fincas que aparecen en dicho documento vendidas, solicitando, además, una cantidad en abono de daños y perjuicios, aduciendo como fundamentos de derecho diversos artículos del Código civil y manifestando que ejercitaba la *actio empti et venditi*; el demandado, por su parte, al contestar, alegó como excepciones principales: la de incumplimiento por parte del actor de las obligaciones consignadas en aquel mismo documento privado, con amparo en el artículo 1.124 del Código civil; la *exceptio, non adimpleti contractus* y, subsidiariamente, la de lesión *ultra dimidium*, solicitando la absolución de la demanda por las excepciones alegadas resolutorias de lo pactado; en su réplica el actor, modificando su postura procesal, adicionó jurisprudencia y otros artículos del Código civil, entre ellos, señaladamente el 1.504, que expresamente en dúplica rechaza el demandado por entender que ha de aplicarse el derecho romano, quedando planteada en estas condiciones la cuestión litigiosa.

CONSIDERANDO: Que adquirida por el Tribunal *a quo*, como resulta del examen de los elementos probatorios aducidos, la convicción de que el comprador había efectivamente incumplido las obligaciones que a su cargo aparecen en el documento privado de 30 de mayo de 1930 por su notoriedad dejadez frente a la insistencia, justificada en autos, del vendedor, que le requirió distintas veces para dejar consumado el negocio jurídico entre ambos convenido, se hacía inexcusable la aplicación al caso de la norma contenida en el artículo 1.124 del Código civil, no solamente porque al amparo de dicho precepto había formulado su excepción reconvencional el demandado, que esto no sería suficiente, ya que la aplicación de la norma pertinente al caso que se somete a su decisión es privativa del juzgador a tenor del principio *"iura novit curia"*, sino porque el mencionado precepto, desde luego aplicable a las relaciones obligacionales en Cataluña, es el que regula de manera general la resolución de las obligaciones, bien sea que exista entre las partes un estado contractual perfecto y legítimamente configurado, o también cuando haya entre ellas, por lo menos, una convención consensual que vincule a una y otra con reciprocos deberes, como acontece en el caso presente, y con la aplicación de la norma mencionada, que había de ser sostén y fundamento de la resolución que se adoptaba, se hacía innecesario considerar la pertinencia de la acción romana *"empti et venditi"*, o la excepción *"non adimpleti contractus"*, alegadas por uno y otro lado, que resultaban excluidas al entrar en juego el referido precepto del artículo 1.124 del Código civil, así como carecía de precedencia la prescripción del artículo 1.504 del mismo Código que si bien es norma especial aplicable a la compraventa de bienes inmuebles, perdía en esta ocasión su eficacia, ya que el incumplimiento del comprador no afectaba solamente a la falta de pago, sino a otra obligación de hacer, como la de facilitar y concurrir al otorgamiento de la escritura cuando el vendedor le instaba a efectuarlo, y ante estas consideraciones

hay que declarar improcedente el primer motivo del recurso, que se encamina a impugnar la sentencia recurrida por no haber hecho aplicación del artículo 1.504 del Código civil, razonando el recurrente a su guisa oponiendo su criterio al del juzgador, sin advertir, sin duda, que excluíd el supuesto que ampara el repetido artículo 1.504 la base del pronunciamiento de la resolución recurrida está en la declaración de hecho de que *el vendedor, señor V., cumplió, por su parte, todos los compromisos contraídos, habiéndose probado con todos los caracteres de prueba plena la oposición y abandono por el comprador, señor G., de llevar a cabo la terminación de este negocio después del año 1930, y apenas aquél dejó de insistir en sus requerimientos*, y esta declaración de hecho, que sólo podía ser atacada con eficacia por la vía del número 7.^o del artículo 1.692 de la Ley rituaria civil, demostrando el error de hecho o de derecho que evidenciase la equivocación padecida por el juzgador al afirmar aquel incumplimiento, no lo ha sido debidamente en este motivo, porque si bien además de apoyarlo en el número 1.^o, se aduce también el número 7.^o de la referida norma procesal, *los documentos que como auténticos cita el recurrente para acusar el error no contradicen lo afirmado por la Sala sentenciadora* porque el primero de ellos, el documento privado de 30 de mayo de 1930 contiene precisamente el plazo de otorgamiento de escritura y pago que ha servido al Tribunal *a quo* como punto de referencia para estimar el acusado incumplimiento de la obligación, y los otros dos son certificaciones del Registro de la Propiedad que acreditan cuáles eran efectivamente las fincas a que el contrato se refería, que no eran ciertamente a una determinada parte de ellas, conforme excepcionó el demandado, pero como esta alegación ya fué rechazada por el juzgador de instancia, sin que volviera a plantearse en el pleito cuestión acerca de ello, el contenido de estas certificaciones en nada afecta a la resolución de segunda instancia y es ínoperante su cita en el motivo que se estudia, que por todo lo expuesto debe ser desestimado, como antes se afirma.

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo del recurso se impugna la sentencia recurrida en dos aspectos diferentes: uno, mediante la supuesta infracción de los artículos 1.091, 1.256 y 1.258 del Código civil, que, desde luego, es notoriamente improcedente porque la resolución recurrida no ha dejado de reconocer la fuerza de obligar y la perfección del vínculo jurídico que se contenía en el documento privado de 30 de mayo de 1930 firmado solamente por el demandado, ni tampoco ha prescindido de estimar las reciprocas obligaciones que a cada contratante competían, con lo cual quedaron respetadas las prescripciones de las normas sustantivas citadas, y en el otro argumento impugnatorio se alega la infracción por falta de aplicación de diversos preceptos de los derechos romano y canónico, como son la ley 8.^a, título 44, libro 4.^o del Código de Justiniano, y las Decretales de Gregorio IX, capítulos 3.^o y 4.^o. "De Emptione et venditione, III, 17, referente a la lesión *ultra dimidium*, en la compraventa, por entender que debió acogerse esta excepción alegada por el demandado, y con aplicación de las normas que la regulan debió condenarse al mismo al cumplimiento del contrato de compraventa, mediante la entrega de las fincas por una parte y el abono por el actor del precio que como justo (18.000

pesetas) se había fijado en dictamen pericial aceptado por el Juzgado; pero todo este razonamiento es de manera total inoperante porque estimada por el Tribunal *a quo* la excepción que como principal adujo el demandado del incumplimiento de las obligaciones que al comprador incumbían en el negocio jurídico contenido en el tantas veces repetido documento privado de 30 de mayo de 1930, y fundado en aquella estimación el pronunciamiento resolutorio del contrato y consiguiente absolución de la demanda, carecía de pertinencia el examen y consideración de la excepción de la lesión *ultra dimidium o engany a mitges*, características de la legislación foral catalana que como subsidiaria fué alegada también por el demandado, porque es notorio que la subsistencia de lo principal enerva la eficacia lo subsidiario, que únicamente adquiere vigor y eficiencia en defecto de lo primero, y por ello fué correcta la conducta de la Sala de Instancia, no solamente al prescindir expresamente de examinar tal cuestión, sino al revocar en aquel punto la sentencia del Juzgado que la acogió y estimaba, porque la Sala la juzgó innecesaria, toda vez que la resolución que había de pronunciar tenía un fundamento en el probado incumplimiento de sus obligaciones contractuales por el comprador, excepción alegada de modo primordial y a fuer de reconvención por el demandado, por lo cual, demostrada la improcedencia del razonamiento que le sostiene, debe ser desestimado el motivo segundo y con él el recurso formulado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 FEBRERO 1950

Procesal—recurso de casación por infracción de Ley—infracción cometida en alguno de los fundamentos del fallo: en el caso de que sea éste adecuado a Derecho.

No procede el recurso de casación por el error cometido en una motivación innecesaria y equivocada, cuando el fallo tiene base bastante para mantenerse en virtud de otros razonamientos jurídicos.

Procesal—resoluciones judiciales—sentencias: incongruencia en caso de desestimación de la demanda.

La sentencia desestimatoria no es nunca incongruente.

Procesal—recurso de casación—por infracción de Ley—incongruencia.

Para alegar con éxito este defecto, es inexcusable la cita del artículo 359 LEC.

Procesal—resoluciones judiciales—sentencias—incongruencia.

Constituye doctrina que tal vicio no puede deducirse nunca de los razonamientos que sirvan de apoyo a la sentencia, y si tan sólo de su parte

dispositiva, en relación con los pedimentos concretos de los escritos fundamentales del pleito.

Civil—artículo 1.124 C. c.—efectos del incumplimiento.

Cuando una de las partes incumple sus obligaciones, la parte contraria queda desligada de las suyas, perdiendo el contrato toda eficacia, sin necesidad de declaración judicial previa.

Civil—mora: en las obligaciones reciprocas.

El cumplimiento de la obligación por uno de los contratantes determina la mora para el otro.

Civil—fuerza mayor—requisitos.

El hecho que la determine ha de ser de todo punto independiente de quien la aduce.

Procesal—recurso de casación—cuestiones nuevas.

No son admisibles en este recurso.

CONSIDERANDO: Que estipulado en la cláusula cuarta del contrato básico de la acción ejercitada "que si pasado un año de la fecha del pacto no se satisfaciesen los intereses del 6 por 100 al demandado, éste podría sistemáticamente dar por nulo el convenio, y disponer de las fincas a su libre voluntad", como la Sala sentenciadora, de modo preciso y claro, declara que tan esencial condición no se cumplió por el recurrente, y funda su fallo desestimatorio en dicho incumplimiento, es llano que no puede prosperar el motivo primero del recurso, articulado al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal, por entender el recurrente que el juzgador ha incidido en error de derecho en la apreciación de las pruebas, al infringir los artículos 1.218, 1.225, 1.232 y 1.233 del C. c.; porque es notorio que no se comete tal error cuando, sin desconocer aquél la eficacia probatoria de los documentos a que hacen referencia los dos preceptos en primer lugar mencionados, ni conceder a la confesión prestada, por la parte recurrida, otros efectos que los establecidos en las normas citadas en segundo término, los tiene en cuenta para dictar su fallo, deduciendo, de la apreciación conjunta de todos ellos, consecuencias contrarias a las que el recurrente pretende establecer.

CONSIDERANDO: Que aunque la Sala sentenciadora haya incidido en la infracción de las normas que se invoca y puntualiza en los motivos segundo y tercero del recurso—al calificar de retracto convencional el contrato en que se basó la demanda—, no cabe olvidar que, aceptada por aquélla los fundamentos de la resolución de primera instancia, y siendo éstos suficientes para mantener la sentencia impugnada, *no cabe la casación por el error cometido en una motivación innecesaria y equivocada, conforme a la doctrina de este Tribunal Supremo—Sentencias de 20 de enero de 1941*

y 11 de febrero de 1946—al declarar que procede denegar la casación en todos aquellos casos en que, aun cometida en los fundamentos del fallo alguna infracción legal, tiene éste base bastante para mantenerse por otros razonamientos jurídicos.

CONSIDERANDO: Que aparte de que para alegar con éxito el defecto de incongruencia, es inexcusable la cita del art. 359 de la Ley procesal, y que la sentencia desestimatoria no es nunca incongruente, es doctrina de esta Sala que tal vicio no puede deducirse nunca de los razonamientos que sirvan de apoyo a la sentencia, y si tan sólo de su parte dispositiva, en relación con los pedimentos concretos de los escritos fundamentales del pleito; y como quiera que el fallo recurrido está dictado de acuerdo con los términos precisos en que fué planteada la litis, y la incongruencia se hace consistir en la infracción de los artículos 1.218, 1.283, 1.284 y 1.285 del Código civil, por haberse calificado el contrato de retracto convencional, es obvia la desestimación del motivo cuarto.

CONSIDERANDO: En cuanto al motivo quinto, que es también improcedente, porque no existen las infracciones que en él se atribuyen a la sentencia de instancia; en primer lugar, porque a tenor de lo prevenido en el art. 1.124 del C. c., cuando uno de los contratantes no cumple con sus obligaciones, la parte contraria queda desligada de las suyas, perdiendo el contrato toda su eficacia, sin necesidad de declaración judicial previa; máxime cuando, como aquí acontece, fueron los mismos litigantes quienes, lícita y expresamente, pactaron la resolución, como consecuencia legal del incumplimiento; en segundo término, porque en las obligaciones reciprocas el cumplimiento de la obligación por uno de los contratantes determina la mora para el otro, sin que sea precisa la intimación del acreedor cuando la obligación, como ocurre en el supuesto de autos, así lo declare expresamente; en tercer lugar, porque no incide el Tribunal de instancia en la infracción del artículo 1.105 del C. c., ni de la doctrina que se alega en torno al incumplimiento, porque, a los efectos de aquella norma y de esta doctrina, el hecho determinante de la fuerza mayor ha de ser de todo punto independiente de quien la aduce; y la circunstancia obstantiva de hallarse cumpliendo el recurrente los deberes militares, sobre no estimarse probada por la resolución recurrida, no bastaría a exonerar al recurrente del pago de los intereses, en fuerza de lo convenido, y en justa compensación al disfrute de las fincas; y, finalmente, porque las infracciones que se denuncian en el apartado F), sobre ser inaplicables al supuesto de la litis no cabe tomarlas en consideración, por tener el carácter de cuestiones nuevas por no haber sido planteadas en el curso del proceso.

SENTENCIA 25 FEBRERO 1959

Contratos—validez—cuando se deja la fecha de ejecución al arbitrio de uno de los contratantes

Ni la validez de un contrato en que concurren consentimiento, objeto y causa desaparece por establecerse en el mismo a favor de uno de los

contratantes la facultad de modificar la fecha del cumplimiento de la prestación que le incumbe en el caso de producirse determinadas circunstancias, ni cabe estimar fundadamente que una estipulación de tal naturaleza deja el cumplimiento del contrato al arbitrio de uno de los contratantes.

SENTENCIA 25 FEBRERO 1950

Retracto de colindantes—condiciones para su ejercicio—retroventa voluntaria a un colindante estando entablada la demanda por otro.

No infringe la doctrina de la Sala el colindante que demanda a la propiedad, y no al otro colindante a favor del cual aquélla otorgó voluntariamente escritura de retroventa, si este hecho no era conocido por aquél.

CONSIDERANDO: Que asistidos los propietarios de tierras colindantes con otra, cuya cabida no excede de una hectárea, del derecho de subrogarse en lugar de quien lo haya adquirido por compra, en las mismas condiciones en ésta estipuladas, con la preferencia entre ellos señalada por el párrafo segundo del artículo 1.523 del Código civil para cuando dos o más pretenden el retracto al mismo tiempo, esto es, dentro de los nueve días que fija el artículo 1.524, el ejercicio por solo un colindante de la acción de retracto con los requisitos que condicionan su eficacia, no puede ser privado de ésta por el voluntario otorgamiento de la retroventa de la finca a otro colindante distinto del actor, con posterioridad a su demanda y desconociéndolo el mismo en tiempo hábil para amplificar o modificar aquélla, porque la adopción de un parecer contrario a esta doctrina equivaldría a dejar al arbitrio del comprador demandado la facultad de sustraer del conocimiento del juzgador el extremo relativo al derecho de preferencia entre los diversos colindantes, y de impedir el reconocimiento del que al actor asistiera.

CONSIDERANDO: Que conforme a la expresa doctrina establecida reiteradamente por esta Sala, la exigencia, también jurisprudencialmente fijada, de que cuando el comprador primitivo se haya avenido a otorgar escritura de retroventa a un colindante la demanda entablada por otro que asimismo lo sea se ha de deducir contra ambos, carece de aplicación a los casos en que el demandante no haya tenido conocimiento de aquel voluntario retracto antes de la contestación a su demanda, y este es el supuesto que tiene realidad en la cuestión que viene sometida al presente recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 FEBRERO 1950

Responsabilidad por culpa extracontractual—condiciones para su existencia: su diferencia del caso fortuito.

Al darse las condiciones que integran la responsabilidad civil por culpa extracontractual, no existe el caso fortuito que exige imposibilidad de prever los resultados.

CONSIDERANDO: Que el Tribunal *a quo* funda su fallo exclusivamente en el artículo 1.902 del Código civil por estimar que las lesiones que causaron incapacidad funcional para determinado trabajo a L. D. M. fueron producidos por culpa extracontractual del recurrente, por darse en el caso de autos las tres condiciones que integran la responsabilidad civil por este concepto, de la realidad del daño, que éste sea producido por un acto lícito y que en la ejecución de éste haya obrado el agente con culpa, o negligencia, y para apreciar este último requisito declara la concurrencia de sus dos elementos: El de hecho, aquí integrado por haber disparado el recurrente el cohete de autos estando confundido entre las gentes formando grupo con ellos, y el elemento lógico y jurídico de que así omitió el autor las medidas que aconsejaba la más elemental prudencia de haberse separado de los demás concurrentes para evitar el riesgo de que ese cohete cayera anormalmente, como ocurrió.

CONSIDERANDO: Que sin combatir los hechos afirmados por la Audiencia, el recurrente apoya su recurso en violación por inaplicación del artículo 1.105 del Código civil, porque si bien el hecho se realizó en la forma que en Burgoondo y en todos los lugares se ha venido realizando siempre, el efecto acaecido fué por caso fortuito por no haber podido preverse, pero dejando a un lado, por no ser sustancial para este fallo, si este artículo, lo mismo por su redacción que por su emplazamiento en el Código, puede servir de base para un recurso de casación, fuera del ámbito de las obligaciones contractuales, y prescindiendo de la contradicción que supone que en los escritos de contestación y súplica de la representación del recurrente se alegue, como preciso para evitar daños, que el actor se separó del público y colocó de espaldas a él, y después se sostenga en el escrito del recurso que observó el recurrente las precauciones necesarias aunque lo realizó, como dice la sentencia, confundido entre las gentes y en grupo con ellas, es evidente que no sólo por la posibilidad de un funcionamiento anormal del cohete, lo que aunque no sea frecuente es muy posible y, por tanto, perfectamente previsible y excluye su calificación pretendida de caso fortuito, sólo ya por manipular una materia explosiva era necesario tomar precauciones proporcionadas a la peligrosidad, lanzando los cohetes separado del público, y al hacerlo entre éste se obró con la culpa que acertadamente aprecia la Sa'a sentenciadora, por lo que es procedente este recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 4 MARZO 1950

Incumplimiento de contrato—aplicación indebida del artículo 1.124 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que los dos motivos de casación con que el recurrente articula su recurso, amparados ambos en el número primero del art. 1.692 de la LEC, pueden ser examinados como uno solo, ya que en uno y otro se denuncian principalmente la aplicación indebida al litigio del art. 1.124 del C. c., como consecuencia de haberlo interpretado erróneamente, y la violación, por haber dejado de aplicarle, del art. 1.569 de dicho ordenamiento sustantivo civil, quedando, por tanto, reducida la cuestión planteada a considerar frente al caso debatido en este pleito la procedencia o improcedencia de la aplicación de una u otra norma legal.

CONSIDERANDO: Que dados los términos en que quedó trabada la litis, en la que se ejercita por el demandante la acción de desahucio derivada del incumplimiento de un contrato de arrendamiento urbano y aplicados en su tramitación los preceptos de la legislación civil común, es notorio que la cuestión litigiosa debatida se refiere a la resolución del contrato de arrendamiento convenido entre las partes, *y si bien es cierto que, de un modo general, en la resolución de los contratos, o para precisar más el concepto, en la resolución de las obligaciones reciprocas en caso de incumplimiento por una parte de las que le son privativas, es aplicable la norma contenida en el art. 1.124 del C. c., resulta asimismo evidente que cuando se trata de figuras contractuales que tienen su específica y particular regulación en nuestro ordenamiento civil sustantivo, la dicha norma general cede el puesto a los preceptos peculiares establecidos para regir aquella determinada institución*, y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, que en caso análogo (Sentencia de 29 de octubre de 1929) declaró que la aplicación del art. 1.124 del C. c. sólo es procedente cuando no existe precepto especial dictado para el supuesto jurídico discutido, y como en el litigio origen del presente recurso, la resolución del contrato de arrendamiento urbano, que es la finalidad del pleito, tiene su forma específica en el ejercicio de la acción del desahucio y ésta se halla regida de modo inequívoco por el art. 1.565 del C. c., es, por tanto, éste el que debe ser aplicado, y al no entenderlo así el Tribunal *a quo*, es indudable que ha incurrido en las infracciones denunciadas en el recurso y procede dar lugar al mismo.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 10 MARZO 1950

Civil—artículo 1.124 C. c.—caracteres del incumplimiento—obligación accesoria incumplida que es base para la determinación de la principal.

Basta para el ejercicio de la facultad resolutoria que el citado precepto concede, que se incumpla una obligación accesoria del pacto, si ello produce como consecuencia el incumplimiento de la principal.

Civil—art. 1.121 C. c—efecto de la resolución: retroactividad—su alcance.

Ello es consecuencia necesaria, y para evitar el enriquecimiento injusto de la parte que incumplió sus obligaciones, ha de entenderse que no quedaría logrado el retorno al estado anterior al vínculo, sin su consecuencia natural y lógica de reintegro a cada contratante de las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato.

Civil—obligación de indemnizar—en caso de incumplimiento contractual—sus presupuestos.

La obligación de indemnizar no es consecuencia necesaria del incumplimiento, ni de la resolución del vínculo que de él se siga, sino que requiere la realidad demostrada del daño o perjuicio.

CONSIDERANDO: Que son extremos ciertos, reconocidos en este concepto por las partes y en la sentencia recurrida, y de cuya indiscutida certeza se ha de partir para el examen del único motivo que integra el recurso, en el que sólo se combate el quinto de los pronunciamientos del fallo de la Sala de instancia, los siguientes: Primero: Que en el contrato hecho constar por documento privado que suscribieron con fecha 24 de agosto de 1942, don J. B. y don I. G., de una parte, y de otra, don P. O. M., en representación de su mujer y poderdante, doña A. A., se obligaron aquéllos, en síntesis de lo que es pertinente para la cuestión que el recurso plantea, a prestar como Ingenieros de Minas la colaboración técnica, constante y asidua que la doña A. recababa, llevando la dirección y orientación de los trabajos, con las atribuciones y deberes que se señalaban, por tiempo ilimitado, salvo los dos supuestos en el contrato previstos, en el coto minero T., obligándose, a su vez la mencionada señora a abonarles por dicha colaboración una cantidad equivalente al 5 por 100 del mineral producido, siempre que su cuantía excediera de 500 kilogramos de wolframita del 60 por 100, al mes, a contar desde el día en que ella hubiese amortizado el préstamo que tenía hecho a don F. A., propietario del coto y obligado a venderla todos los minerales que produjeran las mismas, amortización a la que se habría de llegar deduciendo de cada factura de entrega de minerales el 55,50 por 100 de su importe. Segundo: Que el 25 de marzo de 1943, don J. B. y don I. G., que continuaban prestando los servicios técnicos convenidos, requirieron notarialmente a doña A. A. para que les facilitara los datos demostrativos de la producción de las minas, para conocer la fecha de la cancelación del préstamo antes indicado y la cuantía del porcentaje que a partir de ella les correspondía percibir, y no habiendo sido atendido el requerimiento, hicieron saber a la doña A. A. el 24 de mayo siguiente, también por medio de acta notarial, que por su incumplimiento daban por resuelto el contrato de 24 de agosto de 1942 y cesaban por su causa en el cumplimiento de sus obligaciones, reservándose el ejercicio de las acciones procesales que les asistieran.

CONSIDERANDO: Que otorgados los Ingenieros de Minas demandantes a la prestación de sus servicios técnicos, y la demandada doña A. A. a re-

tribuirlos en el tiempo y cuantía determinables únicamente por el conocimiento exacto de la fecha en que quedó amortizado el préstamo hecho por aquella señora al propietario del coto minero, y de la producción de las minas a partir de entonces, no se puede dudar de que no son independientes ambas obligaciones, sino que se da en ellas una perfecta reciprocidad, como nacidas que son de una misma causa, por lo que el incumplimiento por una de las partes de lo convenido en el contrato bilateral autorizaba a la otra para hacer uso de la facultad resolutoria que la asiste conforme al artículo 1.124 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que no desconoce la Sala sentenciadora de instancia el cumplimiento por los actores y el incumplimiento por la demandada de sus respectivas obligaciones contractuales, ni la reciprocidad que se da en ellas, puesto que de manera expresa afirma, refiriéndose a su apreciación de las pruebas, que los Ingenieros señores B. y G. prestaron en todo momento su colaboración para conseguir la finalidad de que el rendimiento de la explotación minera llegase al grado de intensidad y beneficio que deseaba doña A. A. y don F. A., y que era evidente el derecho que les asistía para compelir a la doña A.—que lo había desatendido—a que exhibiera las cuentas acreditativas de la producción de mineral desde el 24 de agosto de 1942 hasta el 24 de mayo de 1943, así como todos los datos pertinentes en relación con el préstamo a que se refería el contrato de la primera de estas fechas, “porque de otro modo el cumplimiento de lo convenido quedaría a merced de una de las partes contratantes”; mas no obstante este reconocimiento expreso de los extremos, cuya concurrencia, exigida por el precitado art. 1.124 del C. c., habría de justificar la procedencia de la resolución facultativa del contrato, no lo estimó así el Tribunal *a quo*, el cual, después de declarar en el segundo de los pronunciamientos de su fallo la obligación de los demandados, doña A. A. y don F. A., a facilitar a los actores las cuentas detalladas y los datos relativos a la producción, venta y amortización, a las que antes se alude, y la de satisfacerlos la doña A. en el período de ejecución de sentencia el saldo que a su favor resultase de dichas cuentas, a razón del 5 por 100 del mineral producido desde el día en que quedó amortizado el préstamo, no dió lugar a la petición de la demanda de que se confirmase la resolución del contrato, sin que la Sala sentenciadora llegara a este pronunciamiento dengotorio por fundamentos distintos de los que la resolución contractual llevada a cabo por los actores y cuya confirmación solicitaban, se halla supeditada a que de la exhibición de datos y contabilidad apareciera o no el derecho de los actores al devengo de las sumas pactadas, y doña A. incursa o no en el incumplimiento de la obligación de pago; y de que entre la expresada pretensión y la relativa a que se facilitasen las cuentas y datos, a la que se daba lugar, existía incompatibilidad que imposibilitaba que se acudiera a aquélla.

CONSIDERANDO: Que la inconsistencia de la primera de estas razones por las que el Tribunal de instancia no dió lugar, reputándola “prematura” a la resolución sometida a su examen por la parte actora, se manifiesta con sólo advertir el error en que se incide, entendiéndose que sólo la obligación de pago a los demandantes de sus servicios técnicos, a partir del

tiempo y con arreglo a los porcentajes convenidos, tiene con respecto a la por ellos cumplida la reciprocidad que hace ejercitable la acción resolutoria, siendo así que condicionada esta obligación, en punto a su realidad y cuantía, por la de los productos de las minas desde una fecha sólo determinable, lo mismo que cuáles fueron éstos, por la resultancia de los datos que la propia obligada había de suministrar, bastaba su negativa a hacerlo, expresa o tácita, después de requerida, para que el incumplimiento de esta obligación llevara consigo el de la de pago que en ella tenía su indispensable antecedente.

CONSIDERANDO: Que no asiste más acierto a la razón de que la solicitud y procedencia de que se exhibieran por doña A. A., las cuentas y datos, impedía acceder a la de que se tuviera por resuelto el contrato, porque los efectos no pueden ser incompatibles con sus causas, y aunque es cierto que declarada por don J. B. y don I. G., y hecha saber a doña A. A. su voluntad de resolver el contrato de 24 de agosto de 1942, ha de estimarse que desde entonces quedó extinguida su relación contractual, no sólo para el tiempo venidero, sino con alcance retroactivo, *esta retroacción, en virtud de la cual se ha de volver a un estado jurídico preexistente, no puede entenderse de modo que deje en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución, lo que equivaldría a proteger un enriquecimiento injusto, sino que precisamente el retorno al estado anterior al vínculo contractual deshecho por modo resolutorio no quedaría logrado sin su consecuencia natural y lógica del reintegro a cada contratante en las cosas y valor de las prestaciones que aportaron por razón del contrato, según se halla previsto expresamente para los casos de rescisión y de nulidad en los arts. 1.295, 1.303, 1.307 y 1.308 del Código civil, y por el 1.128 del mismo Código, con referencia a las obligaciones con condición resolutoria, como lo es la contenida tácitamente en las reciprocas.*

CONSIDERANDO: Que de esto se sigue que al pedirse en la demanda, entre otros pronunciamientos, los relativos a que se declarase la obligación de facilitar a los actores las cuentas y datos ya referidos, para que conforme a lo que de ellos resultase a su favor en ejecución de sentencia les satisfaciera doña A. A. el 5 por 100 del mineral producido a partir del día en que quedaron amortizados los préstamos, también antes aludidos, y la de que se confirmase la resolución del contrato, en el que se había convenido la retribución de aquella manera de los servicios técnicos por ellos prestados, no ejercitaron los demandantes las dos acciones entre las que podían optar con arreglo al artículo 1.124 del C. c., en cuyo supuesto se fundó únicamente la Sala de instancia para desestimar una de ellas por incompatible con la a que da lugar, siendo así que la primera de tales peticiones no es de cumplimiento del contrato, sino tendente a lograr un efecto que, aun sin haberse pedido en la demanda, seguiría a la resolución, en la que tiene su causa, puesto que una vez declarada, los servicios técnicos de los demandantes se habrían de valorar, para ser retribuidos, en los términos estipulados.

CONSIDERANDO: Que cuanto queda expuesto conduce a concluir que al

no dar lugar a la resolución del contrato de 24 de agosto de 1942, declarada y hecha saber por los actores, hoy recurrentes, a doña A. A., por estimarla el Tribunal sentenciador prematura, dependiente en su procedencia de lo que resultara de las cuentas y datos que aquella demandada se hallaba obligada a exhibir, sin que lo hubiera hecho—incumplimiento en el que fundaron los actores su voluntad de resolver el contrato—e incompatible con la obligación de facilitar los elementos necesarios para que fuera posible conocer la cuantía de la retribución correspondiente a los servicios prestados por los Ingenieros demandantes, interpretó la sentencia recurrida erróneamente el artículo 1.124 del C. c., incidiendo en la infracción del mismo acusada, en este concepto, en el único motivo del recurso, por lo que éste ha de ser estimado y casada aquélla en su pronunciamiento desestimatorio de la petición de que se confirmara la resolución del mencionado contrato, declarada por los demandantes en el acta notarial de 24 de mayo de 1943.

CONSIDERANDO: Que no es dable extender la anterior apreciación a las demás infracciones que el motivo señala, refiriéndolas a los artículos 1.106, 1.107, 1.258, 1.544, 1.709 y 1.711, en su párrafo segundo, del C. c., sin razonar sobre el concepto en el que los recurrentes lo estiman infringidos, porque de la cita que éstos hacen de los dos primeros preceptos, relacionándolos con el art. 1.124 del propio Código, sólo derivan la afirmación de que los otorga el derecho de ser indemnizados del "lucro cesante", parecer equivocado, ya que la obligación de indemnizar exigible al contratante que incumple el contrato no es consecuencia necesaria de este incumplimiento, ni de la resolución que de él se siga, sino que requiere la realidad demostrada del daño o perjuicio, extremo acerca del que nada se alega en el motivo; y, en cuanto a los otros artículos de que en él se hace cita, porque la sentencia recurrida no desconoce en sus fundamentos lo que en los mismos se define y estatuye.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 14 MARZO 1950

Recurso de apelación—interposición fuera de plazo

No es posible sostener que interpuesta la apelación fuera de plazo sea ésta admitida nuevamente con eficacia legal por una providencia posterior en muchos días a la firmeza de la sentencia, aunque tal providencia pretenda fundarse en la existencia de determinado escrito sin garantía ninguna de autenticidad en cuanto a quien lo suscribe ni en cuanto a su fecha de presentación.

Cosa juzgada formal—recurso interpuesto fuera de plazo—eficacia del asentimiento del recurrido.

Los Tribunales, y muy especialmente el Tribunal Supremo, vienen obligados, cuando ante ellos se intenta utilizar un recurso indebidamente

admitido, a imponer el respeto a la cosa juzgada y a declarar la firmeza de la resolución contra la que fuera de plazo se recurrió, sin que a ello pueda obstar cualquier forma de asentimiento expreso o tácito de la parte perjudicada, como su incomparecencia ante el Juzgado que había de resolver el recurso.

SENTENCIA 14 MARZO 1950

Simulación relativa y fiduciaria—valor probatorio de las declaraciones contenidas en documento público y privado reconocido legalmente.

Si bien conforme a los artículos 1.218 y 1.225 del Código civil las declaraciones hechas por los contratantes en los documentos públicos y en los privados reconocidos legalmente hacen prueba contra ellos y sus causahabientes, tales documentos no pueden demostrar por si mismos la veracidad de las declaraciones que contienen, que queda sometida a la apreciación que sobre la misma puedan hacer los Tribunales, cuando alguna de las partes la niega.

ANTECEDENTES.—(Véase el primer considerando.)

MOTIVOS.—1.^o Al amparo del núm. 7.^o del artículo 1.692 de la LEC.: Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, considerándose infringidos los artículos 1.210, 1.225, 1.249 y 1.253 del Código civil.

2.^o Al amparo del núm. 1.^o del artículo 1.692 de la LEC.: Infracción, por no aplicación, y, por tanto, violación del artículo 1.257 del Código civil.

3.^o Al amparo del núm. 1.^o del artículo 1.692 de la LEC.: Infracción de los artículos 1.261 y 1.266 del Código civil, por aplicación indebida, y la de los artículos 1.445 y 1.462 del Código civil por su no aplicación.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida declara probados los hechos siguientes: a) que M. S. V. se constituyó fiador de un pariente suyo por una deuda de 4.000 pesetas, aproximadamente, que había contraído dicho pariente en favor de S. L. Q., y para asegurar a éste su crédito convino con él en otorgarle de una manera formularia escritura pública de compraventa de las dos fincas a que la demanda se refiere, escritura que fué autorizada con fecha 29 de enero de 1931; b) que la intención recíproca de ambas partes, y que siguieron manteniendo de buena fe, era la de que cuando M. S. V. tuviese satisfecha su deuda a S. L. Q. volverían al patrimonio de aquél dichas fincas, o, mejor dicho, la titularidad de las mismas, pues de hecho M. S. V. siguió usándolas y disfrutándolas, incluso sin que se formalizase ni figurase entre ellos contrato de arrendamiento efectivo ni formulario y sin que mediase pago de renta ni merced; c) que S. L. Q., no obstante figurar como titular dueño de la finca por aquella escritura nunca se consideró revestido de esa cualidad y siempre entendió que el verdadero dueño seguía siéndolo M. S. V. y que la operación de compraventa servía únicamente fines de garantía; d) que las contribuciones y todos los gastos de los inmuebles de que se trata continuaron

siendo pagados por el simulado vendedor; e) que al igual que el contrato de compraventa contenido en la citada escritura pública de 29 de enero de 1931, otorgado entre el demandante M. S. V. y S. L. Q. fué simulado y con la mera finalidad fiduciaria o de garantía dada por el primero al segundo hasta satisfacerle una deuda que con él tenía, el contenido en la escritura pública de 13 de enero de 1934 fué una ficción de venta de las mismas fincas por S. L. Q. a favor del demandado A. B. A., así convenido entre ambos y M. S. V. de una manera privada y que no tuvo constancia por escrito, para que A. B. A. quedase garantido de una deuda que con él tenía M. S. V., sin que el figurado comprador entregase cantidad alguna como precio más que 600 pesetas que M. S. V. necesitaba para extinguir la deuda que tuvo con S. L. Q., y salvo 4.000 pesetas que después abonó a dos acreedores hipotecarios; f) que entre A. B. A. y M. S. V. se celebró un contrato de arrendamiento de las fincas expresa das el 14 de enero de 1934, por seis años de duración, prorrogado por tres años más el 24 de junio de 1940 y A. B. A. toleró a M. S. V. el uso y disfrute de dichas fincas durante nueve años sin que el segundo hiciera al primero pago alguno de renta arrendaticia ni el primero al segundo le hiciera reclamación alguna ni le formulara demanda de desahucio hasta cuatro días después de presentada la del presente pleito, lo cual, según la Sala sentenciadora, resultaría poco comprensible caso de haber sido A. B. A. verdadero y puro comprador de las fincas y dueño de las mismas, y por el resultado de las pruebas practicadas llega dicha Sala a la conclusión de que el demandado está obligado con el demandante por virtud del contrato encubierto o disimulado de mera garantía fiduciaria celebrado entre ambos, toda vez que dicho contrato, encubierto por otro aparente, está fundado en una causa lícita y se dan en él los requisitos esenciales en todo contrato.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso se ampara en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por entender el recurrente que ha habido error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba y que el error de hecho resulta de la escritura pública de compraventa de las fincas de referencia de 13 de enero de 1934 y del contrato de arrendamiento de las mismas celebrado el 14 del mismo mes y año, toda vez que según el primero el recurrente adquirió como comprador la propiedad de las mismas y según el segundo como dueño de ellas las arrendó al recurrido, pero la Sala sentenciadora, apreciando dichos documentos en relación con el conjunto de las pruebas, niega que tales compraventa y arrendamiento se realizaran y afirma que la única relación jurídica que las partes quisieron establecer y establecieron con carácter obligatorio fué la que anteriormente queda expresada, y al apreciarlo de otro modo el recurrente trata de sustituir su personal criterio, que forma por la consideración aislada de determinados elementos de prueba, por el más autorizado de la Sala deducido del conjunto de la misma, respecto a la apreciación de la cual no se demuestra la equivocación evidente del Juzgador a que se refiere el texto legal invocado, y en cuanto al error de derecho que se supone cometido tampoco puede admitirse porque si bien conforme a los artículos 1.218 y 1.225 del Código civil

las declaraciones hechas por los contratantes en los documentos públicos y en los privados reconocidos legalmente hacen prueba contra ellos y sus causahabientes, tales documentos no pueden demostrar por si mismos la veracidad de las declaraciones que contienen, que queda sometida a la apreciación que sobre la misma puedan hacer los Tribunales, cuando alguna de las partes la niega.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se funda en la infracción por no aplicación y, por lo tanto, violación del artículo 1.257 del Código civil, según cuyos términos los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, y habiéndose otorgado el contrato de compraventa referido entre S. L. Q., como vendedor, y A. B. A., como comprador, sólo a ellos pueden alcanzar sus efectos jurídicos, pero no a quien, como el recurrido, M. S. V., fué ajeno al mismo y ninguna trascendencia ni eficacia puede tener con respecto al recurrente cualquier convenio que hubieran podido acordar el recurrido M. S. V. y S. L. Q. privadamente y al margen de la escritura de compraventa de las fincas en cuestión, pero al discurrir sobre esta base olvida el recurrente que la Sala sentenciadora, como se ha dicho anteriormente, ha declarado que el contrato contenido en la escritura pública de 13 de enero de 1934 fué una ficción de venta de las fincas aludidas por S. L. Q. a favor de A. B. A., así convenido entre ambos y M. S. V., de una manera privada que no tuvo constancia por escrito, para que A. B. A. quedara garantido de una deuda que con él tenía M. S. V., declaración que solamente puede ser impugnada en casación al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y como el recurrente no lo ha hecho eficazmente, por lo que se ha visto al examinar el motivo anterior, no procede tampoco estimar este segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que en el tercer motivo del recurso, formulado al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se denuncia la infracción de los artículos 1.261 y 1.266 del Código civil, por aplicación indebida, y la de los artículos 1.445 y 1.462 del mismo Código por su no aplicación, porque, según el recurrente, no ha habido ningún contrato o pacto válido con la concurrencia de los requisitos que el primero de los citados artículos exige que ponga de manifiesto la falsedad de la causa consignada en la escritura pública de compraventa de 13 de enero de 1934, desconociéndose por la sentencia el efecto traslativo de la misma, pero que, como resultado de todo lo expuesto en los considerandos anteriores, *lo que la Sala sentenciadora afirma como consecuencia de la prueba practicada es que el contrato de compraventa a que el recurrente se refiere no existió más que aparentemente y que sólo sirvió para encubrir un contrato de mera garantía fiduciaria, que por estar fundado en una causa lícita y por darse en él los requisitos esenciales de todo contrato era el que ligaba a las partes*, afirmaciones que el recurrente no impugna en la única forma que puede ser admitida en casación, es decir, al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que procede asimismo desestimar el tercer motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 MARZO 1950

Competencia—prueba para determinarla—eficacia de una nota de pedido.

Fijado en la nota de pedido el precio de la mercancía sobre estación de procedencia, es Juez competente el del lugar en que se encuentre ésta.

CONSIDERANDO: Que fundada la inhibitoria formulada por el demandado en el hecho único de no haber celebrado el contrato de compraventa mercantil, a la que se refiere el precio reclamado en la demanda, es de tener en cuenta que se acompañó una nota-pedido suscrita y sellada por un agente comercial colegiado, no reargüida de falsa, y se acompañó también el acta de protesto por falta de pago de la letra de cambio representativa del precio de la compraventa con la manifestación hecha en ella por la que dijo ser empleada del demandado en el sentido de que no pagaba la cambial por las razones que el librado había expuesto por carta al librador, y estos elementos de juicio constituyen principio de prueba por escrito con virtualidad suficientes a efectos de competencia, para demostrar indiciariamente y sin perjuicio de lo que en definitiva, con más elementos probatorios, pueda estimarse procedente, las existencias de vínculo contractual de compraventa; por lo que, y en atención a que en la nota de pedido consta que el precio de la mercancía se fijó sobre estación de procedencia, se ha de decidir la presente cuestión de competencia en favor del Juzgado a que corresponda la estación destinada para ser puesta a disposición del comprador la mercancía, porque en aquel lugar se entiende hecha la entrega del género y se ha de pagar el precio, salvo pacto en contrario, conforme dispone el artículo 1.500 del Código civil, a mayor abundamiento la doctrina jurisprudencial tiene declarado que en la compraventa mercantil se presume entregada la mercancía en el establecimiento del vendedor y allí debe ser pagado el precio, aplicado así la norma de competencia marcada en la Ley de 19 de julio de 1948, en relación con la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que proclaman, a falta de sumisión expresa o tácita, la preferencia del Juez del lugar en que deba cumplirse la obligación derivada del ejercicio de acciones personales.

SENTENCIA 16 MARZO 1950

Recurso de casación—por infracción de Ley—basado en normas adjetivas—causas de inadmisión y de desestimación.

El recurso de casación interpuesto al amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 L. E. C. sólo puede fundarse en la infracción de normas sustancivas, no en la de preceptos de carácter adjetivo.

Las causas de inadmisión son pertinentes para desestimar en el fondo un recurso.

SENTENCIA 16 MARZO 1950

Civil—cumplimiento de las obligaciones—pago—efectos de la entrega de una letra de cambio.

No produce los efectos del pago.

Civil—principios generales del Derecho: nadie puede ir contra sus propios actos.

No puede decirse que va contra sus propios actos el vendedor de una cosa con reserva de dominio que conviene con el comprador, que todavía no ha adquirido la propiedad, vender la cosa a un tercero, para hacerse pagar con el precio así obtenido.

Procesal—apreciación conjunta de la prueba.

No es lícito desarticular los resultados obtenidos por apreciación conjunta de la prueba, atacando uno de los medios de prueba utilizados.

Procesal—valor de la prueba en casación—criterio del Tribunal de instancia.

No es lícito interpretar contra el criterio del juez en base del propio criterio de la parte.

Procesal—recurso de casación—cuestiones nuevas.

No tienen acceso a este recurso.

Procesal—recurso de casación—por infracción de Ley—disposiciones administrativas.

No procede el recurso de casación en este supuesto.

ANTECEDENTES.—En 1935 R. celebró con la casa M. un contrato de compraventa de un camión, reservándose la entidad vendedora la propiedad del mismo hasta la total satisfacción del precio; al vencimiento del último plazo, R. entregó en dinero parte de la cantidad que adeudaba, y por el resto suscribió una letra de cambio. Durante el Movimiento, estuvo el camión requisado; al recuperársele—hecho que verificó la entidad vendedora—R. autorizó a la casa M. para la venta del mismo (vid. considerandos), lo cual fué llevado a efecto, entregándose a la esposa de R. el sobrante del precio de venta, después de descontar el resto adeudado por R. y los gastos de recuperación. R. presentó demanda reivindicando el camión y solicitando indemnización de daños y perjuicios. La demanda fué desestimada por sentencia del Juez de primera instancia, confirmada en apelación por la Audiencia Territorial. R. interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero, segundo y tercero: V. considerandos.

Cuarto.—Infracción del Decreto de 25-V-1939, al no ser tenido en cuenta en la estimación de la nota de gastos presentada por la entidad demandada.

Quinto.—Infracción de los arts. 1.714 y 1.719 del C. c., al no estimar

que la entidad demandada traspasó los límites de su mandato, vendiendo el camión en un precio irrisorio, sin actuar—ya que no se había señalado precio por R.—como un buen padre de familia.

CONSIDERANDO: Que fundado el fallo desestimatorio de la demanda en la apreciación por la Sala sentenciadora de que el camión que el demandante pretendía reivindicar no pertenecía a éste en propiedad, sino que sólo lo había tenido en depósito por haberse reservado la Sociedad vendedora, demandada en el pleito, su dominio hasta el pago total del precio de venta, cita el actor recurrente en el primero de sus motivos el *art. 1.170 del C. c. y una Sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1897, como infringidos, sin dar otra razón que la de entender, contra el texto y sentido precisos de aquel precepto sustantivo y de la doctrina de la resolución que invoca, que la letra de cambio que el deudor entrega al acreedor produce los efectos del pago; inteligencia que por ser manifiestamente equivocada hace desestimable el motivo.*

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo, fundado, como el que le antecede, en el número primero del art. 1.692 de la Ley procesal, se acusa a la sentencia recurrida de infringir el principio de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, haciendo radicar este supuesto en la carencia de explicación que a juicio del recurrente tiene el que si por no haber pagado parte del último plazo del precio convenido se había de considerar rescindido el contrato de compraventa, perdiéndose por el comprador la propiedad del camión, necesitará, no obstante ello, una autorización suya la vendedora para recuperar aquél, obligándose a rendir cuentas y entregar el sobrante de la venta del coche a quien no era ya dueño del mismo; pero no puede decirse que contradice sus actos quien dejando de ejercitar un derecho dominical, como el que asistía a la vendedora demandada, para revocar la posesión en que estaba el comprador de la cosa vendida con reserva del dominio, conviene con él en venderla a un tercero para hacerse pago con el precio así obtenido de lo que aún le adeudaba y entregarle el resto, por lo que también este motivo ha de desestimarse.

CONSIDERANDO: Que tampoco es estimable el tercero, puesto al amparo del número séptimo del art. 1.692 de la LEC., y en el que refiriéndose al acuerdo de venta del camión recuperado y a la liquidación y entrega del precio obtenido, a las que se acaba de aludir, imputa el recurrente a la sentencia recurrida un error de derecho en la apreciación de las pruebas, haciéndolo consistir en que al suponerse en la misma que su mujer estaba autorizada por él para dar por finiquitas todas sus cuentas con la Casa M., sin que en ninguno de los documentos aportados aparezca dada tal autorización de una manera expresa, no se pudo fundar sino en presunciones deducidas de los diferentes hechos que se enumeraban en ella y que carecían del enlace preciso y directo, exigido en el artículo 1.249 del C. c., con la presunción a la que se llegaba, mas aparte de que la demostrada certeza, no desconocida por el recurrente, de tales hechos, bien autoriza a presumir la existencia de la autorización que aquél estima injustificada, no la afirma el Tribunal "a quo" por sólo

este medio, sino fundándose en la apreciación de otros elementos de prueba, entre ellos el contenido de la carta en la que el propio recurrente propuso a la casa M. que si podía ser factible vendiera el coche a su mujer mediante letras en una cantidad no superior a 5.000 pesetas, o de lo contrario, venderlo por cuenta de los dos, y en la ratificación constituida por los actos que confesó al absolver posiciones.

CONSIDERANDO: Que también han de rechazarse los motivos cuarto y quinto, éste por *limitarse a interpretar contra el criterio del juzgador* la carta que antes se menciona, en cuanto al alcance del encargo de la venta del coche, que según reconoce hizo en ella, *con lo que pretende, sin que le sea lícito, que prevalezca su propio criterio*, sin citar siquiera como infringido ninguno de los preceptos normativos de la interpretación, ni tampoco el concepto en que lo hayan sido los artículos 1.714 y 1.719 del Código civil, que son los citados; y el motivo cuarto porque, además de proponerse en él una cuestión que no lo ha sido en el juicio y cuya novedad la priva de acceso al recurso, se refiere a disposiciones de naturaleza administrativa y por ello, inadecuadas para la casación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 16 MARZO 1950

Procesal—plazo de prueba en el juicio de cognición—eficacia de la designación de domicilio a los efectos de la notificación de providencias.

No constituye ampliación del término de prueba el hecho de conceder a las partes un plazo de diez días para que pudieran aportar los despachos a sus instancias expedidos.

No cabe alegar infracción de los artículos 260, 262, 263 y 264 cuando la recurrente señaló determinado domicilio a efectos de notificación.

CONSIDERANDO: Que la base diez, apartado C, modificación sexta de la Ley de 19 de julio de 1944, dispone que en el proceso de cognición, de no mediar conformidad en los hechos, se acordará el recibimiento a prueba, practicándose desde luego aquellas probanzas que puedan llevarse a cabo inmediatamente y las demás se aplazarán para una o varias audiencias posteriores, sin que en ningún caso la práctica de la prueba pueda demorarse más de diez días después de iniciado el juicio, pudiendo otorgarse el término extraordinario de prueba sólo en casos muy justificados y únicamente para llevar a cabo la que haya de practicarse fuera del lugar del juicio y sea notorio que no se puede realizar dentro del término ordinario establecido, y si bien de tal texto se desprende la improrrogabilidad del término ordinario de prueba y el no poderse otorgar el extraordinario más que en los casos y con las circunstancias expresadas, la providencia del Juez municipal de 24 de noviembre de 1948 por la cual expirando el término ordinario de prueba se concedió a las partes un plazo de diez días para que pudieran aportar los despachos a sus instancias ex-

pedidos, no constituye la ampliación de tal término ordinario ni la concesión del extraordinario, sino el otorgamiento a las partes de un plazo para la presentación de las pruebas documentales practicadas a su instancia, dentro del término ya concedido para su práctica, pero sin que ello constituya un quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio productor de la indefensión del recurrente; en el supuesto de que lo hubiera constituido, tampoco podría estimarse el recurso por no haberse solicitado en momento alguno de las instancias la subsanación de la falta.

CONSIDERANDO: Que si bien, conforme previene el artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento civil, todas las providencias deben ser notificadas a todos los que sean parte en el juicio, y las providencias de 24 de noviembre y 9 de diciembre de 1948, dictadas por el Juez municipal, por las que se acordó, respectivamente, conceder a las partes el término de diez días para la aportación de los despachos expedidos a su instancia y unir a los autos las comunicaciones presentadas por la parte actora no fueron notificadas a ninguna de las partes, tal omisión no constituye el quebrantamiento de ninguna formalidad esencial del juicio que produjera la indefensión de la parte recurrente, la cual no había solicitado prueba documental alguna; y en cuanto a la circunstancia de haberse notificado todas las providencias dictadas en el curso de la segunda instancia al Procurador señor C., no obstante no tener su representación, en lugar de hacerlo a la recurrente en su propio domicilio, ello ha obedecido a ser ésta la propia voluntad de la recurrente, que renunciando al derecho de que las providencias le fueran notificadas en su domicilio hizo constar en el escrito de comparecencia ante el Juzgado de Primera Instancia, a efectos de la apelación, que para las notificaciones y citaciones designaba el despacho de dicho Procurador, cuya calle y número señalaba, por lo que no cabe estimar la infracción de los artículos 260, 262, 263 y 264 de la Ley de Enjuiciamiento civil citados por el recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 16 MARZO 1950

Procesal—quebrantamiento de forma: admisión en apelación de pruebas.

A tenor del artículo 163 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con el artículo 1.583 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no cabe presentar en la segunda instancia más prueba que la que, propuesta en la primera, no hubiera podido practicarse.

CONSIDERANDO: Que, según el artículo 163 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la apelación de la sentencia dictada por el Juez municipal, cuando disponga que debe desalojarse la vivienda por causa que no sea la falta de pago de la renta, como dispuso la de primera instancia en el juicio origen de este recurso, se sustanciará con arreglo a lo dispuesto

en los artículos 1.583 y 1.586 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que en el último de los citados artículos prohíbe se admita en la segunda instancia más prueba que la que, propuesta en la primera, no hubiera podido practicarse.

CONSIDERANDO: Que quebrantando esa terminante prohibición, la sentencia recurrida se apoya en un oficio que antes de la firma dice "El Alcalde" y lleva un sello de Garganta de los Montes, oficio que si bien en la sentencia se afirma fué "presentado por el apelante en el acto de la vista" no consta así, con la fe del Secretario, en la correspondiente diligencia, ni podía admitirse como medio de prueba, dada la ya indicada prohibición establecida en el artículo 1.586 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que, la sentencia recurrida, al dictar el fallo fundándose en el oficio irregularmente admitido, no sólo violó el precepto legal citado regulador de la forma esencial del juicio en la segunda instancia, sino los que regulan la práctica de la prueba, con evidente indefensión de la parte recurrente, imposibilitada legalmente de impugnar ni de oponer prueba alguna a la irregularmente admitida y practicada, contra cuya falta sólo pudo entablar el presente recurso, por la falta expresada, que, por lo expuesto, obliga a dar lugar al mismo.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 17 MARZO 1950

Gestión de negocios.

La aplicación de las normas jurídicas que la regulan exige como requisito previo que se demuestre que los actos realizados por el supuesto gestor han sido actos de gestión de un negocio ajeno.

Recurso de casación: motivos.

Se da la congruencia cuando existe entre el fallo y los escritos de contestación y duplica.

No se da contradicción en el fallo cuando la sentencia no contiene más que un solo pronunciamiento.

No puede tenerse en cuenta el error de hecho cuando no se cita el acto o documento auténtico que demuestre la equivocación evidente del juzgador, ni el de derecho cuando no se exprese que ha hecho prueba en contra del juzgador.

ANTECEDENTES.—El demandante, entre otros pedimentos, reclama de su hermano y demandado la rendición de cuentas por haber intervenido en la subasta de una finca, de la que tenía la nuda propiedad, sacada a licitación para satisfacer las costas a que había sido condenado en juicio. El demandado opone que acudió a la demanda utilizando el derecho que la Ley concede a todo ciudadano para evitar que la finca, de la que la madre de ambos era usufructuaria, saliese de la familia en nuda propie-

dad. El Juzgado y la Audiencia absuelven de la demanda. Se interpone recurso de casación por los siguientes

MOTIVOS.—Primero.—Fundado en el número 1º del art. 1.692, por la aplicación de los arts. 1.888 y 1.889 del C. c.

Segundo.—Fundado en el número 2º del art. 1.692.

Tercero.—Fundado en el número 3º del art. 1.692.

Cuarto.—Fundado en el número 4º del art. 1.692.

Quinto.—Fundado en el número 7º del art. 1.692.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso amparado en el número primero del art. 1.692 de la LEC. se funda en la no aplicación de los artículos 1.888 y 1.889 del C. c., y si bien el primero de dichos textos dispone que el que se encargase voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, sin mandato de ésta, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, y aunque expresamente no se declare por dichos preceptos la obligación del gestor de rendir cuentas al dueño del negocio, tal obligación se deduce de la propia naturaleza jurídica de la gestión de negocios como medio indispensable que es tal rendición de cuentas para saber si ha cumplido el gestor con los deberes que lleva consigo, la aplicación de tales normas jurídicas exige como requisito previo que se demuestre que los actos realizados por el supuesto gestor han sido actos de gestión de un negocio ajeno, pero como la Sala sentenciadora ha declarado que no se ha demostrado nada que acreditará que al intervenir el demandado en la subasta a que la sentencia se refiere lo hiciera como gestor de negocio ajeno, es visto que tal afirmación sólo podría combatirse eficazmente demostrando el error de hecho o de derecho en que la Sala incurrió al hacerla, al amparo del número séptimo del art. 1.692 de la LEC., pero no invocando el número primero de dicho artículo.

CONSIDERANDO: Que los motivos segundo y tercero del recurso se amparan en los números segundo y tercero del art. 1.692 de la LEC., por no haber resuelto la sentencia sobre la rendición de cuentas exigida al demandado por el demandante, pero como el demandado en sus escritos de contestación a la demanda y duplica se limitó a pedir que se le absolviera de la demanda y tal absolución es lo que la sentencia recurrida decreta, con ello, conforme a la reiterada jurisprudencia de esta Sala, quedaron resueltas todas las cuestiones propuestas y debatidas en el pleito y cumplido estrictamente el art. 359 de la LEC., siendo en absoluto impertinente la cita de los arts. 1.269, 1.270, 1.291, 1.710 y 1.295 del C. c., que no guardan la menor relación con los expresados activos del recurso.

CONSIDERANDO: Que el motivo cuarto del recurso que intenta ampararse en el número cuarto del repetido art. 1.692 de la LEC., no puede admitirse, porque el citado texto legal exige en dicho número para la procedencia del recurso que el fallo contenga disposiciones contradictorias, pero como el fallo recurrido no contiene más que una sola disposición, que es la absolución de la demanda, no puede haber contradicción, supuesto que no existe en la parte dispositiva de la sentencia la variedad de pronunciamientos entre los cuales la contradicción habría de darse.

CONSIDERANDO: Que como fundamentos del quinto motivo del recurso se invoca el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, sosteniéndose por lo que respecta al primero que la Sala sentenciadora no ha tenido en cuenta todos los hechos que demuestran que el demandado actuaba como gestor de negocio, para lo cual se prescinde de las pruebas, incluso de la de presunciones, pero como *el recurrente no cita el acta o documento que demuestre la equivocación evidente en que el juzgador haya incurrido al apreciar la prueba, es evidente que el error de hecho denunciado por el recurrente no puede estimarse, y en cuanto al error de derecho, si bien se cita el art. 1.232 del C. c., que es un precepto relativo a la valoración de la prueba de confesión, no se expresa cuál haya sido la hecha por el demandado que hiciera prueba contra su autor en oposición a lo afirmado por la sentencia, no expresándose tampoco en qué haya consistido la infracción del art. 1.253 del C. c., que se denuncia, y en cuanto a los demás artículos citados en este motivo del recurso, ninguno tiene relación con la valoración de la prueba, a la que el error de hecho tiene que referirse.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 MARZO 1950

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria por quererantamiento de las formalidades esenciales del juicio: admisibilidad.

No es admisible cuando no se protestó ni se formuló recurso alguno contra la falta que se alega, porque no puede de este modo alegar indefensión, base necesaria para que el recurso pudiera ser estimado.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria—requisitos para su procedencia.

El recurso de injusticia notoria, como este último calificativo indica, no puede formularse con éxito en contra de una interpretación más o menos admisible de los términos de un contrato, sino que exige que con ella se vulneren por modo evidente los preceptos de la Ley o las normas de la justicia.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria—por manifiesto error en la apreciación de la prueba.

Para que pueda recurrirse con eficacia por este motivo, es necesario que el error sea "manifiesto".

Civil—arrendamientos urbanos—arrendamientos de industria—caracteres que debe reunir ésta.

Tiene establecido el T. S., en S. 16-III-1948, que es esencial en la industria que exista una organización, pero no que ésta esté funcionando en

todo momento como entidad viviente, y el mismo legislador admite, artículo 4.º LAU, que pueda estar falta, al ser arrendada, de algún requisito fiscal.

CONSIDERANDO: Que sean los que fueren los defectos de que la habilitación judicial de la persona que, como procurador del demandante, y por falta de procurador colegiado, actuó en Primera Instancia, pueda adolecer, es evidente que ello sería totalmente inoperante para fundar un recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, conforme al número 3.º del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque el recurrente no protestó ni formuló recurso contra la pretendida falta que hoy alega, a partir de la proviaencia que tuvo por parte a dicho procurador y que le fué notificada, así como durante todo el curso del procedimiento, por lo que no puede alegar indefensión, base necesaria para que el recurso pudiera ser estimado.

CONSIDERANDO: Que para resolver si la Audiencia al desestimar la demanda de retracto formulada por el recurrente por entender que lo que se arrendó fué una industria de café, bar y salón de baile, y no un local de negocios, ha infringido los preceptos legales que invoca—arts. 4.º y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos—, sería preciso que aquélla acreditara la certeza de su alegación, lo que pretende en el recurso por dos caminos: invocando los artículos del Código civil referentes a la interpretación de los contratos—1.281 y siguientes—, y denunciando error de derecho en la apreciación de la prueba al amparo del número 4.º del artículo 173 de la expresada Ley.

CONSIDERANDO: Que, tratándose como se trata del arrendamiento de un inmueble donde el propietario explotaba antes un negocio de café, bar y salón de baile, y sin que aparezca que el arrendatario tuviera con anterioridad otro negocio equivalente, y siendo además objeto del arrendamiento (aparte de otro local no correspondiente al propietario), los enseres principales propios del negocio, aunque faltasen algunos de ellos, como cafetera y vajilla, y basándose además tal apreciación de que lo arrendado fué la industria y no sólo el local en la prueba testifical, es evidente que la Sala, en uso de sus atribuciones para valorar la prueba, pudo lícitamente estimar que se trataba de un contrato de arrendamiento de industria, sin que las alegaciones del recurrente patenten el error en que se haya incurrido al estimarlo así, base indispensable para que el motivo en tal circunstancia bado prospere, porque el recurso de injusticia notoria, como este último calificativo indica, no puede formularse con éxito en contra de una interpretación más o menos admisible de los términos de un contrato sino que exige que con ella se vulneren por modo evidente los preceptos de la Ley o las normas de la Justicia, lo que no acontece en este caso.

CONSIDERANDO: Que otro tanto cabe decir del error en la apreciación de la prueba, porque, en cuanto a la testifical, es ésta de la libre apreciación de la Sala, según las normas de la sana crítica, conforme al artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento civil; y respecto de la documental, a la que juntamente con la pericial se refiere el número 4.º del artículo 173, para que puedan recurrirse con eficacia por dicho motivo, precisa que se

trat^e de un error "manifiesto", lo que no sucede en el caso del pleito, pues, si bien es verdad que de la prueba aportada aparece que entre la baja en la industria que se ejercía por parte del propietario y el alta del arrendamiento mediaron varios meses, con este solo hecho no se evidencia que se tratara de un arrendamiento de local de negocio, y no de un arrendamiento de industria, como sostiene la sentencia recurrida, porque ya tiene establecido este Tribunal en sentencia de 16 de marzo de 1948 que es esencial en la industria que exista una organización, mas no es esencial que esta organización esté funcionando en todo momento como entidad viviente y el propio legislador admitió en el artículo 4.^o de la Ley de Arrendamientos Urbanos que la industria pueda estar falta, al ser arrendada, de algún requisito fiscal.

CONSIDERANDO: Que, a mayor abundamiento, favorece la interpretación dada por la Sala el artículo 5.^o de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, porque si, con arreglo al mismo, cuando la finalidad del contrato fuera instalar el arrendatario en el local arrendado su propia industria o negocio, quedaría comprendido en la regulación especial, por muy esenciales o diversas que fueran las cosas que con el local hubieran sido arrendadas, es claro que si no aparece que el arrendatario ejerciera con anterioridad la industria de café, bar y salón de baile y si el arrendador, la presunción ha de ser lógicamente de que lo arrendado fué una industria.

CONSIDERANDO: Que por ello, y no estimando ni en la interpretación del contrato por la Sala de instancia, ni en la apreciación de la prueba se haya perpetrado la injusticia notoria por la aplicación indebida de normal legal, ni el error manifiesto en la apreciación de la prueba que se denuncian, es obligado el desestimar el recurso, ya que el arrendatario de industria y no de mero local de negocios no goza del derecho a retraer la finca que otorga a éste el artículo 164 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 MARZO 1950

Cláusula compromisoria—naturaleza de la falta de acatamiento a la misma

La falta de acatamiento a una cláusula compromisoria, no invocada oportunamente por los interesados, no afecta nunca al orden público, ni puede ser asimilada a un caso de incompetencia por razón de la materia.

Cláusula compromisoria—aplicabilidad a la acción de desahucio

Tratándose, no de una interpretación del contrato, sino del ejercicio de la acción de desahucio por expiración del plazo contractual, nunca podría ser aplicable la cláusula compromisoria.

ANTECEDENTES.—Se trataba del desahucio de un molino por expiración del plazo contractual; en el contrato, se acordó someter a amigables componedores las diferencias que pudiesen surgir; en primera y segunda instancias se discutió especialmente si se trataba o no de arrendamiento sujeto a la legislación especial, y el demandado sólo alegó la incompetencia, en virtud de la cláusula compromisoria, en el escrito de adaptación a las normas de la vigente Ley de Arrendamientos urbanos, estando el proceso pendiente de vista en segunda instancia; en ambas instancias se estimó la demanda; el demandado interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Único.—Incompetencia o abuso de jurisdicción, por no haberse tenido en cuenta la cláusula compromisoria.

CONSIDERANDO: Que el examen de los autos pone de manifiesto que la parte demandada al contestar la demanda de desahucio de la fábrica de harinas que la actora le tenía dada en arrendamiento, por expiración del término contractual, se limitó a excepcionar la prórroga del contrato conforme a las disposiciones en materia de arrendamientos urbanos a la sazón vigentes y a solicitar la aplicación al caso del Decreto de suspensión de desahucios de 7 de julio de 1944, sin que invocara para nada la cláusula undécima del contrato donde se establece que las dudas que surjan en su interpretación serán sometidas a amigables componedores, y únicamente, después de dictada sentencia en primera instancia del desahucio, que fué apelada, hallándose los autos en la Audiencia, y habiéndose dictado por la Sala la providencia preventiva en la disposición transitoria 16 de la Ley de Arrendamientos urbanos sobre acomodación de normas procesales, en el escrito que en dicho trámite hubo de presentar la parte demandada se apuntó, con notoria inoportunidad, una excepción de incompetencia de jurisdicción basada en la citada cláusula.

CONSIDERANDO: Que esto sentado, y tratándose de una cuestión enteramente nueva, no examinada por ello sin duda en la sentencia de la Audiencia por ser posterior a las alegaciones fundamentales del pleito, a las que únicamente debe atenerse el juzgador, es evidente que el recurso no es admisible, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, y aún admitido, debe ser desestimado porque conforme a la citada jurisprudencia las causas de admisión se convierten en este trámite en causas de desestimación.

CONSIDERANDO: Que por otra razón resulta también improcedente el recurso, y es que en él sólo se cita como infringido el artículo 74 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según el cual cuando los Tribunales se reputen incompetentes por razón de la materia, lo declararán así, oído el Ministerio Fiscal; pero, aparte de que tal precepto consagra una facultad del Juez cuando estime su falta de competencia por tal motivo, es lo cierto que no se cita el precepto que haya infringido la Sala al conocer del asunto, base indispensable para que pudiera apreciarse el caso incluido en el número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil—exceso en el ejercicio de la jurisdicción.

CONSIDERANDO: Que en todo caso la falta de sometimiento a una cláusula compromisoria, no invocada oportunamente por los interesados, no

afectaría nunca al orden público ni puede ser asimilada a un caso de incompetencia por razón de materia.

CONSIDERANDO: Que si todas estas razones no hicieran improcedente el recurso, lo sería éste si cupiera entrar en el examen del fondo, por cuanto tratándose, no de una interpretación del contrato, sino del ejercicio de la acción de desahucio por expiración del plazo contractual, nunca podría ser aplicable la cláusula compromisoria según se deduce de la doctrina de este Tribunal, contenida, entre otras, en las sentencias de 5 de abril de 1922, 7 de julio de 1924 y 24 de abril de 1941.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 MARZO 1950

Civil—solidaridad en las obligaciones: determinación.

Para que una obligación tenga el carácter de solidaria no es preciso usar esta expresión, si de su texto se deduce la solidaridad.

Civil—art. 1.124 C. c.: ejercicio de la facultad resolutoria.

Solamente la otorga el referido precepto al que cumple por su parte la obligación contraída, a menos que su falta de cumplimiento fuese consecuencia precisa del incumplimiento de la otra parte.

Civil—art. 1.124 C. c: carácter del incumplimiento—facultades de apreciación de los Tribunales.

El incumplimiento ha de ser sustancial, y para apreciarlo en cada caso concreto se ha de atender a los supuestos de hecho que integran el litigio.

Civil—mora: en las obligaciones recíprocas.

Es innecesaria toda interpelación, porque desde el momento en que uno de los obligados no cumple su obligación comienza la mora para el otro.

CONSIDERANDO: Que como probados son hechos esenciales de la sentencia recurrida: Primero. Que en 3 de marzo de 1941 los señores D. y B. y don E. M. suscribieron un contrato comprometiéndose éste a entregar a aquéllos en el plazo de un año, o antes si era posible, 20.000 postes de diferentes medidas, y a precios distintos, en relación con éstas. Segundo. Que el vendedor inició el cumplimiento del compromiso, suministrando a los compradores cierta cantidad de postes, cuyo precio percibió negociando dos letras de cambio aceptadas por el actor en el Banco de Crédito Navarro de P. Tercero. Que, asimismo, los compradores se habían obligado a constituir, en el mencionado Banco, un depósito para el pago de las facturas correspondientes al suministro de la mercancía vendida, sin que, ni antes ni después de la fecha del contrato, fuera aquél constituido.

Cuarto. Que como el vendedor, después de las entregas indicadas, suspendiese el suministro, fué verbalmente requerido por el actor para que cumpliese lo pactado, inhibiéndose aquél de su compromiso.

CONSIDERANDO: Que a base de estos hechos, estimada la demanda, resuelto parcialmente el contrato y condenado el recurrente, don E. M., a indemnizar al recurrido, Sr. D., la mitad del importe de los daños y perjuicios causados como consecuencia del incumplimiento del contrato, los problemas que el recurso plantea se contraen a decidir: si el Tribunal de instancia ha infringido los preceptos legales que se enumeran en los cuatro motivos del recurso, y, muy singularmente, los relativos a la falta de acción del demandante; no sólo por haberla ejercitado a solas, pidiendo la resolución parcial del convenio, sino también porque la resolución de las obligaciones no puede nunca declararse a instancia de quien empezó por incumplir las suyas.

CONSIDERANDO: Que es doctrina de este Tribunal Supremo, proclamada en decisiones constantes, que para que una obligación tenga el carácter de solidaria no es preciso usar de tal expresión, si de su texto, según la excepción con que se inicia el artículo 1.138 del Código civil, se infiere la solidaridad y puede deducirse que la voluntad de los contratantes fué la de crear la unidad en la obligación y la responsabilidad "in solidum" de los cointeresados.

CONSIDERANDO: Que aceptados como hechos indiscutidos que el recurrente se comprometió a suministrar a los compradores cierta cantidad de postes, cuyo valor importaba unas 710.325 pesetas, que habría de hacerse efectivo del depósito que aquéllos hubieran constituido en la entidad bancaria mencionada, es claro que el fin económico perseguido por las partes contendientes no pudo ser, como afirma el Tribunal de instancia, el de crear dos obligaciones separadas y convergentes, sino una sola, con una condicional y excluyente forma de pago, al efecto de asegurar éste y prever toda contingencia desfavorable; y al no entenderlo así la Sala sentenciadora, basándose fundamentalmente en la divisibilidad de la obligación, ha incidido en las infracciones que a éste respecto se aducen en el motivo primero del recurso; ya que si no cabe desconocer la divisibilidad de la operación, tampoco es dable olvidar que la solidaridad radicaba en el vínculo creado al contratar y no en la que es materia y objeto del contrato.

CONSIDERANDO: Que si de lo expuesto se infiere que el actor carecía de derecho para poder exigir la resolución parcial del compromiso, tampoco podía ejercitarse la acción resolutoria, ni reclamar, en consecuencia, indemnización de daños y perjuicios, por cuanto la facultad de resolver las obligaciones recíprocas sólo la otorga el artículo 1.124 del Código civil, al que cumple la obligación por su parte contraída, puesto que él no la cumple no puede exigir que la contraria haga aquéllo a que se comprometió, a menos que la falta de cumplimiento de la que reclama fuere consecuencia precisa—como enseña la jurisprudencia de esta Sala—del incumplimiento de la otra.

CONSIDERANDO: Que tan inconscusa doctrina no es dable enervarla a base de los razonamientos aducidos por el fallo impugnado; en primer

lugar, porque la opción extrajudicial del recurrente surgió al ser requerido por el actor, y decidir no continuar suministrando la mercancía vendida para evitar rozamientos desagradables con los compradores, por no haber cumplido éstos con la obligación de hacer el depósito a que venían constreñidos por el pacto y lo preceptuado en el artículo 1.258 del Código civil; en segundo término, porque, *sí bien es exacto que esta Sala tiene declarado que para el éxito de la acción resolutoria es preciso que el incumplimiento sea sustancial, no es menos cierto que es también doctrina reiterada que las normas de derecho positivo y jurisprudenciales tienen que resultar condicionadas en la práctica por las modalidades que, en cada caso concreto, entrañan las cuestiones de hecho que integran el litigio; y, en el de autos, no cabe, en recta interpretación de la cláusula cuarta del contrato, estimar que, dado el contenido económico del negocio, fuese meramente accesoria la forma de pago estipulada*, y no condición esencial para evitar los riesgos inherentes a la falta del depósito; finalidad ésta que no quedaba lograda por la aceptación de las letras de cambio a que hace referencia el fallo recurrido, porque si ciertamente era posible negociarlas, es innegable también que el librador y recurrente quedaba vinculado a las responsabilidades dimanantes del artículo 516 del Código de Comercio; en tercer lugar, porque la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento del contrato surge de la no constitución del depósito, y de la pretensión de que el vendedor prosiga el suministro, sin ofrecerle la previa constitución; y, en definitiva, porque incumplido el compromiso por el actor no tenía el recurrente precisión de requerirle para situarle en mora—como asevera el fallo recurrido—, porque a tenor de lo estatuido en el artículo 1.100 del Código civil, *en las obligaciones reciprocas es innecesaria toda interpelación, por lo mismo que, desde que uno de los obligados no cumple su obligación, comienza la mora para el otro*.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 27 MARZO 1950

Competencia—eficacia de la libertad de contratación en materia de precios en lo no sometido a la legislación de abastos.

Al no resultar restringida por la legislación de abastos la norma de libertad de contratación en materia de precios contenida en los artículos 1.091, 1.255 y 1.258 del Código civil, es de indudable aplicación el principio “pacta sunt servanda” que impone acatamiento a la palabra dada.

CONSIDERANDO: Que conforme los litigantes en mantener el vínculo contractual de la compraventa de duelas de roble americano, llevada a efecto el 20 de noviembre de 1939, ha surgido este pleito con la finalidad única de que judicialmente se decida si el comprador, una vez realizada

la entrega de la mercancía vendida, ha de pagar el precio convenido, como pretende el vendedor, o viene obligado solamente a satisfacer el precio menor que rigiese en la iniciación del Movimiento Nacional, como estima procedente el comprador.

CONSIDERANDO: Que el Decreto de 13 de octubre de 1936 prohibió en términos generales la elevación de los precios vigentes en 18 de julio del mismo año, pero sin merma de la obediencia debida a las disposiciones del Poder público en función intervencionista y reguladora del precio de los productos, es de tener en cuenta que el referido Decreto perdió vigencia por virtud de múltiples normas posteriores que fijaron los precios máximos de determinadas mercancías, sin incluir entre ellas la madera de roble de procedencia extranjera, y en especial porque el Decreto de 16 de febrero de 1938, por su artículo 10, derogó las disposiciones anteriores sobre intervención y tasa de precios y limitó el régimen intervencionista a varios productos, entre los que no figura la madera de características idénticas a la que fué objeto del contrato.

CONSIDERANDO: Que este criterio de exclusión del régimen de tasas de la madera vendida resulta corroborado por la certificación traída a los autos en diligencia para mejor proveer, expedida por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Industria y Comercio, en la que se detallan los precios *comerciales* o de uso en el tráfico libre mercantil, no los oficiales de tasa, de las duelas de roble americano, agregando que no se tiene conocimiento de disposición alguna reguladora de precios de dicha mercancía, lo que indudablemente significa, a efectos del artículo 9.º, párrafo octavo, en relación con el artículo 5.º, apartado b), de la Orden de 4 de agosto de 1939, que el Ministerio de Industria y Comercio no estimó procedente sujetar a tasa la madera importada.

CONSIDERANDO: Que al no resultar restringida por la legislación de abastos la norma de libertad de contratación en materia de precios contenida en los artículos 1.091, 1.255 y 1.258 del Código civil, es de ineludible aplicación el principio "pacta sunt servanda" que impone acatamiento a la palabra dada, mediante el pago por el comprador del precio convenido, y al no entenderlo así la sentencia recurrida, que alteró lo pactado reduciendo o aminorando dicho precio como si hubiera sido objeto de tasa, ha infringido los citados preceptos y principio de derecho, por falta de aplicación, y el Decreto de 13 de octubre de 1936, por aplicación indebida, tal como se denuncia en el primer motivo del recurso, determinante de la casación, sin necesidad de examinar el segundo y último motivo articulado.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 5 ABRIL 1950

Contratos—ratificación—analogías con la confirmación—ratificación tácita.

Cualesquiera que sean las diferencias que cabe señalar entre la confirmación y la ratificación de los contratos, ambas pueden ser tácitas y productoras de efectos retroactivos.

Si los contratos celebrados por el mandatario con los terceros fuera de los límites del mandato no obligan al mandante, también le asiste la facultad, que le concede en su párrafo 2.º el artículo 1.727 C. c., de ratificarlos expresa o tácitamente, forma de ratificación ésta que tiene lugar cuando, sin hacer uso de la acción de nulidad por él ejercitable, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado sin su autorización.

Recurso de casación—impugnación de lo que no es fundamento del fallo.

Ninguna eficacia para la casación puede tener cuanto se argumente acerca de lo que no ha servido de fundamento al fallo que se impugna.

Recurso de casación—impugnación de la interpretación de contratos hecha por la Sala de instancia.

La facultad que a los Tribunales de instancia asiste de interpretar los contratos ha de prevalecer si no se demuestra que es notoriamente equivocada.

ANTECEDENTES.—F. V., acreedor de A. A., obtuvo anotación preventiva de embargo respecto del crédito hipotecario del segundo contra los dueños de las dos casas hipotecadas, sobre las que también pesaba, con carácter preferente, una hipoteca a favor de la entidad H. E.; ésta procedió a la ejecución de dicha hipoteca por el procedimiento del artículo 131 L. H.; A. S. O., con poder de F. V. y en su nombre, requirió a la entidad acreedora para que aceptase el pago del crédito, subrogándose el pagador en su posición respecto de la hipoteca, y entendiéndose que si no era posible la subrogación se entendería hecho el pago de la deuda con arreglo al artículo 1.158 C. c.; la entidad H. E. aceptó el pago en tales condiciones; todo esto sucedía en 1938, en zona roja; terminada la guerra, resultó que F. V. había fallecido en zona nacional en 1937; A. A. consiguió que se anulara y cancelara la anotación preventiva de embargo antes citada, y A. S. O. convino con H. E. que se anulara la subrogación mencionada, devolviendo dicha entidad a A. S. O. la parte correspondiente de lo percibido, con arreglo a la Ley de Desbloqueo; más tarde, las hijas de F. V. obtuvieron la declaración judicial de herederos a su favor, y, como subrogadas en la hipoteca, otorgaron la cancelación de la misma, que se llevó a cabo; la entidad H. E. interpuso contra los distintos interesados dos demandas, que más tarde se acumularon; en una solicitaba se declarase nula la subrogación y el pago realizados en 1938, y en otra pedía la nulidad de la cancelación de la hipoteca; ambas demandas fueron desestimadas en primera y segunda instancias. El demandante interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Vid. en los considerandos.

CONSIDERANDO: Que el primero de los motivos del recurso contiene en sí mismo la razón que lo hace desestimable, ya que reconociéndose en él que la sentencia contra la que se interpuso no contiene declaración sobre la suficiencia o insuficiencia del poder por el que A. S. O. otorgó las actas de subrogación cuya validez, combatida en la demanda, ha declarado la Sala sentenciadora, fundándose en causas distintas de la relativa a aquél

extremo, ninguna eficacia para la casación podrían tener cuanto se argumenta acerca de lo que ha servido de fundamento al fallo que se impugna.

CONSIDERANDO: Que imputa el motivo segundo a la sentencia de la Sala la infracción de los artículos 1.261, 1.310 y 1.259 del Código civil, en cuanto en uno de sus considerandos se estima que los actos de subrogación del mandatario de V. F., antes nombrado, eran confirmables, aduciendo que con arreglo a lo que disponen los preceptos que cita, al no haber prestado aquel mandante su consentimiento para un acto de disposición de sus bienes, como lo fué el pago de los efectos del artículo 1.158 del mencionado Código, originario de las subrogaciones discutidas, el que prestó el mandatario no autorizado para obligarle, extralimitándose del poder que le asistía, hizo que el contrato fuera inexistente por falta de uno de los requisitos necesarios para su existencia, y que no pudiera convalidarse; y al razonar de este modo la Sociedad H. E., con uso de un argumento sólo podido utilizar por un mandante que no quisiera aceptar lo concertado en su nombre por el mandatario, desconoce que *si los contratos celebrados por éste con los terceros fuera de los límites del mandato no obligan a aquél, también le asiste la facultad, que le concede en su párrafo segundo del artículo 1.727 del Código civil, de ratificarlos expresa o tácitamente, forma de ratificación ésta que tiene lugar cuando sin hacer uso de la acción de nulidad por él ejercitable acepta en su provecho los efectos de la ejecución sin su autorización*, poniendo con ello de manifiesto su consentimiento concordante con el del tercero, con lo que el contrato no puede reputarse inexistente y queda dotado de validez, si no se hallare viciado por alguna de las causas que pueden determinar su nulidad con arreglo a derecho, o hacer procedente su revisión si habiendo constituido su objeto, como el que generó las subrogaciones a las que se refiere la parte hoy recurrente, el pago de un crédito en tiempo y zona sometidos al dominio rojo, realizado con moneda de la en ellos circulante, se acciona al amparo de la Ley de 7 de diciembre de 1939, a cuyas normas no se ha acogido la Sociedad actora, como tampoco a las especialmente establecidas por la de 5 de noviembre de 1940 sobre nulidad de contratos celebrados en los expresados tiempo y zona.

CONSIDERANDO: Que las apreciaciones anteriores hacen desestimable el motivo segundo del recurso, siéndolo también el tercero, en el que se acusa la aplicación indebida del artículo 1.738 del Código civil, al entender la sentencia recurrida, en el cuarto de sus considerandos, que los actos realizados por el mandatario ignorando la muerte del mandatario son válidos aunque se hayan ejecutado con extralimitación del mandato, porque al razonar la recurrente en el sentido de que de dar al artículo que cita tan amplia interpretación resultaría que por mediar la expresada ignorancia se daría eficacia plena a contratos que de vivir el poderdante serían inexistentes, parte del supuesto, ya antes rechazado, de la inexistencia de estos contratos, y omite que si la Sala de instancia tiene por válido, conforme a lo prevenido en el precepto sustantivo que la Sociedad H. E. cree infringido, lo realizado por A. S. O. en interés de su poderdante es en virtud de su aceptación y ratificación por los herederos de éste, continuadores de

su personalidad en los derechos y obligaciones del mismo desde el momento de su muerte, según la fundamental disposición contenida en el artículo 661 del Código, y, consiguientemente, en la facultad que según el artículo 1.259 le asistía para ratificar en la forma expresa o tácita que autoriza el 1.727, los contratos celebrados en su nombre.

CONSIDERANDO: Que denuncia el motivo cuarto, al respectivo amparo de los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal, la infracción de los mismos artículos 1.259, como erróneamente interpretado, y 1.727, por aplicación indebida, y un error de hecho al apreciar la prueba, resultante del acta de rescisión de las subrogaciones controvertidas y del auto en que se declaró herederos de F. V. a sus hijas, las demandadas S. y P., dando como razón determinante de aquellas infracciones y de este error que la aceptación y ratificación por las expresadas señoras de lo hecho por el mandatario de su causante por cuenta de él fueron posteriores a la rescisión del contrato por el H. E., mas siendo cierto que el primero de los artículos que invoca dispone que el contrato celebrado en nombre de los otros sin su autorización o representación legal será nulo si no lo ratifica la persona a cuyo nombre se otorga, antes de ser revocado por la otra parte contratante, como también lo es que *cualquiera que sean las diferencias que cabe señalar y el recurrente señala entre la confirmación y la ratificación de los contratos, a las que se refieren los citados artículos, ambas pueden ser tácitas y productoras de efectos retroactivos*, la segunda, según la sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 1940, el de conferir plena eficacia al negocio celebrado con falta de consentimiento del representado en él, y, sobre esta apreciación, conduce a desestimar el motivo la de que en el acta a la que se remite la Sociedad recurrente no se contiene manifestación por ésta de su voluntad resolutoria, sino la unilateral de A. S. O. de declarar nulas las subrogaciones y sin efecto el pago acreditado por el acta de 8 de noviembre de 1936, sin que alcanzara, según afirmación fundamental del Tribunal "a quo", a las acciones subrogatorias obtenidas en nombre de F. V., de donde resulta la inexistencia de la resolución alegada en el motivo como obstante a la eficacia de la ratificación del contrato por las continuadoras de la personalidad del mandante.

CONSIDERANDO: Que el motivo quinto ofrece la interpretación particular del recurrente de las actas de subrogación a las que con anterioridad se ha referido, reputando a la de la sentencia recurrida de infractora de los artículos 1.281, 1.282 y 1.285 del Código civil, suponiendo que no se halla ajustada a la intención de quienes en ellas intervinieron, pero hallándose declarado con insistencia por esta Sala que *la facultad que a los Tribunales de instancia asiste de interpretar los contratos ha de prevalecer si no se demuestra que es notoriamente equivocada*, no producida en el recurso esta demostración, puesto que en él no se señalan ni los términos del contrato, cuya claridad revela el error interpretativo que supone, ni actos coetáneos o posteriores que la patenticen, porque a los que alude carecen de significación bastante para formar un criterio distinto del manifestado por el juzgador, ni razona acerca de la conexión

de las diversas cláusulas que el contrato cuestionado contiene, para que interpretadas unas con relación a las otras resulte el sentido que al parecer del recurrente se desconoce por el fallo recurrido, faltó el motivo de estos elementos y demostraciones, ha de ser desestimado.

CONSIDERANDO: Que igualmente es desestimable el sexto y último de los motivos del recurso, porque reconociéndose en él la congruencia de negar la nulidad de las cancelaciones de los créditos hipotecarios a los que se refiere el litigio si en la sentencia se declaran, como lo han sido, válidas las subrogaciones que a aquéllas dieron lugar, ninguna utilidad para el recurso tiene el examen de las infracciones que el motivo alega. refiriéndolas, no al fallo, sino a la apreciación contenida en uno de los considerandos en el sentido de que no se había probado que las cancelaciones tuvieran defecto intrínseco como actos registrables.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 ABRIL 1950

Procesal—competencia—sumisión expresa—requisitos.

Ha de existir concreción y claridad en las manifestaciones de los contratantes para renunciar a su propio fuero.

Procesal—competencia—lugar de cumplimiento de la obligación.

No influye en la determinación de la competencia cuando no es parte en la contienda.

Procesal—competencia—acciones personales.

Descartados en la litis el lugar de cumplimiento de la obligación, habrá de estarse, según reiterada jurisprudencia, al domicilio del demandado.

CONSIDERANDO: Que el pleito se ha formulado para reclamar el actor, con domicilio en V., la cantidad de 5.000 ptas., precio de la mercancía que se facturó en la estación de M. a la consignación y por cuenta y riesgo de la demandada, domiciliada en H., y rechazando, desde luego, la alegación del demandante de que existe sumisión a los Tribunales de V., porque la cláusula que tal condición consigna se halla inserta en el Catálogo de géneros y precios que el actor remite a los clientes, y la mencionada cláusula no aparece expresamente aceptada por la demanda, y no existe, por tanto, la concreción y claridad que la jurisprudencia viene exigiendo para conceder eficacia a las manifestaciones de las partes para renunciar a su propio fuero, queda reducida la cuestión a dilucidar

si el lugar de entrega de la mercancía puede en este caso determinar la competencia, y resulta que como aquélla fué facturada en la estación de M. y esta localidad no es parte en la contienda, tampoco puede servir para el fin perseguido, por lo cual ejercitándose una acción personal y descartado de la litis el lugar del cumplimiento de la obligación, habrá de estarse, según reiterada jurisprudencia, al domicilio del demandado, por todo lo cual, a tenor de lo prevenido en la regla primera del art. 62 de la LEC., en relación con el párrafo segundo del art. 1.^o de la Ley de 17 de julio de 1948, procede resolver la competencia planteada a favor del Juzgado Comarcal de H.

SENTENCIA 22 ABRIL 1950

Arrendamientos urbanos—elección de legislación aplicable.

No es posible admitir que las partes puedan, por su voluntad, ni aun de mutuo acuerdo, prescindir de las disposiciones de carácter general, para someterse totalmente y en conjunto a otras especiales.

ANTECEDENTES.—El actor es propietario de un edificio y del garaje que en el mismo se haya instalado, los que tiene arrendados al demandado por un plazo fijado, teniendo pactado asimismo en dicho contrato que las partes contratantes se comprometen a someter las cuestiones que puedan surgir, a juicio de amigables componedores.

Mo ivos.—Primero.—Error de hecho, al declarar el juzgador que se arrendó por el actor al recurrente un local y una industria.

Segundo.—Infracción por inaplicación de los arts. 1.254, 1.255, 1.256 y 1.258 del C. c., y 1, 11 y 70 de la LAU.; y por indebida aplicación, el artículo 1.568 del Código civil.

Tercero.—Error de derecho y hecho e infracción por inaplicación de los artículos 1.252 del C. c., y 1 y 7 de la Ley de arrendamientos urbanos.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso pretende que ha incurrido la Sala sentenciadora en dos errores de hecho, el primero de ellos al decir en el considerando tercero que "al trimestre siguiente de celebrado el contrato de arrendamiento fué cuando se cambió a nombre del arrendatario la contribución, en cumplimiento de la obligación contraída en el contrato", y eso no tuvo lugar hasta el primero de julio del año siguiente, como se acredita con una certificación de la Delegación de Hacienda, pero este error no tiene transcendencia alguna para el fallo, que se funda exclusivamente en que el arrendamiento de autos era de industria y celebrado antes de ese cambio en la contribución, por lo cual resulta que la impugnación va dirigida únicamente contra un error, no del fallo, sino del considerando, lo cual, según constante jurisprudencia, no es lícito.

CONSIDERANDO: Que el segundo error de hecho que alega el mismo motivo es que el demandante y arrendador no era propietario del negocio

al celebrarse el contrato, porque en esa fecha la contribución se pagaba a nombre de un hijo suyo, según aparece del correspondiente recibo, pero este documento, por mucho carácter de autenticidad que se le quiera dar, no tiene, indiscutiblemente, el carácter de título para acreditar la propiedad, y ni siquiera de una prueba fehaciente frente a la declaración de la Sala, basada en el reconocimiento de la propiedad que hizo el arrendatario con el actor en concepto de dueño y recibir de él la cosa arrendada, por lo cual y lo consignado en el considerando anterior, debe ser rechazado el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que no procede la casación pretendida por el segundo de los motivos alegados, pues la sentencia recurrida no infringe los artículos 1.254, 1.256 y 1.258 del C. c., sino que los aplica rectamente al reconocer plena eficacia al contrato de arrendamiento de 2 de mayo de 1924, interpretándolo con todo acierto, y no puede decirse que el actor obra en contra de sus propios actos, como pretende el recurrente, al ejercitarse los derechos que reconoce el C. c. al propietario, porque la carta de 7 de abril de 1947 no es un acto jurídico que produzca el efecto de someter a las partes a una legislación especial, como es la LAU., pues fué sólo una proposición en la que no volvió a insistir el actor firmante de esa carta y a la que no se dió efecto ninguno, pues no se cobró el aumento que proponía, y por el contrario, como declara el considerando sexto de la sentencia recurrida, quedó sin efecto por otra posterior entregada en mano al demandado, y, además, no es posible admitir que las partes puedan por su voluntad, ni aun de mutuo acuerdo, prescindir de las disposiciones de carácter general para someterse totalmente y en conjunto a otras especiales, acto de orden público distinto del convencional de orden puramente privado de establecer en sus convenciones pactos o condiciones especiales y de carácter singular, que es lo único que autoriza el art. 1.255 del mismo C. c., que por esto no puede tenerse por desconocido en la sentencia, y en su consecuencia, es patente que no han sido conculcados en los diversos modos que alega el recurrente los 1.569 y 1.581 del mismo Código, y los 1, 4 y 70 de la Ley de arrendamientos urbanos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 ABRIL 1950

Civil—precario—caracteres.

Verificada una compraventa con pacto de retro, en la que el vendedor podía seguir ocupando y disfrutando las fincas objeto del contrato durante el tiempo en que podía ejercitarse el derecho de retracto contractualmente pactado, es evidente que al quedar consumada la venta por no haberse ejercitado este derecho, quedó el vendedor desprovisto de todo título jurídico para ocupar las referidas fincas, y en situación de precario, no sólo en el concepto que últimamente viene exponiendo con reitera-

ción la doctrina jurisprudencial, sino en el criterio más antiguo, declarado, entre otras, por STS. 1 julio 1903.

Procesal—decurso de casación—infracción de ley: requisitos de los motivos.

Es necesario indicar al formularlos el concepto en que se han efectuado las infracciones que se acusan, pues de otro modo son inadmisibles y, por tanto, ulteriormente rechazables.

Procesal—recurso de casación—impugnación de los considerandos y no del fallo.

Este proceder es ilícito en casación.

Procesal—recurso de casación—por error de derecho en la apreciación de la prueba.

Es obligado citar los preceptos legales en orden a la apreciación de la prueba que hayan sido violados.

Procesal—prueba de presunciones—novación.

Es doctrina jurisprudencial que la novación no se presume nunca, porque debe constar de manera clara y terminante la voluntad de otorgarla.

CONSIDERANDO: Que para llegar a la conclusión que sirve de base al pronunciamiento condenatorio de la resolución recurrida, la Sala de instancia atribuye al demandado la cualidad de precaria, teniendo en cuenta, conforme al resultado de la prueba, que, si bien hasta la escritura de venta de 27 de febrero de 1945, dicho demandado fué el propietario en pleno dominio de las fincas rústicas en cuestión y durante el año que siguió a dicha fecha pudo ocupar y disfrutar las referidas tierras sin pagar renta ni merced en virtud de la cláusula cuarta de aquella escritura que le otorgaba tal beneficio durante el período de tiempo en que podía ejercitarse el derecho de retracto por un año pactado en el mencionado contrato de compraventa, una vez cumplida la condición suspensiva aludida, por no ejercitarse aquel derecho, y, en consecuencia, consumada la compraventa y anotada esta consumación en el Registro de la Propiedad, quedó dicho demandado, ahora recurrente, desprovisto de todo título jurídico que justificase la tenencia y disfrute de los enajenados predios, y sólo en la tolerancia de la compradora y después en la de quienes de ella los adquirieron podía fundarse la permanencia en ellos del demandado, durante el tiempo transcurrido desde el acaecimiento de aquel hecho resolutorio hasta la presentación de la demanda, previo el requerimiento notarial efectuado por los actores en 2 de mayo de 1947, circunstancias todas que constituyen de manera evidente la figura jurídica de precario, no sólo en el concepto que últimamente viene exponiendo con reiteración la doc-

trina jurisprudencial, sino conforme, asimismo, con el criterio más antiguo de esta Sala declarado en la sentencia de 1.º de julio de 1903, entre otras, dictada para igual supuesto de venta con pacto de retro consumada por no retrotraer el vendedor la finca vendida que continuaba ocupando.

CONSIDERANDO: Que el razonamiento de la Sala de instancia anteriormente expuesto y que sirve de fundamento a la sentencia recurrida no resulta impugnado en manera alguna por ninguno de los cuatro motivos en que el recurrente apoya su recurso, con lo que aparece notoria la improcedencia de todos ellos y se hace forzosa su desestimación porque, aparte de que entonces se advierte el defecto procesal de haberse omitido al formularlos el concepto en que se han efectuado las infracciones que se acusan, defecto que por sí solo los hace inadmisibles, y, por consiguiente, en este trámite rechazables, el primer motivo se limita a exponer las condiciones que configuran la tenencia de una cosa en precario, pero—y en esto estriba su falta de pertenencia—desentendiéndose al aplicarlas al presente caso de la situación del ocupante de las fincas al cumplirse el plazo señalado para el retracto sin haber sido ejercitado tal derecho y de la obligación que el demandado tenía contraída en virtud de lo establecido en el 2.º párrafo de la cláusula cuarta del contrato de compraventa de 27 de febrero de 1945 de dejar libres las fincas llegado aquel momento sin necesidad de aviso ni requerimiento alguno, el segundo motivo descansa en el falso supuesto de que la sentencia recurrida atribuye al demandado la cualidad de arrendatario, lo que no aparece en parte alguna de dicha resolución; el tercero, además de que pretende impugnar el contenido de un Considerando de la sentencia de Primera Instancia, procede ya de por sí ilícito en casación, denuncia la comisión de error de derecho, sin citar como es obligado, los preceptos legales referentes a la valoración de la prueba que hayan sido violados, y en el cuarto de ellos se citan como infringidos los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil, referentes a la novación de las obligaciones, enlazándolos con la prueba de presunciones, y como en la sentencia recurrida se declara de modo categórico que no ha sido eficazmente demostrada la realidad de la novación alegada, es indudable que carece de pertinencia la cita de aquellos artículos y menos relacionándolos con el 1.253 del mismo cuerpo legal, que es el normativo del empleo como medio de prueba de las presunciones no establecidas por la Ley, puesto que la doctrina jurisprudencial enseña que la novación no se presume nunca porque debe constar de una manera clara y terminante la voluntad de otorgarla, resultando de lo que queda expuesto la innocuidad de estos cuatro motivos y, como anteriormente se afirma, la procedencia de su desestimación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 ABRIL 1950

Recurso de casación—impugnación de la interpretación dada por la Sala de instancia a un negocio jurídico.

No es lícito ni útil en casación ofrecer una interpretación que oponer a la de la Sala sentenciadora para que sobre ésta prevalezca, sin demostración que evidencie que es equivocada.

Interpretación testamentaria—sustituciones vulgar y fideicomisaria (1).

ANTECEDENTES.—A., catalán, que tenía cuatro hijos, B., C., D., y E., donó al mayor, B., en las capitulaciones matrimoniales de éste, todos sus bienes, instituyéndole heredero en los mismos, con facultad de libre disposición si moría con hijos del matrimonio que se celebraba que hubiesen llegado a la edad de testar, y abdicando su facultad de nombrar nuevo heredero; la esposa de B. falleció poco después sin haber tenido hijos; B. casó de nuevo con F., y tuvo dos hijos: G., varón, sordomudo de nacimiento e incapaz, y H., hembra; B. murió antes que A., y éste, muerto aquél, hizo testamento en que nombraba heredero a su segundo hijo, C., que había casado con F., viuda de su hermano; en dicho testamento, A. nombraba heredero fideicomisario a la muerte de C. a G., si llegaba a ser mayor de edad y capaz; si no era así, a aquel de los hijos varones de C. que éste designase, y si no designaba a ninguno, al mayor; y en defecto de tales hijos varones, a H.; si aquel de tales sustitutos que llegara a ser heredero moría sin hijos o con ellos que no hubiesen llegado a la edad de testar, instituía sucesivamente a los demás hijos e hijas de C., a D. y a E.; finalmente, a continuación de este segundo orden sucesorio, establecía que "si alguno de sus herederos o heredera, instituidos o sustitutos, muriese antes de verificarse la tal institución o sustitución, habiendo dejado uno o más hijos de legítimo matrimonio procreados y aptos y capaces para suceder, quería que los hijos e hijas del tal premuerto entrén en la posesión de los bienes en que en aquel entonces hubiera entrado su padre o madre premuerto, del mismo modo y forma de sustitución que por ellos tenía ordenado y con la misma preferencia de sexo y edad". C. tuvo un hijo varón y dos hembras; G. murió siendo incapaz; I., hijo varón de C., tuvo a su vez un hijo varón y murió después, antes que C.; éste hizo testamento instituyendo heredero al hijo de I., J. Bastantes años después de la muerte de C. H. presentó demanda contra J. pidiendo la herencia de A., por considerar que la cláusula transcrita sólo era aplicable al segundo orden sucesorio establecido, pero no a las primeras sustituciones fideicomisarias a favor de G., e hijo de C. y H., por lo que, habiendo muerto C. sin dejar ningún hijo varón vivo, debía pasar la herencia a H.; fundaba este derecho, en primer término, en las capitulaciones matrimoniales otorgadas con motivo del matrimonio de B., ya que el ulterior testamento de A. debía ser nulo por haber abdicado su derecho a nombrar nuevo heredero, y subsidiariamente alegaba la razón antes dicha; el demandado alegó la prescripción respecto al derecho fundado en las capitulaciones, y respecto al otro, que la citada cláusula era aplicable a todas las instituciones y sustituciones; en ambas instancias se desestimó la demanda; la demandante interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción de ciertos textos de Derecho

(1) A pesar de que en este punto la sentencia no tiene doctrina susceptible de generalización, creemos oportuno incluir los antecedentes y considerando dada la complejidad y relativo interés del caso planteado.

romano y de doctrina legal: en los fideicomisos condicionales el fideicomisario no adquiere derecho hasta la muerte del fiduciario, y, por tanto, ha de sobrevivirle.

2.º Infracción del artículo 675 C. c. y de doctrina legal; la interpretación dada al testamento es equivocada.

CONSIDERANDO: Que fundado el pronunciamiento de la sentencia recurrida, desestimatorio de la demanda, en la prescripción de la acción petitoria ejercitada en ellos, y no combatido en el recurso sino como de pasada por la alegación en uno de sus motivos de no haber transcurrido el término prescriptivo de treinta años fijado por el Usatge Onmes causa a contar desde la muerte del primer instituido, sin que el recurrente citara como infringida con relación a este extremo ninguna disposición legal o de doctrina, ni tampoco lo razonara en derecho, esta omisión, aunque deja subsistente aquel fundamento, carece de eficacia obstativa, en el presente caso litigioso, al examen de las demás cuestiones que discutidas en el juicio se proponen en el recurso, no sólo porque la referida excepción se opuso por los demandados limitándola en su alcance, según lo manifiesta el décimo cuarto de los hechos de su escrito de contestación, al derecho y a la acción que la demandada fundaba en las capitulaciones matrimoniales de 8 de octubre de 1857, por lo que bien se ha de entender que la estimación de la misma en uno de los considerandos de la Sala de intancia, sin que de manera expresa se hiciera declaración sobre ella en el fallo, no era aplicable a la acción subsidiariamente ejercitada, para el caso de que a las peticiones derivadas de los expresados capítulos matrimoniales no se diera lugar, en virtud del ordenamiento sucesorio establecido en testamento que otorgó el causante de la sucesión el 27 de febrero de 1869, sino porque propuestas reconveniamente por los demandados las mismas cuestiones como fundamentos para su derecho excluyente del que invocaba la actora, fueron debatidas y resueltas en el fallo recurrido con pronunciamientos estimatorios del de aquél y, consiguientemente, dese timatorios del de ésta, razón sobrada para que necesariamente se hayan de examinar tales pronunciamientos en su relación con los motivos que para combatirlos formula el recurso.

CONSIDERANDO: Que discutida esta cláusula (1) por las partes en sentido interpretativo, como determinante, según el que cada una de ellas la daba, de su fundamental invocación del derecho a suceder en los bienes reclamados por A., entendiendo la demandante H., en discordancia con el demandado, que por la premoratoria a aquel causante de I. había quedado instituida heredera con preferencia al demandado reconveniente J., hijo varón dejado por el premuerto dicho, sin que para ellos fuese aplicable la prevención ordenada en último término por el testador, la Sala de instancia, en función interpretativa de la cláusula debatida, estimó, fundamentalmente para su fallo, que conforme a ella entró J. en la posesión de los bienes hereditarios del causante, de modo que su padre hubiera entrado al no haber premuerto al suyo, por ser la voluntad del

(1) La transcrita en los antecedentes

testador que su caudal siguiera, mientras fuese posible, en la línea masculina, sin que conforme a la misma sólo en el momento de morir el padre adquiriese derecho el hijo, de tal manera que no fuera posible el paso de la herencia de las manos del abuelo a las del nieto, criterio interpretativo que se ha de tener por acertado, porque los términos de marcada generalidad de la cláusula que ha sido objeto de controversia no autorizan, sin que concurra la evidencia de que otra distinta fué la voluntad del testador, a desligarla de cuantas la preceden, constituyendo un todo expresivo de aquella voluntad y con el que guarda relación y enlace de la señalada manera que manifiesta el referirse la cláusula, no ya sólo a los herederos instituidos para el caso de que los que lo eran primeramente no pudieran serlo por no concurrir en ellos las circunstancias que condicionaban su institución, sino a cuantos estaban designados con la precisa e inequívoca frase de a "sus herederos o heredera—esto es, a H.—, única hembra instituida nominalmente en este concepto entre los designados primeramente —o sustitutos, que muriesen antes de verificarse su institución o sustitución—.

CONSIDERANDO: Que lo que se acaba de consignar hace desestimables los dos motivos del recurso, ambos acogidos al número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en los que a vueltas de hacer cita de numerosos textos del Digesto, cuyo contenido no relacionan, y de diferentes sentencias de esta Sala, que, lo mismo que aquéllos, sólo podrían ser aplicables al caso debatido si lo en ellos declarado para otros distintos fuera conciliable con lo querido y dispuesto por el causante de la sucesión, se afirman principios y doctrina que no han sido desconocidos por la Sala de instancia, puesto que ha llegado a su fallo con fundamento en la voluntad del testador, que es ley suprema no contrariable por tales principios y doctrinas, determinada con uso de su facultad de interpretar el testamento conforme a las cláusulas y disposiciones que lo integran y observancia de las mismas normas de interpretación que, sin aducir cuál de ellas ha sido infringida, señalan los propios recurrentes como aplicables para conseguirlo, *por lo que éstos no hacen, en definitiva, sino ofrecer, sin que les sea lícito ni útil en casación, una interpretación que oponer a la de la Sala sentenciadora para que sobre ésta, que antes se ha estimado acertada, prevalezca, sin demostración que evidencie que es equivocada.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 ABRIL 1950

Civil—carácter de la norma contenida en art. 1º del Código civil.

Es harto notorio, conforme a reiterada doctrina, que el precitado artículo es de orden público, de rigurosa observancia para los Tribunales y litigantes, aunque éstos consientan su transgresión.

CONSIDERANDO: Que la modificación establecida en el art. 178 de la

Ley de Arrendamientos Urbanos, por el 170 de la de 21 de abril de 1941, sustituyendo el recurso de injusticia notoria por el de apelación en ambos efectos, ante la Audiencia Territorial respectiva, no entró en vigor hasta los veinte días de la publicación de la antedicha Ley; y, por lo tanto, es incuestionable que, durante el plazo de la *vacatio legis*, contra las sentencias dictadas por los Jueces de primera instancia, sólo era dable preparar el recurso de injusticia notoria, y aplicar, a los en tal período anunciados, las prevenciones establecidas en la Disposición Transitoria segunda del mencionado ordenamiento legal.

CONSIDERANDO: Que como el recurrente, sin atenerse a lo previsto en tales normas, interpuso el recurso de apelación, que fué admitido por el Juez, y consentido por la parte contraria, al estimar el Tribunal de instancia mal interpuesto e indebidamente admitido aquél, y declarar, en consecuencia, firme la resolución apelada, lejos de incidir en la injusticia que se le atribuye, interpretó y aplicó ajustadamente las disposiciones que, como infringidas, se citan en el recurso, conforme a lo preceptuado en el art. 408 de la LEC.—aplicable subsidiariamente a este procedimiento—por ser harto notorio, conforme a reiterada doctrina de esta Sala que el precitado artículo es de orden público, de rigurosa observancia para los Tribunales y litigantes, aunque éstos consientan su transgresión.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 MAYO 1950

Enriquecimiento sin causa.

Calificaciones jurídicas—su impugnación en casación.

La determinación de si un contratante lo ha sido como dueño del objeto del contrato, como representante o como intermediario, no es cuestión de hecho, sino que exige una calificación jurídica, cuyo error, si alguno hubiera en ella, no puede alegarse como motivo de casación por apreciación errónea de la prueba.

ANTECEDENTES.—Durante la Guerra de Liberación, el Ministerio de Agricultura marxista incautó cierto depósito de abonos propiedad de la entidad demandante, adjudicándoselo después al demandado en ciertas condiciones, sin que éste haya acreditado haber pagado su importe; la entidad demandante reclamó dicho importe, alegando la existencia de un enriquecimiento injusto; en primera instancia se desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó dicho pronunciamiento, condenando al demandado a pagar parte de la cantidad reclamada. Se interpuso por dicho demandado recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción de los arts. 1.257 y 1.089 C. c.: la sentencia recurrida no estima la existencia de cuasi contrato, y si la de una relación entre ambos litigantes, infringiendo el principio de relatividad de los contratos.

2.º Infracción del art. 349 C. c. y del principio "la cosa donde quiera que esté clama por su dueño": la sentencia estima una acción reivindicatoria no ejercitada y además improcedente, ya que en todo caso la reclamación procedería contra el Ministerio de Agricultura.

3.º Error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que, erróneamente, se considera al Ministerio intermediario entre demandante y demandado.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida ni considera sea el origen de la obligación a cuyo pago condena a don S. F., el contrato por el que éste trató de adquirir, del que no podía transmitírselo, el nitrato de cal propiedad de la Compañía demandante, ni niega que tal origen sea el quasi contrato, puesto que estima el enriquecimiento sin causa de don S. F. como calificación "más indicada" del origen de la obligación a cuyo pago le condena, por lo que faltan los dos supuestos sobre los que se apoya el primer motivo del recurso, por violación del artículo 1.257, en relación con el 1.689, ambos del Código civil, y, en consecuencia, es improcedente por dicho motivo.

CONSIDERANDO: Que en la sentencia recurrida no se aplica el artículo 349 del Código civil "como decisivo del fallo", como se supone en el número segundo del recurso, para fundar éste, sino que únicamente le invoca para señalar que en la incautación del nitrato de cal propiedad de la demandante faltó la obligada indemnización, según el citado precepto legal, caso de expropiación forzosa, invocando, en relación con tal falta, el principio según el cual "debe darse a cada uno lo suyo", sin necesidad, para pedirlo, de expresar la clase de acción que se ejercite (artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil), de lo que resulta la improcedencia del recurso por su segundo motivo.

CONSIDERANDO: Que *la determinación de si un contratante lo ha sido como dueño del objeto del contrato, como representante o intermediario, no es cuestión de hecho, sino que exige una calificación jurídica, cuyo error, si alguno hubiera en ella, no puede alegarse como motivo de casación por apreciación errónea de la prueba, sin fundamento en ningún número del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, omisión en que incurre el motivo tercero del recurso, improcedente por tal razón.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 4 MAYO 1950

Intereses de demora—en caso de reclamación de cantidad ilíquida.

No se deben intereses de demora cuando la cantidad reclamada es ilíquida, como sucede cuando no se reclama cantidad determinada, sino que meramente se dan las bases para su determinación por el juzgador.

SENTENCIA 4 MAYO 1950

Culpa extracontractual—concurrencia de culpas.

Es presupuesto de los arts. 1.902 y 1.903 C. c. que la causa del daño sea la culpa o negligencia de una persona distinta de quien lo sufrió.

Solidaridad procesal de demandados—efectos si apela sólo uno de ellos.

La apelación interpuesta por uno de los demandados puede beneficiar al otro, no apelante, si hay solidaridad procesal establecida por ejercitarse conjuntamente contra los dos demandados la misma acción nacida del mismo hecho, colocándolos en la misma situación procesal, invocando los mismos fundamentos y apoyando la pretensión en alegaciones que hacen idéntica la condición de los dos demandados y el resultado a que se aspira en relación con el título que se invoca.

Recurso de casación—necesidad de especificar los motivos.

No basta que se haga la cita de varios números del art. 1.692 L. E. C., sin especificar qué motivos son los fundados en ellos.

ANTECEDENTES.—Al cruzarse dos autobuses en ruta, la demandante, que iba en uno de ellos, se causó lesiones en un brazo; perseguido criminalmente el chófer, fué absuelto; la lesionada demandó al chófer, y subsidiariamente al dueño y gerente de la empresa de autobuses, alegando que la lesión se debió a no llevar el autobús freno de mano; el gerente alegó que la causa fué la culpa de la lesionada que llevaba el brazo fuera de la ventanilla; en primera instancia se estimó la demanda; apeló sólo el gerente (el chófer no había comparecido), y la Audiencia revocó la sentencia; la demandante interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción de la doctrina legal que distingue tajantemente la responsabilidad penal de la civil.

2.º Inaplicación del art. 1.902 C. c.

3.º Idem del art. 1.903 C. c.

4.º Incongruencia, por modificarse la sentencia de primera instancia en favor del chófer, que no había apelado.

5.º Concesión de más de lo pedido, por la misma razón.

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora sienta en el considerando dos de su sentencia como hecho base de la declaración la falta de culpa civil por parte de los demandados, y consiguiente absolución, que no se hubieran producido las lesiones de la actora de no llevar su brazo apoyado en la ventanilla del ómnibus avarzando más o menos su mano al exterior, con lo cual estima que esta es la causa eficiente de las lesiones producidas y, por tanto, no tiene objeto para el recurso la impugnación que contiene el motivo primero, con acertada doctrina, de las referencias que hace la sentencia recurrida a la absolutoria de la causa criminal, que se fundó en que el conductor y la Empresa habían observado las prescripciones legales y normas de prudencia adecuadas, a lo que no atiende la

recurrida porque estima que lo mismo fuera prudente que aventureada la maniobra del conductor al cruzarse tangencial o próximo con el otro coche, la causa de las lesiones está en la colocación del brazo por la lesionada en forma que es forzoso calificar de imprudente, rebasando la línea exterior del vehículo, por lo cual tampoco son de estimar los motivos segundo y tercero que citan como infringidos los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, pues *es presupuesto de éstos que la causa del daño sea la culpa o negligencia de una persona distinta de quien lo sufrió.*

CONSIDERANDO: A mayor abundamiento que en ninguno de estos tres motivos se menciona en cuál de los números del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se amparan, como es indispensable para tener por cumplido el artículo 1.720 de esa Ley procesal, *no bastando, según reiterada jurisprudencia de esta Sala que se haga la cita de varios números de éste sin especificar qué motivos son los fundados en ellos.*

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida no incide en la incongruencia ni concesión de más de lo pedido que pretenden los motivos cuarto y quinto del recurso, pues al mantener éstos que la apelación interpuesta por uno de los demandados no puede beneficiar al otro, olvida que si bien no hay entre éstos solidaridad civil para el cumplimiento de la supuesta obligación que se reclama en este pleito y la acción que reconoce el artículo 1.903 del Código civil no es subsidiaria de la que establece el anterior, *sí hay solidaridad procesal establecida por ejercitarse conjuntamente contra los dos demandados la misma acción nacida del mismo hecho, colocándolos en la misma situación procesal, invocando los mismos fundamentos y apoyando la pretensión en alegaciones que hacen idéntica la condición de los dos demandados y el resultado a que se aspira en relación con el título que se invoca*, y, por tanto, la declaración que hace el Tribunal para absolver, de que la causa del daño reside únicamente en acto de la lesionada, tiene que alcanzar a todos los demandados, según doctrina de 23 de abril de 1942, pues falta toda base para deducir responsabilidad de ambos por ese hecho, no siendo aplicable a este caso la sentencia de 9 de mayo de 1914 que cita el recurrente, porque no se refiere a un caso de solidaridad procesal como el presente, sino de distintas peticiones de una sola parte.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 4 MAYO 1950

Negocio fiduciario—acción del fiduciante contra quienes contrataron con el fiduciario.

De acuerdo con las normas que gobiernan el negocio fiduciario, y también por aplicación del art. 1.717 C. c., el mandante o fiduciante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario o fiduciario, en nombre propio, ha contratado, sin perjuicio de la acción de resarcimien-

to que contra éste le asista por infidelidad en el cumplimiento de lo convenido.

Compraventa—desproporción entre el precio y el valor de la cosa—repercusión en la eficacia del contrato.

La circunstancia de que el precio señalado en la escritura no guarde proporción cuantitativa con el verdadero valor de la finca vendida podría determinar la rescisión por lesión enormísima, a instancia del vendedor, si el contrato se celebró en lugar donde ésta rija, pero no la inexistencia por simulación, si consta la existencia del precio.

Rescisión por fraude de acreedores—requisitos.

Se exige la demostración de que el comprador y el vendedor se han confabulado para defraudar a los acreedores de éste.

ANTECEDENTES.—Resultan de los Considerandos.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción de los arts. 1.709 y 1.710 C. c., y de doctrina legal.

2.º Infracción de los arts. 1.261, 1.270 y 1.445 C. c.: no resulta acreditada la existencia de los elementos esenciales de la compraventa.

3.º Error en la apreciación de la prueba: la simulación se prueba, entre otras razones, por la desproporción entre el precio y el valor de la finca, y por haber satisfecho el vendedor, después de la venta, la deuda garantizada con hipoteca que gravaba la finca.

4.º Infracción de los arts. 1.291, núm. 3.º, 1.294, 1.297, párr. 1.º C. c. y 33 L. H. de 1909.

CONSIDERANDO: Que ejercitada en estos autos la acción de nulidad por simulación absoluta y, en su defecto, la de rescisión por fraude en la venta de una finca llevada a efecto por escritura pública de 1º de agosto de 1942, la causa de pedir invocada por el actor, surge principalmente del hecho, de que el vendedor, Sr. M., había recibido dinero del demandante para que le comprara la finca, autorizando a aquél para que de momento la adquiriese a su propio nombre, por dificultades que existían para la adquisición en nombre del actor, al cual había de ser transmitida más tarde; pero el Sr. M., incumpliendo el encargo, había comprado la finca para él por escritura pública de 27 de octubre de 1941 y después la había vendido como propia al otro demandado, Sr. R., por la citada escritura de 1.º de agosto de 1942, y así resulta que entre el actor y el Sr. M. había existido el vínculo jurídico manante del contrato de mandato, en el que la nota de confianza que lo inspira fué elevada en grado superlativo, dando matiz de negocio fiduciario al mandato.

CONSIDERANDO: Que de acuerdo con las normas que gobiernan el negocio fiduciario y también por aplicación del art. 1.717 del Código civil, el actor como mandante o como fiduciario no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario o fiduciario, en nombre propio, ha contratado, sin perjuicio de la acción de resarcimiento que contra éste le asista

por la alegada infidelidad en el cumplimiento de lo convenido, aparte de que, aun en el supuesto de que el actor consiguiese en este pleito la declaración de nulidad de la venta hecha por el Sr. M. al Sr. R., se mantendría válida la compra anterior realizada por el Sr. M., ya que no se ha solicitado su ineficacia, sin que el actor pudiese obtener en estos autos la finalidad que indudablemente persigue de llegar a ser dueño de la finca en litigio, aunque no cabe negar que si prosperase su pretensión de nulidad o rescisión de la venta realizada por el mandatario, se situaría en condiciones de actuar después contra éste, como dueño de la finca y por lo tanto solvente, para alcanzar el cumplimiento del alegado mandato o la efectividad del crédito que contra él surgiese.

CONSIDERANDO: Que, independientemente de este aspecto de la acción ejercitada que pudiera llevar a la estimación del primer motivo del recurso, en el sentido de que frente a uno de los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida, el actor está activamente legitimado en estos autos en razón a que tiene interés en la impugnación de la venta hecha al Sr. R, por el perjuicio que en ella se le haya irrogado, lo fundamental en el pleito y en el recurso es si la referida venta fué simulada o es rescindible por fraude cometido contra el demandante, que es lo pedido únicamente en la demanda, y a este respecto es de tener en cuenta, por lo que se refiere a la pretensión de nulidad por simulación de la causa de la compraventa que el actor apoyó su petición en el hecho de que la venta fué sólo aparente, careciendo en realidad de causa, porque el precio figurado en la escritura no se acreditó que hubiera sido entregado y, en todo caso, resultaría muy inferior al valor verdadero de la finca; pero es lo cierto que la Sala sentenciadora, apreciando el contenido de la escritura de venta, juntamente con la información testifical practicada, estimó probado que había mediado realmente precio, y este hecho no es objeto de adecuada impugnación en el recurso, pues la vía del número séptimo del art. 1.692 de Ley procesal, que sería la indicada a tal efecto, sólo se utiliza en el motivo tercero en términos que resulta inoperante, puesto que tiende a demostrar únicamente que la escritura de venta se hizo constar que la finca se transmitió libre de cargas, siendo así que estaba gravada con una hipoteca, lo que no trasciende de modo directo y eficaz el problema de la existencia del precio cierto, y por otra parte, *la circunstancia de que el precio señalado en la escritura no guarda proporción cuantitativa con el verdadero valor de la finca vendida, podría determinar la rescisión por la lesión enormísima, o instancias del vendedor, no de tercero, si el contrato se hubiera llevado a efecto en lugar en que impera el principio "tantum vale res quantum vendi potest", pero no puede servir de base, si es cierta la existencia del precio, para una pretensión de nulidad absoluta por simulación, que requiere carencia excesiva de alguno o algunos de los elementos esenciales del contrato—en el caso de autos la falta o falsedad de la causa—con ánimo de aparentar un contrato que no se ha querido realmente celebrar.*

CONSIDERANDO: Que *la acción rescisoria de una compraventa por fraude de acreedores a que se refiere el número tercero del art. 1.291*

del Código civil no pude prostrar sin la demostración, entre otros requisitos, de que el comprador y el vendedor se han confabulado para defraudar a los acreedores de éste, según doctrina jurisprudencial muy reiterada y según estatuye también el art. 37 de la Ley Hipotecaria con relación a terceros compradores que hayan inscrito su derecho, y como en la sentencia recurrida se estima que no hay en autos prueba alguna de que, en todo caso, el comprador R., fuese cómplice en el fraude y esta apreciación probatoria no es impugnada en el recurso en la forma que la Ley lo exige, a ella es preciso atenerse para mantener el pronunciamiento recurrido que desestima la rescisión solicitada.

CONSIDERANDO: A mayor abundamiento en pro del fallo recurrido que el comprador demandado, adquirente de la finca por transmisión que de ella le hizo a título oneroso quien la tenía inscrita en el registro, sin constancia en él de causa alguna determinante del ejercicio de acciones rescisorias con la buena fe de que es presumible en quien compra sin la denunciada confabulación con el vendedor e inscribe su derecho, está amparado por el art. 34 de la Ley Hipotecaria que torna invulnerable en principio la adquisición del derecho inscrito, frente a posible anulación o resolución del derecho con que haya actuado el transmitente; por lo que en definitiva resulta indudable que si el actor fué víctima del proceder torticero del demandado-vendedor, Sr. M., podrá ejercitarse contra él las acciones personales que derivan de la fiducia o del mandato que entre ellos haya mediado, pero no tiene acción frente a tercero para obtener la declaración de nulidad por simulación, ni la rescisión por fraude de una venta realmente efectuada y sin complicidad del comprador en el hipotético fraude, por lo que procede la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 4 MAYO 1950

Precario—ámbito del concepto en relación con el juicio de desahucio.

No sólo es precarista el que utiliza la posesión de un inmueble sin pagar merced y sin título alguno, sino también el que invoca un título ineficaz para enervar el dominical que ostenta quien ejerce la acción de desahucio.

Legitimación registral—en relación a la posesión.

El art. 38 L. H. extiende la presunción legitimadora de la propiedad a la posesión, o sea, que inviste al que tiene inscrito un derecho a su nombre de la posesión del mismo.

ANTECEDENTES.—Se trataba de un juicio de desahucio en precario respecto de una finca rústica; el demandado alegó haberla adquirido por dación en pago de su anterior titular, y, subsidiariamente, alegó la pres-

cripción adquisitiva; en ambas instancias se estimó la demanda; se interpuso recurso de casación por el demandado.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción de los arts. 1.564 y 1.565, número 3.º L. E. C., y de doctrina legal; la complejidad de las cuestiones planteadas excede del ámbito del juicio de desahucio.

2.º Infracción del art. 32 L. H. y del 447 C. c.: por la misma razón.

3.º Incongruencia, al no resolverse expresamente sobre las excepciones opuestas por el demandado

4.º El fallo otorga más de lo pedido, pues resuelve implícitamente sobre la cuestión de dominio.

CONSIDERANDO: Que, como declaró esta Sala en sus sentencias de 5 de julio de 1945, 26 de junio de 1947 y 20 de octubre de 1949, no sólo es *precarista el que utiliza la posesión del inmueble sin pagar merced y sin título alguno, sino también el que invoca un título ineficaz para enervar el dominical que ostenta quien ejercita la acción de desahucio*, y si se tiene en cuenta, con relación al caso presente, que el demandado alegó en instancia haber adquirido el predio por vía de dación en pago e invocó subsidiariamente la prescripción adquisitiva extraordinaria, aparece que inscrito en el Registro de la Propiedad el dominio de la finca a favor de la entidad actora, carecen en absoluto de eficacia tales alegaciones porque, como también estableció esta Sala en sentencia de 13 de octubre de 1942, no sería lícito a pretexto de un supuesto estado de derecho desprovisto de adecuado título, remitir a un juicio declarativo al demandante que acredita en el desahucio los requisitos exigidos para obtener la protección de la Ley; y debiendo tenerse en cuenta, por otra parte, que según afirma el Tribunal de instancia, sin impugnación en el recurso, el demandado recurrente reconoció en un juicio anterior que la finca le había sido cedida en explotación por el propietario, declaración ésta que se halla en manifiesta pugna con su postura procesal en el presente litigio.

CONSIDERANDO: Que las razones apuntadas conducen a la desestimación de los motivos primero y segundo del recurso, en los que se alega que la complejidad de las cuestiones planteadas en el pleito, la circunstancias de que el fallo recurrido apoye sus pronunciamientos, entre otros preceptos, en los arts. 32 de la Ley Hipotecaria y 447 del Código civil, y el hecho de que el Tribunal de instancia haya examinado el problema de si el título del demandado podría perjudicar a tercero, impiden decidir en un juicio de desahucio aquellas cuestiones, motivos los indicados desprovistos de eficacia por que, además de lo que queda indicado y aparte también de que el recurso de casación se dá contra el fallo, no contra los Considerandos, es de recordar que, como también declaró esta Sala en Sentencia de 20 de octubre de 1949, el art. 38 de la Ley Hipotecaria extiende la presunción legitimadora de la propiedad a la posesión, o sea que inviste al que tiene inscrito un derecho a su nombre de la posesión del mismo (posesión civilísima).

CONSIDERANDO: Que en los motivos tercero y cuarto del recurso se estime respectivamente que el juzgador de instancia no hace declara-

ción sobre la existencia de la prescripción adquisitiva del dominio opuesta por el demandado, y que al no hacerla, debe entenderse que el fallo otorga más de lo pedido, atribuyendo dicho dominio al actor, a pesar de que éste no solicitó tal declaración, alegaciones que no caben en manera alguna sean acogidas porque, de una parte y como igualmente estableció la sentencia de 18 de febrero de 1941, siempre que se estima la acción, se entienden por el mismo hecho desestimadas las excepciones del demandado y, por otra parte, porque con arreglo a reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial, no cabe decidir en el juicio de desahucio cuestiones sobre el derecho de dominio, siendo preciso atenerse en todo caso al estado posesorio y a la naturaleza de las relaciones jurídicas que existen entre los interesados, siguiéndose como consecuencia de lo expuesto la desestimación de los indicados motivos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 MAYO 1950

Simulación caracteres.

Existe simulación cuando la declaración de un contratante no responde a su intención, y esa divergencia entre la declaración y la voluntad es conocida de la parte a la que va dirigida, que a su vez declara, con conocimiento del primero, lo que no quiere.

ANTECEDENTES.—Se otorgó entre la actora y el demandado una escritura simulada de compraventa, que tuvo por causa originaria evitar que fueran embargados ciertos bienes; conviniéndose en documentos privados, que esta compraventa se hacía por pocos días; posteriormente al estallar el Movimiento Nacional, no se pudo volver a su estado las cosas, oponiéndose más tarde el demandado, por haber surgido desavenencias familiares. El Juzgado de primera instancia estimó la demanda, obligando a la actora a abonar al demandado la cantidad que decía haber recibido por esta compraventa simulada. La A., en apelación, condenó al demandado a la devolución de los bienes, sin percibir cantidad alguna.

MOTIVOS.—**Primero.**—Error de derecho en la apreciación de las pruebas, infringiéndose el art. 1.253 del Código civil.

Segundo.—Error de hecho en la apreciación de las pruebas, resultante de documentos o actos auténticos.

Tercero.—Violación del artículo 1.277 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que cuando la declaración de un contratante no responde a su intención y esa divergencia entre la declaración y la voluntad es conocida de la parte a la que va dirigida, que a su vez declara, con conocimiento del primero, lo que no quiere, no puede atribuirse a tales declaraciones valor jurídico de ninguna especie, y es lo que constituye la simulación, cuya estimación por cualquier medio de prueba autorizado por la ley no prohíbe el artículo 1.218 del Código civil, respecto a las declaraciones hechas en documento público.

CONSIDERANDO: Que la confesión extrajudicial, cual es la hecha ante notario, de haber recibido un precio es considerada por la ley (art. 1.239 del Código civil) como un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales, según las reglas establecidas sobre la prueba, y así, la hecha en la sentencia recurrida, conforme a esas reglas, como se ha expuesto para estimar el primer motivo del recurso, no puede tacharse de errónea por su comparación con el documento en el que precisamente consta la declaración y confesión simuladas, y que, pese a su carácter de auténtico para demostrar que se hicieron ante el Notario autorizante, le ha perdido para acreditar la certeza de las declaraciones y confesión de los otorgantes, lo que impide dar lugar al recurso por su segundo motivo.

CONSIDERANDO: Que la declaración de inexistencia de la causa en el contrato en cuestión se hace en la sentencia recurrida como consecuencia de la apreciación de elementos de juicio sobre los hechos aportados al pleito por la demandante, lo que resulta, sin necesidad de expresarlo así (*expresión no exigida por la ley*), de la comparación entre los considerandos y los resultandos de la propia sentencia, que no ha infringido por ello el artículo 1.277 del Código civil, siendo, por lo tanto, también improcedente el recurso por su tercer motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 MAYO 1950

Procesal—competencia—acciones personales—lugar de cumplimiento.

La norma jurisprudencial que presume entregada la mercancía en el establecimiento mercantil del vendedor, cede ante la constancia de que una parte del género radicaba ya en el lugar del domicilio del comprador, y allí se verificó su entrega real.

CONSIDERANDO: Que los términos de la carta del actor acompañada a la demanda con el número cuatro pone de manifiesto que una parte del muestrario de zapatillas, objeto de la compra-venta mercantil en litigio, se hallaba en S., donde tiene su domicilio el comprador-demandado, y en donde le fué entregada dicha parte del muestrario por el representante en aquella ciudad del vendedor, el cual desde su domicilio en C. remitió al comprador la acción personal encaminada al cobro de la mercancía, sin que exista sumisión expresa, ni tácita, ni lugar designado por las partes para el cumplimiento de la obligación reclamada, la norma jurisprudencial, que presume entregada la mercancía en el establecimiento mercantil del vendedor, ceda en casos como el de autos, en que una parte del género vendido no fué enviado desde aquel establecimiento al comprador, sino que al tiempo del contrato estaba ya en S., y allí se efectuó la entrega real de la misma, por lo que ante la duplicidad de lugares de entrega real de una parte del género y de entrega ficta de la parte restan-

te y complementaria remitida desde C., proceda decidir la competencia en favor del Juzgado de S., domicilio del demandado, por exclusión de las normas preferentes, pero inaplicables al caso debatido, que señala el art. 62, regla primera de la LEC., prescindiendo de que con posterioridad al contrato, en el que nada se estipuló sobre forma de pago, el vendedor haya expedido letras de cambio para la efectividad del precio y el comprador haya ofrecido pagarlas mediante transferencia, porque estos hechos no tienen en el presente caso la significación jurídica de que se ha designado o es presumible el lugar de cumplimiento de la obligación.

SENTENCIA 8 MAYO 1950

Subarriendo—recurso de injusticia notoria—legitimación procesal—prórroga forzosa—necesidad del arrendatario de ocupar la finca subarrendada—Indemnización—costas.

CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso, basado en la falta de acción del demandante, porque según los recibos de la renta percibida por razón del subarriendo, cuya resolución se pretende por el demandante, aparece como subarrendador la Sociedad "T. y Y.", siendo así que la demanda se formula a nombre personal de J. Y., que firma los aludidos recibos, debe ser desestimado, porque *no siendo suficiente asegurar la existencia de una Sociedad propiamente dicha por la mera consignación de un nombre comercial en dichos recibos, y debiendo a lo sumo suponerse que se trata de una Sociedad irregular o comunidad, no puede menos de reconocerse que el demandante, uno de los asociados o condueño en su caso, se halla asistido del derecho de ejercitare la acción resolutoria del contrato, por tratarse de un acto de administración, en relación con el art. 1.564 de la LEC y la reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre la materia.*

CONSIDERANDO: Que, partiendo de la base de la aplicación al caso debatido de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de que se parte, tanto en la sentencia como en el recurso, *no puede menos de estimarse el error claramente sufrido por la sentencia de instancia al hacer aplicación al punto controvertido de los arts. 76 y 90 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, basándose en argumentos de analogía que no pueden ampararse en el art. 13 de la misma, porque cuando hay una Ley de terminante aplicación, no es lícito acudir a otras normas legales, por similar que parezca la situación afectada, y con vista del art. 152, que regula las causas de resolución del contrato de subarriendo. es evidente que la invocada—necesidad del arrendador de ocupar la finca arrendada—no se halla incluido en el mencionado precepto, puesto que el mismo hace referencia a las causas quinta a novena del art. 149, y como la décima, que dice relación a las excepciones de la prórroga forzosa, no está comprendida en la referencia del art. 152 al 149, es visto que esta causa no es aplicable al contrato de subarriendo.*

CONSIDERANDO: Que a mayor abundamiento hay que proclamar que por regla general *no se da la prórroga forzosa en dicho contrato, y así se infiere del apartado A), número tercero, del mismo artículo 152, según el cual son causas de resolución del contrato el vencimiento del plazo por el que se concertó el subarriendo, salvo lo dispuesto en los artículos 20 y 21, lo que excluye la prórroga forzosa en estos contratos.*

CONSIDERANDO: Que aun cuando sobre la base que se indica pudiera ser factible al subarrendador dar por terminado el contrato conforme a la causa tercera del artículo 152, es lo cierto que ni la resolución se ha pedido por tal motivo, ni consta el plazo contractual, razones que impiden entrar en el examen de tal cuestión.

CONSIDERANDO: Que *lo referente a la indemnización, aparte de tratarse de cuestión nueva, pues no aparece alegada en la contestación a la demanda, carece de interés en este recurso al negarse la prórroga legal y, por lo tanto, su excepción.*

CONSIDERANDO: Que por iguales razones no procede ocuparse del último motivo del recurso referente a la apreciación que hace el Tribunal de la necesidad del subarrendador.

CONSIDERANDO: Que aun cuando la cuestión suscitada en el presente juicio refiriéndose a un subarriendo anterior, al parecer, a 1.^º de octubre de 1946 pudiera haber sido planteada por el actor en relación con la disposición transitoria segunda de la Ley, es lo cierto que, aparte de no serlo bajo tal aspecto, sería preciso para resolver sobre la cuestión de la subsistencia del subarriendo a que la misma se refiere la intervención del propietario de la finca, que no ha sido demandado en el pleito.

CONSIDERANDO: Que conforme al artículo 161, letra C), de la Ley especial puede imponerse al actor las costas de la primera instancia, pero no las de la apelación y las de este recurso, ya que su posición se ha limitado a defender la sentencia ganada en aquélla.

SENTENCIA 8 MAYO 1950

Precontrato—distinción del contrato principal.

Cualquiera que sea la extensión que, dentro de la libertad contractual autorizada por el C. c., pueda darse al precontrato, como encaminada a contraer obligaciones preliminares de un contrato futuro, no es dable confundirla con el contrato principal que la convención preparatoria pretende llevar a cabo.

MOTIVOS.—1.^º Error en la apreciación de la prueba, al estimar que hubo un precontrato preliminar para la celebración del traspaso.

2.^º Infracción por falta de aplicación del art. 149, núm. 3.^º, de la L. A. U.

CONSIDERANDO: Que así demostrado el error de la Sala al apreciar la prueba y justificado que los pactos contraídos por los demandados consti-

tuyeron una clara cesión del negocio comercial que explotaba el señor V. y, consiguientemente, de los locales que a tal fin tenía arrendados, es claro que la sentencia impugnada ha incidido en la infracción del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, invocada en el motivo segundo; ya que, por lo expuesto, no es dable afirmar, como sostiene la sentencia recurrida, que lo pactado fué un precontrato, si se tiene en cuenta que cualquiera que sea la extensión que, dentro de la libertad contractual autorizada por los artículos 1.088 y 1.255 del Código civil, pueda darse a tal figura jurídica, como encaminada a contraer obligaciones preliminares de un contrato futuro, no es dable confundirla con el contrato principal que la convención preparatoria pretende llevar a cabo; y la realidad contractual, en el supuesto de autos, según se infiere de la prueba documental obrante en ellos, fué un traspaso perfeccionado y consumado, siquiera, por causas no reveladas por los contratantes, se dejaren sin efecto mucho tiempo después de comenzar su ejecución.

CONSIDERANDO: Que, por todo lo dicho, procede estimar los dos motivos del recurso, anular la sentencia recurrida y recoger la acción resolutoria en que se funda la demanda, a tenor de lo preceptuado en el párrafo primero, en relación con la causa tercera, del artículo 149 de la Ley precitada.

CONSIDERANDO: Que en este caso procede imponer a los demandados las costas de primera instancia, conforme a lo estatuido en el artículo 166 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al rechazarse totalmente sus procedimientos, sin que proceda hacer mención especial de los correspondientes a la apelación, y a este recurso, a tenor de lo prevenido en los artículos 171 y 174 del referido ordenamiento legal.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 10 MAYO 1950

Procesal—recurso de casación—error en la interpretación de contrato: cauce.

Es doctrina reiterada que es necesario amparar el recurso en el número 7.º del art. 1.692 LEC., a menos que la interpretación no se basc en elementos de hecho tenidos en cuenta a tal fin por el juzgador, y dependa tan sólo del contrato mismo, en relación con las normas contenidas en los arts. 1.281-1.289 C. c., en cuyo caso debe ampararse el recurso en el núm. 1.º del precitado artículo de la LEC.

Civil—desahucio—plazo para el ejercicio de la acción establecida por el art. 1.566 C. c.

Constituye doctrina que el citado precepto no limita el ejercicio de la acción de desahucio a los quince días en él señalados, si precedió el requerimiento, pues en este supuesto permanece la acción viva y eficaz, a

menos que actos posteriores revelen la voluntad de los contratantes encaminada a la prórroga del arriendo.

Procesal—recurso de casación—ámbito—condena en costas.

Como es notorio, este recurso no procede contra la condena en costas cuando ésta no envuelve transgresión de precepto legal.

CONSIDERANDO: Que es doctrina reiterada de esta Sala que para combatir la interpretación de los contratos, como facultad privativa de los Tribunales de instancia, hay que amparar el recurso en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal, a menos que la interpretación no se base en elementos de hecho, tenidos en cuenta a tal fin por el juzgador, y dependa tan sólo del contrato mismo, en relación con las normas dictadas por los artículos 1.281 al 1.289 del Código civil, en cuyo caso cabe someter a la censura de la casación el criterio jurídico desacertado del fallo recurrido por el cauce del número primero del mencionado artículo 1.692.

CONSIDERANDO: Que reducida la cuestión primordial de la litis a determinar si el contrato de arrendamiento litigioso lo fué de industria o local de negocio, al declarar la Sala sentenciadora, en vista de las pruebas practicadas, que lo arrendado fué una empresa mercantil, con todos los elementos integrantes para su existencia, que los arrendatarios continuaron explotando, tal como se hallaba establecida, ininterrumpidamente desde más de treinta años, y sin modificación en su funcionamiento, es llano que para que el motivo primero pudiera prosperar, conforme a la doctrina citada, sería preciso haberlo amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal; y como aunque es cierto que se intentó en él evidenciar el error de hecho en la apreciación de las pruebas, analizando diversos elementos de las mismas, como el motivo se fundó sólo en el número primero de la citada norma, procede su desestimación.

CONSIDERANDO: Que es también jurisprudencia de esta Sala que el artículo 1.566 del Código civil no limita el ejercicio de la acción de desahucio al término de los quince días en él señalados, si procedió el requerimiento; porque, en tal supuesto, aquella permanecía viva y eficaz, a menos que actos posteriores revelen la voluntad de los contratantes encaminada a la prórroga del arriendo; pero como quiera que tales actos implican una renuncia del propósito contrario, ya evidenciado por el acto de requerimiento, para que éste quede sin efecto por aquellos es inexcusable que consten, como toda renuncia de derechos, de modo claro e inequívoco, y como el Tribunal de instancia no atribuye tal alcance al hecho de haberse cobrado una mensualidad, finado el contrato, frente a la negativa de los arrendadores a percibir las restantes, estimando, por el contrario, que ello pudo ser debido a suponer que el arrendador tiene derecho a la renta en tanto no se cese en el disfrute de la cosa arrendada, no atacada tal presunción en forma eficaz, procede también la desestimación del motivo segundo, fundado en la infracción de los artículos 1.566 y 1.581 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que el *recurso de casación, como es notorio, no se da respecto de la condena en costas cuando ésta no envuelve una transgresión de precepto legal*, y, consiguientemente, como el fallo recurrido no ha cometido ninguna al imponer a los desahuciados las costas de primera instancia, por ser preceptivas, según lo prevenido en el artículo 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y no hacer mención especial de las del recurso, es visto que careciendo en absoluto de fundamento el motivo tercero debe asimismo ser desestimado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 MAYO 1956

Acto de conciliación no conseguida—eficacia probatoria.

Ni a las actas de conciliación no conseguidas asiste para la casación la calidad de documentos o actos auténticos, ni las alegaciones en ellas de los interesados tienen eficacia probatoria que impida desvirtuarlas en un posterior pleito.

Ley vigente de Arrendamientos Urbanos—efecto retroactivo.

El supuesto que establece la Disposición transitoria 14.^a de dicha Ley como excluyente de la aplicación de lo que la 16.^a ordena, para todos los procedimientos no terminados por sentencia firme y ejecutoria, no abarca los casos en que la relación arrendaticia no ha quedado extinguida definitivamente.

ANTECEDENCIAS.—El actor ocupaba, al parecer con consentimiento del propietario, un local arrendado por éste a otra persona; vendida la casa, el nuevo dueño decidió reconstruirla y demandó de desahucio al citado ocupante; éste se allanó, mediante la firma de un convenio en cuya virtud el dueño se obligaba a arrendarle un local análogo en el nuevo edificio reconstruido; terminado éste, fué ofrecido el local, a una renta muy superior a la que pagaba el antiguo; el antiguo ocupante entabló demanda solicitando se condenara al dueño a arrendarle el local a un precio no superior al determinado por el art. 8 del Decreto de 21 de enero de 1936; la discusión versó en gran parte sobre si el actor había sido subarrendatario o precarista; en primera instancia se estimó la demanda; apelada la sentencia, la Audiencia, ya promulgada la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, se reconoció carente de jurisdicción, y dió plazo a las partes para acomodar sus pretensiones a las normas procesales de la nueva Ley; contra esta resolución interpuso el demandado recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Resultan con claridad de los Considerandos.

CONSIDERANDO: Que afirmada por la Sala sentenciadora, como apreciación fundamental de su falta de jurisdicción para conocer de las peticiones formuladas en el pleito, la existencia de relaciones de carácter arrendaticio entre el actor don J. A., y los demandados y recurrentes

don V. P. G. y doña M. R. V., y reconocido por éstos que "todo el problema debatido se constituía por la calificación que se diera a la posesión que tuvo aquél de lo bajos del inmueble derribado"—al que se refería la demanda—"de manera que, si la adquirió a título de subarriendo, la sentencia recurrida estaría ajustada a derecho", tienden los dos primeros motivos del recurso, amparándose en el número séptimo del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a demostrar que se había incurrido en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas al desconocer que la posesión aludida lo fué en precario, citando como documento auténtico del que resultaba el primero de tales errores el acta de la conciliación sin avenencia que precedió a la demanda de desahucio instado por los propios recurrentes y en la que constaba que el demandado en él, y actor en el actual juicio, alegó que era precarista, y en lo referente al error de derecho el art. 1.225 en relación con el 1.218 del Código civil, en el concepto de infringidos; pero ninguno de estos motivos puede prosperar, porque además de que *ni a las actas de conciliación no conseguida asiste para la casación, según reiteradamente ha declarado esta Sala, la calidad de documentos o actos auténticos, ni las alegaciones en ellas de los interesados tienen eficacia probatoria que impida desvirtuarlas en un posterior pleito*, la Sala de instancia formó su juicio por el conjunto de las pruebas, no impugnable con la base en un solo de sus elementos y en el análisis de los demás, que los recurrentes hacen con su particular criterio.

CONSIDERANDO: Que también se ha de desestimar el tercer motivo, fundado en el número sexto del art. 1.692 de la Ley Procesal y en el que, apartándose los recurrentes de la base de hecho fijada en los anteriores, se acusa a la Sala de instancia de haber infringido al no haber entrado a conocer del fondo del asunto, las disposiciones transitorias décimasexta, por aplicación indebida, y décimocuarta, por implicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1846, en su texto articulado, aduciendo para esta alegación, que, si se estima que el demandante recurrido había sido subarrendatario, como desalojó el local antes de la vigencia de aquella Ley no podía serle la misma aplicable bajo ningún aspecto, por impedirlo la segunda de las disposiciones transitorias citadas, mas *el supuesto que ésta establece como excluyente de la aplicación de lo que la décimasexta ordena, para todos los procedimientos no terminados por sentencia firme y ejecutoria, no abarca los casos en los que la relación arrendaticia no ha quedado extinguida definitivamente, lo que no acontece cuando el ocupante del local arrendado se presta a desalojarlo mediante acuerdo con el propietario arrendador de que una vez reconstruido lo volvería a ocupar con arreglo a las condiciones para ello estipuladas*, de lo que ha de seguirse que la sentencia recurrida no ha infringido ninguna de las disposiciones que en el motivo se citan.

CONSIDERANDO: Que de estimables, por lo que va expresado, los motivos precedentes, queda el cuarto de provisto de base y de posibilidad de estimación, por cuanto las infracciones que señala se refieren a la naturaleza y contenido del contrato privado de 5 de diciembre de 1944, pretendiéndose por los recurrentes, con vuelta a su tesis, ya desestimada,

de la inexistencia de la relación arrendaticia, afirmada por el Tribunal "a que", que el derecho configurado en aquel contrato a favor del actor es de tanteo con libertad de los recurrentes para fijar el precio de arriendo, y como estas cuestiones afectan al fondo del asunto, la incompetencia de jurisdicción, fundamental del fallo recurrido, impide su examen.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 MAYO 1950

Civil—arrendamientos—interpretación del artículo 4.^o, párrafo 1.^o, de la Ley de 9 de junio de 1939: aplicabilidad a las personas jurídicas.

Basta que cualquier arrendatario o subarrendatario se hallare comprendido en alguno de los supuestos referidos en el mencionado precepto, para que la protección legal a aquellos dispensada les sea aplicable, ya sean personas físicas o jurídicas, pues si bien estas últimas no pueden sufrir, por su falta de corporeidad, el mismo riesgo en su persona que las físicas, si lo pueden experimentar en sus bienes, y verse también violentamente privadas de su disfrute a través de sus órganos representativos, por lo que es aplicable a las mismas este precepto que intenta—basado en razones de justicia y equidad—compensar los daños causados a quienes se hallaron en los supuestos que regula.

CONSIDERANDO: Que el párrafo 1.^o del artículo 4.^o de la Ley de 9 de junio de 1939 exime del pago de rentas o alquileres, sin distinción alguna, a los arrendatarios o subarrendatarios que, en los territorios o localidades sujetos a la dominación roja, tuvieron que abandonar sus viviendas o locales por alguna de las causas legítimas que en él se enumeran; es decir, que *basta que cualquier arrendatario o subarrendatario se hallase comprendido en alguno de los supuestos referidos, para que la protección legal a aquellos dispensada les sea aplicable, ya sean personas físicas o jurídicas*.

CONSIDERANDO: Que, esto sentado, como el Tribunal de instancia, en el ejercicio de sus peculiares facultades para apreciar la prueba, declara, sin impugnación en el recurso, que la Compañía T. se vió obligada, durante el período a que se contrae la reclamación, a abandonar por la violencia el local arrendado, del cual se incautó un Comité marxista, es claro que, lejos de incidir aquél en las infracciones legales que se aducen en el único motivo del recurso, interpretó con recto sentido jurídico la norma precitada, porque para la formación de su criterio se ajustó el juzgador, no sólo a la claridad literal del texto, en perfecta adecuación con el espíritu de la Ley, sino a los hechos determinantes del beneficio de exención indicado.

CONSIDERANDO: Que para mantener este criterio, con preferencia al del recurrente, basta tener en cuenta que los supuestos establecidos en el

*precepto que se supone erróneamente interpretado, no se refieren exclusivamente a las personas naturales, sino que, alguno de ellos, protege por igual a las personas jurídicas; que la cita de los artículos 173 y 174 del Código civil, al efecto de impugnar la falsa interpretación por el juzgador del principio de derecho *Ubi lex non distinguit, nec nos distingueremus*, carece en absoluto de fundamento legal, a menos de olvidar que aquellos preceptos no precisan para su aplicación hacer distingo alguno, por ser notorio que los derechos de familia no asisten a las personas jurídicas, por lo mismo que para su ejercicio es condición inexcusable la individualidad; que si bien estas entidades morales, por su falta de corporeidad, no pueden sufrir en su persona el mismo riesgo que las físicas, si lo pueden experimentar en sus bienes, y verse también violentamente privadas de su disfrute, a través de sus órganos representativos, y que si el motivo de otorgarse el beneficio de la exención de pagos de alquileres no fué otro que el de compensar, por razones de justicia y equidad, los daños causados a quienes se hallaron en tales supuestos, afirmada en el fallo recurrido la realidad de éstos, en lo que se refiere a la Compañía demandada, no es dable al recurrente contrariar tal aseveración sin haber siquiera intentado combatirla en forma adecuada y eficaz; procediendo, por ello, desestimar el único motivo articulado, y, consiguientemente, declarar no haber lugar al recurso.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 MAYO 1950

Procesal—desahucio por precario—ámbito de este proceso: falta de identificación de la finca.

Envuelve una cuestión de propiedad que por su naturaleza y complejidad es impropia de este juicio, toda vez que ha hecho por lo menos dudosa la condición de precaristas de los demandados.

Procesal—recurso de casación—documento auténtico—valor como tal de las certificaciones de inscripción.

Constituyen documentos auténticos a efectos del recurso de casación.

CONSIDERANDO: Que la parte actúa en concepto de dueña de una casa señalada con el número 4 de la plaza de la V., del pueblo de Santa María de B., y en justificación de ello ha aportado certificación del Registro de la propiedad de S. acreditativa de estar a su nombre la inscripción 90 de la finca 824 al folio 134 del tomo 1.085 del Archivo y 39 de B., finca inscrita a favor de dicha actora a título de adjudicación en pago como heredera de su esposo, don J. M. C., y en mérito de la adjudicación de la escritura de protocolización de las operaciones particionales de dicha herencia, otorgada en M. a 12 de julio de 1941, alegándose en la demanda que los demandados ocupan dicha finca sin título alguno y sin satisfacer

precio, alquiler o merced, o sea, a precario, por lo que solicita se dé lugar al desahucio de los demandados de la finca ocupada por ellos en la plaza de la V., número 4, del pueblo de Santa María de B.

CONSIDERANDO: Que a tal pretensión se han opuesto los demandados alegando que la casa número 4 de dicha plaza de la V., en que aquéllos vivian, aparecía inscrita a nombre de persona distinta de la actora, y en justificación de ello se ha aportado certificación del mismo Registro de 16 de noviembre de 1946 acreditativa de la inscripción a favor de don L. F. G., en el folio 200, tomo 880 del Archivo y 38 del Ayuntamiento de B., de la finca número 889, señalada con el número 4 de la plaza de P. M. de dicho pueblo.

CONSIDERANDO: Que ante el contraste de las alegaciones de una y otra parte y de las certificaciones respectivamente aportadas se ha suscitado la cuestión de si se trata de una misma finca con dualidad de inscripciones o de inscripciones referentes a dos fincas distintas, y con respecto a este extremo, fundamental para la resolución del litigio, ha de basarse el juicio que se forme en un examen comparativo de ambas certificaciones, y de éste resulta que la finca a que la actora se refiere lleva en el Registro el número 824, mientras que la certificación aportada por los demandados habla de la finca número 889; que en el primero de dichos documentos aparece que la inscripción se encuentra al folio 34, tomo 1.085 del Archivo y 39 de B., y el segundo se remite al folio 200, tomo 880 del Archivo y 33 de B.; que la finca a que el primero se refiere, tal como se describe en su inscripción primitiva, media por su frente 10 metros de ancho y tenía una superficie de 250 metros cuadrados, mientras que la finca descrita en el segundo documento tiene cinco metros en su línea del frente y 125 metros cuadrados de superficie; ni coinciden tampoco por completo los linderos, puesto que la una confronta por la parte Oeste con finca del señor F., y la otra con plaza de L., siendo de advertir, además, que de ser el número 4 el de la casa sólo hay constancia en la certificación presentada por los demandados, y que son distintos los antecedentes y modo de adquisición a que se refieren una y otra certificación.

CONSIDERANDO: Que las discrepancias observadas, dados su número y calidad, no pueden explicarse por simples inadvertencias o errores materiales en la inscripción de una misma finca y *hay que entender, por el contrario, lógicamente, que tales inscripciones, que contienen datos tan contradictorios entre sí, se refieren a fincas distintas*, por lo cual debe ser estimado el primer motivo del recurso, que denuncia error de hecho y de derecho en la apreciación que ha hecho de la prueba la Sala sentenciadora, toda vez que *al apreciar dualidad de inscripciones de una misma finca contradice lo que consta en dichas certificaciones, que tienen carácter de documentos auténticos, y desconoce el valor probatorio que a ellos debe darse según los artículos 445, 446 y 448 del Código civil, invocados como infringidos en dicho motivo*.

CONSIDERANDO: Que faltando la identificación de la finca, extremo que la prueba testifical practicada no resuelve, queda improbadado el fundamento de la pretensión deducida por la actora y pendiente una cuestión de

propiedad que por su naturaleza y la complejidad con que se presenta no puede resolverse en este juicio de desahucio, toda vez que se ha hecho por lo menos dudosa la condición de precaristas atribuida a los demandados.

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora entiende que la excepción opuesta por los demandados y recurrentes de estar la finca que ocupan inscrita en el Registro a nombre de persona que no es la actora no puede ser estimado, porque, no figurando en autos esa persona que se dice ser propietaria, la resolución que sobre esto se dictara se haría en contra o en favor de quien por no ser parte en el juicio no había sido oída en el mismo, pero tal obstáculo procesal no ha debido llevar a la estimación de la demanda pronunciada por la Sala sentenciadora dando lugar al desahucio, sino más bien a la solución contraria, toda vez que no dando lugar al desahucio quedan a salvo, sin ninguna duda, los derechos de terceros posibles propietarios, pues es una cuestión de propiedad impropiaria de este juicio sumario lo que impide acceder a la pretensión deducida por la actora.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 22 MAYO 1950

Retracto troncal en Vizcaya—ejercicio de la acción—en caso de adjudicación en el procedimiento judicial sumario regulado en la Ley Hipotecaria.

La acción ha de dirigirse contra todos los interesados—ejecutante, ejecutado y adjudicatario—, sin que obste el que con alguno de ellos haya habido acuerdo previo en acto de conciliación, tratándose de cuantía superior a la señalada en el art. 476 L. E. C.

Recurso de casación—cuestiones nuevas.

No pueden ser tratadas en casación

Recurso de casación—motivos: error de Derecho en la apreciación de la prueba.

Es necesario que se cite el precepto relativo a la apreciación de la prueba infringido por el juzgador.

ANTECEDENTES.—El caso jurídico planteado queda perfectamente expuesto en el primer Considerando; sólo es preciso añadir que en acto de conciliación celebrado, con posterioridad a la adjudicación, entre la demandante retrayente y su padre, que era el deudor hipotecario ejecutado, éste se avino a la nulidad de la adjudicación; sólo fué demandado el adjudicatario; en ambas instancias se desestimó la demanda; la demandante interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción del art. 12, párr. 2.º, C. c., en

relación con el tít. 17 del Fuero de Vizcaya, así como de la Ley 13, título VII, y de la Ley 3.^a, tít. 36 del mismo Fuero, y de doctrina legal.

2.^a Infracción del art. 7, párr. 2.^a de la L. H. de 1909.
 3.^a Infracción de los arts. 1.265, 1.266, 1.272 y 2 C. c.
 4.^a Infracción de los arts. 1.137 y 1.141 C. c.: existía solidaridad entre los distintos interesados.

5.^a Error de Derecho en la apreciación de la prueba, por no estimarse que el acto de conciliación supuso un allanamiento a la demanda.

CONSIDERANDO: Que absuelto el demandado por entender la Sala de Instancia que la cuestión planteada es la litis, nulidad de la adjudicación de una finca en procedimiento judicial sumario, regulado por art. 131 de la Ley Hipotecaria vigente al iniciarla, porque la venta no fué anunciada en la forma prevenida en la Ley primera, título 17 del Fuero de Vizcaya, con el fin de que los profincos tronqueros del ejecutado pudieran "sacar" dicha finca, no puede ser discutida y resuelta sin la intervención en el proceso no sólo del adquirente de la misma, sino del ejecutante y del ejecutado, es evidente que no cabe hablar propiamente, como se hace en los motivos del recurso a excepción del cuarto, de infracción por la sentencia recurrida de las disposiciones, tanto del Fuero, como del Código civil y de la Ley Hipotecaria y de la Procesal civil que se citan por referirse tales preceptos a la cuestión de fondo que, de prosperar el cuarto motivo, único que al problema tratado en la sentencia se refiere, habrá de ser examinada, en su caso, en la segunda sentencia, por lo que los citados motivos no pueden ser estimables, sino en tanto este Tribunal entienda que procede conocer del fondo de la casación.

CONSIDERANDO: Que además, y por lo que afecta al tema planteado en el motivo tercero, la nulidad del contrato de préstamo hipotecario que sirvió de base al procedimiento judicial sumario, es esta sin género de dudas una cuestión nueva, no discutida en el pleito y que no podría ser tratada en casación a virtud de reiterada jurisprudencia de esta Sala, por lo que también es inadmisible el citado motivo.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede estimarse el motivo 5.^a donde se califica de error de derecho con invocación del número sexto del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la apreciación hecha por la Sala del alcance del acto conciliatorio en el que el ejecutado manifestó su conformidad con la demanda, porque para apreciar el error de derecho sería preciso que se citara el precepto relativo a la valoración de la prueba, infringido por el Juzgador; pero en realidad lo que se trata de combatir es si la conformidad del demandado en el acto de conciliación tiene o no el valor de un allanamiento a la demanda, y buena prueba de ello es que cita el art. 476 de la Ley de Enjuiciamiento civil; pero este extremo debería en todo caso haber sido materia de un motivo amparado en distinto número del referido artículo.

CONSIDERANDO: Que el recurrente en el motivo cuarto del recurso ataca la sentencia del Tribunal "a quo" porque ésta estima necesario para decidir sobre la petición de nulidad de la adjudicación planteada que hubieran sido demandados juntamente con el comprador de la finca el acreedor ejecutante y el ejecutado, fundándose para ello en el principio general de de-

recho, sancionado por este Tribunal, entre otras sentencias de 18 de octubre de 1898, 8 de julio de 1902, 13 de junio de 1928 y singularmente 2 de febrero de 1929, según el cual nadie puede ser condenado sin ser oido y vencido en juicio, y basa su impugnación en los arts. 1.137 y 1.141 del Código civil definidor el primero del concepto de las obligaciones solidarias, y el segundo de los cuales proclama el principio de que las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos; pero al verificarlo así desconoce que la demanda no arranca de la existencia de una obligación de tal especie, ni los preceptos indicados se citan para nada en ella, sino que formula sencillamente la petición de la nulidad de una adjudicación, cuya resolución afecta por modo evidente a varias personas, sin género de duda al adquirente de la finca a cuya venta se pretende quede sin efecto; pero también el acreedor hipotecario que habría de devolver el precio percibido en pago de su crédito si la demanda de nulidad prosperara y el deudor ejecutado que vería reconocer el crédito contaría él como consecuencia de la anulación de la venta y por ello, *tratándose de un caso de litis consorcio necesario en el que por la naturaleza de la relación jurídico-material que en el proceso se actúa los litigantes están unidos de tal modo que a todos afecta la resolución que en él pueda dictarse, es absolutamente indispensable no sólo en evitación de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto si el demandante pudiera dirigirse por separado contra cada uno de dichos interesados, sino para que no se consume la injusticia de condenar a una persona sin ser oída, que la demanda se dirija contra todos los interesados en la decisión que ha de dictarse*, aparte de que resultaría prácticamente inútil la sentencia que recayera por referirse a personas que hubieran de ser condenadas a la realización de actos diferentes, como consecuencia de la nulidad si llegara a decretarse, por lo cual es evidente la procedencia de la desestimación del cuarto motivo del recurso que es en rigor el único que atañe a la cuestión resuelta por la Audiencia.

CONSIDERANDO: Que además, y respecto del deudor ejecutado la conformidad de éste con lo pretendido en el acto conciliatorio no es en modo alguno sinónima del allanamiento a la demanda, de suerte que releva al actor del deber de demandarle, porque lo que establece el art. 476 de la Ley de Enjuiciamiento civil antes citado es que cuando el interés de lo convenido en acto de conciliación no exceda de la cuantía atribuida al conocimiento de los Jueces municipales se llevará a efecto por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal; pero si lo convenido excede de dicha cuantía, como en el caso de autos, lo acordado por los conciliados tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne; pero esto no produce la consecuencia de que el obligado a cumplir no deba ser demandado ante los Tribunales porque a nadie es lícito tomarse la justicia por sí y porque a lo convenido puede oponerse la excepción de nulidad en el juicio declarativo correspondiente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 MAYO 1950

Civil—herencia: contenido.

Comprende, además de bienes materiales, derechos, acciones y aun obligaciones que no pueden en múltiples ocasiones valorarse económicamente.

Civil—heredero legítimario—origen de su título—contenido.

No pueden considerarse fundidos en una unidad indivisible la persona del causante y el patrimonio material y espiritual que a su fallecimiento posea, y como la cualidad legal subjetiva de heredero forzoso tiene su raíz y trae su origen de la persona y no de la entidad patrimonial, no es admisible la teoría de que lo mismo el reconocimiento que el ejercicio de tal derecho hayan de ser enervados y perder su eficacia cuando no exista, por la causa que sea, acervo de bienes materiales sobre el cual deban hacerse efectivas las normas legales reguladoras de la sucesión.

Civil—preterición de hijo natural—efectos.

Produce los mismos que si se tratara de un heredero forzoso perteneciente a la familia legítima, porque—aparte de la natural del viudo o viuda—el art. 814 del C. c. no hace excepciones, procediendo así anular la institución.

Procesal—recurso de casación—cuestiones nuevas.

No pueden ser licitamente planteadas en el seno de este recurso.

CONSIDERANDO: Que el nervio de la argumentación que emplea el recurrente para sostener el primer motivo del recurso, consecuente con la postura que mantuvo durante el pleito, consiste en atribuir a la herencia exclusivamente un contenido patrimonial o económico, para deducir que, habiendo quedado demostrado por la decisión judicial que aprobó el inventario de los bienes relictos por el causante y subsiguiente rendición de las cuentas con que aparecían liquidadas las deudas de aquél, que no quedaba remanente alguno de bienes constitutivos de la herencia, no debía ser estimada la acción del demandante, que, en síntesis, lo que reclamaba era la porción de herencia que como legítimario le correspondía, pero aun reconociendo con el recurrente que si bien en su realidad más generalizada la herencia se considera como un acervo de bienes materiales que por serlo revisten fundamentalmente carácter económico; que atendiendo dicho aspecto el legítimario aparece en nuestro sistema legal como titular de un derecho sobre un valor económico dinerario (*para valoris bonorum*), ya que en cuantas ocasiones es aludido en nuestra Ley sustantiva lo es con referencia a la porción de bienes que le son atribuibles, y, asimismo, que las figuras de hijo legítimo y de hijo natural reconocido, declarados

ambos herederos forzados en el artículo 807 del Código civil, se hallan diferenciados por acusados matices, tanto en la forma de ser admitidos en la herencia como en el *quantum* de su porción legítima y parte de aquella de donde ha de sacarse dicha porción, de manera que no pueden ser exactamente identificados en su condición jurídica, lo cierto es que la herencia comprende en su concepto legal, y de ahí la prescripción del artículo 659 de nuestra Ley sustantiva civil, además de bienes materiales, derechos, acciones y aun obligaciones que no pueden en múltiples ocasiones valorarse económicamente y que el heredero forzoso, aunque sea en concepto de hijo natural reconocido, aparece ante la herencia constituida en la forma dicha con un derecho subjetivo que le otorga la ley que podrá o no ser satisfecho *in actu*, según existan o no al deferirse la herencia, bienes con que hacerlo, pero que persiste en potencia en él mientras ostente aquella cualidad legal con proyección sobre todo cuanto en presente, pasado o futuro provenga de la persona de quien trae causa, y sin entrar en las cuestiones doctrinales a que el recurrente se refiere, es notorio que no pueden considerarse fundidos en una unidad indivisible la persona del causante y el patrimonio material y espiritual que a su fallecimiento posea, sino que son conceptos y entidades bien separadas, y como la dicha cualidad legal subjetiva de heredero forzoso tiene su raíz y trae su origen de la persona y no de la entidad patrimonial, no es admisible la teoría de que lo mismo el reconocimiento que el ejercicio de tal derecho hayan de ser enervados y perder su eficacia cuando no exista, por la causa que sea, acervo de bienes materiales sobre el cual deban hacerse efectivas las normas legales reguladoras de la sucesión.

CONSIDERANDO: Que la redacción clara y expresiva del artículo 814 del Código civil, fórmula actual en nuestra legislación de la evolución de la antigua norma reguladora de la preterición del heredero en la sucesión testamentaria, obedece, sin duda alguna, a los principios que anteriormente quedan expuestos, cuando establece que la preterición de alguno o de todos los herederos forzados en la línea recta, con la singular excepción del viudo o viuda, justificada por no hallarse comprendidos en dicha línea sucesoria, anulará la institución de heredero, es decir, la disposición testamentaria que afecta a la parte personal de la sucesión *mortis causa*, en la que el testador se halla constreñido por la naturaleza al par que por la Ley, pero no tendrá igual efecto sobre las mandas o mejoras, esto es, sobre lo que el testador disponga con referencia a su patrimonio material, salvo la tacha de inoficiosidad legal, y como el precepto aludido, aparte de la excepción concretamente señalada del viudo o viuda, no hace distinción alguna entre los demás herederos forzados consignados como tales en el artículo 807 del Código, es obligado concluir que la Sala de instancia, al aplicar la norma del citado artículo 814 del Código civil al caso presente, anulando la institución de heredero universal de la demandada consignada en el testamento ológrafo de 21 de enero de 1931, otorgado en M., por don C. P. y L. de T., en razón a haberse preferido en el mismo al demandante, hijo natural reconocido del testador, no ha cometido infracción alguna de dicho precepto legal, interpretándose con acier-

to, como igualmente los demás artículos del ordenamiento sustantivo civil que se señalan en el primer motivo del recurso, que, por lo tanto, debe ser desestimado, no siendo tampoco de tener en cuenta las alegaciones que hace el recurrente sobre la validez y firmeza de la resolución judicial que aprobó el inventario de los bienes del causante y las cuentas de liquidación de los mismos, formulada uno y otras por la demandada exclusivamente, porque, tramitado el procedimiento originario de aquella resolución judicial como acto de jurisdicción voluntaria con las características de unilateralidad que le son propias, no tuvo en aquél intervención alguna el actor, ni podía procesalmente tenerla, ya que se trataba de la ejecución de una disposición testamentaria en la que aparecía en absoluto desconocida su existencia, de igual manera no le estaba permitida, para el ejercicio de la acción esgrimida, como insinúa el recurrente, la utilización, por vía analógica, de la norma contenida en el artículo 1.080 del Código civil, porque además de tratarse de supuesto distinto, faltaba la base de una partición legalmente practicada.

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo, al que el recurrente atribuye el carácter de subsidiario, se plantea el problema de que por ser tan acusada la diferencia de derechos entre una hija legítima, que ostenta sobre la herencia, además de su condición de hija legítima del testador, la de haber sido por éste instituida heredera universal, y un hijo natural reconocido, la preterición de éste en el testamento no puede anular la institución de heredera de la primera, sino nada más en la medida en que es causa directa para la instituida y de privación para el preterido, esto es, en el *quantum* de la legítima del último, porque en todo caso la cuota perteneciente al hijo natural habría de sacarse del tercio de libre disposición, y para ello no precisaba alterar la situación de la heredera universal legítima, y cita el recurrente, en apoyo de su tesis, tres sentencias de este Supremo Tribunal cuya doctrina considera infringida por su no aplicación, además de la interpretación errónea del artículo 814 del Código civil; pero, aparte de que *este aspecto de la cuestión no fué planteado ni debatido en el pleito y aparece como cuestión nueva en el recurso, incurriendo por ello en la ilicitud que tiene declarada la jurisprudencia para esta conducta procesal*, la pretensión del recurrente resulta paradójica frente a su sostenida afirmación de la inexistencia de bienes en la herencia, circunstancia que originaría, de subsistir dicha inexistencia, que la resolución que contuviera tal pronunciamiento habría de ser inútil y de imposible ejecución, y, además, la doctrina contenida en las tres sentencias que el recurrente cita es en absoluto inaplicable al caso presente, porque en las tres consta declarada la existencia de bienes hereditarios, supuesto distinto al del pleito presente, tratándose en el primer litigio (sentencia de 26 de enero de 1895) de un caso de complemento de legítima; en el segundo (sentencia de 2 de julio de 1904), de un testamento sin institución de heredero, en ejecución por los albaceas, al comparecer las hijas naturales reconocidas reclamando su correspondiente cuota legitimaria, y en el tercero (sentencia de 11 de mayo de 1909), el preterido limitó su demanda a pedir la nulidad de la institución de heredero únicamente en

cuanto afectase a lo que por su legítima le correspondía, por lo cual se estimó que sólo procedía la rectificación en la cantidad pertinente de las particiones de la herencia ya efectuadas (influjo del artículo 1.080 del Código); resultando de lo expuesto que el Tribunal *a quo* obró correctamente al no hacer aplicación de la doctrina jurisprudencial mencionada al presente caso, y como queda consignado al examinarse el primer motivo, interpretó con acierto el artículo 814 del Código civil, por lo cual, tanto por el defecto procesal apuntado como por las razones últimamente consignadas, procede desestimar este segundo y último motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 MAYO 1950

Patente de invención—nulidad—impugnación.

La anulación de la solicitud de patente por vicios de la misma, no es la anulación de la patente.

No hay identidad de patentes cuando se refieren a productos para cuya obtención se señalan materias primas, en gran parte diferentes, y procedimientos distintos.

ANTECEDENTES.—Véase el considerando primero.

MOTIVOS.—1) Fundado en el número 1.^o del artículo 1.692 por infracción del número 1.^o del artículo 115 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929, texto refundido.

2) Fundado en el mismo texto por inaplicación del número 6.^o del artículo 115 del citado Estatuto.

3) Fundado en el mismo texto por interpretación errónea de las sentencias de 18 de febrero de 1886, 17 de diciembre de 1896, 28 de mayo de 1900 y 4 de junio de 1943.

4) Fundado en el número 7.^o del artículo 1.692.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida contiene, entre otras, las declaraciones siguientes:

A) El actor afirma que la patente número 167.061 es nula por carecer de novedad y no ha probado su afirmación.

B) Sostiene también el actor que el procedimiento declarado en la patente dicha había sido consignado en otra registrada anteriormente, a petición de la demandada con el número 164.442, afirmando que esta anterior fué anulada, y tampoco aparece prueba alguna de que hubiese llegado a registrarse tal patente, y sí que, por no haberse subsanado los defectos de la instancia, se anuló la solicitud que a aquélla se refería, sin que la repetida patente hubiese llegado a concederse.

C) Afirmado igualmente por el actor que el procedimiento técnico de la patente número 167.061 es de dominio público, no se ha demostrado este extremo, como tampoco el de que la fórmula de procedimiento contenida en ella sea conocida y usada en España.

D) En la memoria que sirvió de base a la concesión de la patente objeto de impugnación aparecen todas las notas exigidas por el Estatuto de la Propiedad Industrial.

CONSIDERANDO: Que si bien en el motivo primero del recurso se acusa, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, la infracción del artículo 115, número primero, de dicho Estatuto, en relación con otros preceptos del mismo Ordenamiento, es lo cierto que en dicho motivo se limita el recurrente a hacer, con arreglo a su personal criterio, un examen de diversos particulares de las tres patentes a que se refiere—la 156.730, la 164.442 y la 167.061—para sentar la conclusión de que falta novedad en las reivindicaciones de esta última, que es la objeto de debate, pero sin combatir en adecuada forma las declaraciones que la Sala de instancia sienta como resultado de su apreciación de la prueba, y claro es que si, con arreglo a las mismas, la patente número 164.442 no llegó a ser concedida y lo anulado fué—en aplicación del artículo 105 del Estatuto de la Propiedad Industrial—la solicitud en que se pretendía su concesión, a causa de los defectos de esta solicitud, desaparece la base del motivo segundo del recurso, en el cual, partiendo del supuesto inexacto de que lo anulado fué la patente, se denuncia la infracción del número sexto del artículo 115 del repetido Estatuto, infracción que, por tanto, no es de apreciar en el fallo; y al no poder apreciarse la misma, es inaplicable al caso controvertido el artículo 49, número sexto, de aquél, invocado por el recurrente, debiendo advertirse, además, frente a las alegaciones del citado motivo, que el hecho de instar la concesión de una patente describiendo las características de lo que se reivindica no cabe estimarlo como publicación de un procedimiento que autorice la libre utilización de éste por todo el que pretenda realizarla, siguiéndose, como consecuencia de lo expuesto, la desestimación de los indicados motivos primero y segundo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el tercero de los mismos, apoyado también en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia la infracción por interpretación errónea de la doctrina legal establecida en diversas sentencias de esta Sala, afirmando dicho motivo que por estar reconocido que las patentes concedidas en las condiciones de la impugnada contienen un vicio sustancial de forma en la solicitud inicial del expediente que las hace anulables, es innecesario comentar las sentencias a que el motivo alude, y añadiendo que al denegar la nulidad de la patente ahora objeto de impugnación incurre el fallo en error de hecho en la apreciación de la prueba, motivo el indicado que tampoco puede prosperar, porque ni concreta cuál pueda ser el error interpretativo de la jurisprudencia en que el fallo haya incidido ni combate, como sería preciso, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal, las declaraciones del Tribunal sentenciador, a las que antes se ha hecho referencia ni señala tampoco documento auténtico alguno que demuestre la equivocación del juzgador de instancia al apreciar la prueba; y si bien el motivo cuarto, que igualmente aduce la existencia de error de hecho en la apreciación de la misma, se funda en el número séptimo

del citado artículo 1.692 y señala como documento auténtico la patente número 156.730, concedida a la entidad "L" y caducada posteriormente, también es manifiesto que no puede estimarse la existencia del pretendido error porque tal patente 156.730 se refiere a un producto para cuya obtención se señalaban materias primas en su mayor parte diferentes y procedimientos distintos de los relacionados en la que lleva el número 167.061, objeto del litigio, pudiendo apreciarse la diversidad entre ambas patentes aún sin poseer conocimientos técnicos y por el simple cotejo de una y otra, razones las indicadas que imponen la desestimación del motivo cuarto del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 MAYO 1950

Arrendamientos urbanos—contrato de precario—valor de la expresión "vivir en familia".

Constatado que el demandado ocupaba parte de la vivienda por la mera conformidad del propietario, sin tener ningún título jurídico que oponer a la pretensión del actor, ello constituye un reconocimiento del dominio de la casa a favor del actor, así como del carácter de precarista del demandado.

CONSIDERANDO: Que no cabe dudar que la casa objeto de este juicio de desahucio no tiene carácter de bien ganancial, sino que es propiedad privativa del actor, toda vez que el demandado, en su contestación a la demanda, tiene reconocido que dicho motor lo heredo de su familia, y como quiera que quedó excluida de la división de herencia efectuada privadamente entre el actor y sus hijos, es visto que permaneció en la misma condición de propiedad del mismo.

CONSIDERANDO: Que se obsta a tal apreciación el hecho alegado por el demandado de haberse realizado en la casa en cuestión obras de importancia satisfechas por cuenta de la sociedad de gananciales, y no a costa del marido propietario, pues, en todo caso, ello no afectaría a la propiedad de la finca y no produciría otra consecuencia que el nacimiento, no de una propiedad, sino de un crédito a favor de la sociedad de gananciales.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso se pretende que el Tribunal a quo ha prescindido de la confesión del demandado, rendido al contestar la posición quinta, en la que reconoce ser cierto que al quedarle viudo permaneció viviendo en la casa con la familia constituida por su hija Adela, a la que concedió derecho a vivir en la misma, reservándose las habitaciones requeridas para necesidades personales, añadiendo que esto lo hizo con el fin de que le acompañaran, pero que no hay separación de habitaciones entre él y la familia de su hija, declaraciones confesorias a las que el recurrente da un alcance desmedido, pues no deben ser entendidas y apreciadas atendiendo exclusivamente el signifi-

cado gramatical de una frase desconectada de su contrato, sino según la mente y la intención del que las hace, y ésta aparece de su manifestación sobre la finalidad de la concesión, que no fué otra que vivir en compañía de sus hijos, lo que no revela intención por parte del actor de establecer un derecho fijo de habitación limitativo de su dominio y obligatorio para él durante los días de su vida, sino una concesión que permitiera dicha compañía y convivencia en tanto fueran posibles y convenientes para ambas partes por mantenerse la armonía familiar.

CONSIDERANDO: Que en el acto de conciliación manifestó el demandado que como de la división hecha privadamente entre el actor y sus hijas se exceptuó la casa en cuestión y en ella venía viviendo por conformidad de dicho actor, no tenía ningún inconveniente en dejarla a su disposición, si bien solicitaba un plazo para poder encontrar otra adonde trasladarse, lo que claramente expresa que el demandado ocupaba la casa simplemente por la dicha conformidad, sin tener ningún título jurídico que oponer a la pretensión del actor, por lo que estaba dispuesto a abandonarla, si bien pidiendo un plazo que tampoco apoyaba en ningún derecho, sino que lo solicitaba en concepto de concesión voluntaria, manifestaciones que, como la de la sentenciadora aprecia acertadamente, constituyen un reconocimiento del dominio de la casa a favor del actor, así como del carácter de precarista del demandado, todo lo cual obliga a desestimar el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que no puede estimarse el segundo y último motivo del recurso, que alega incongruencia por no haberse proveído en la sentencia recurrida sobre una de las cuestiones deducidas en el juicio, cual es el carácter de habitacionista que el recurrente se atribuye, pues no existe incongruencia sino cuando hay discordia entre lo pedido y lo resuelto, y habiéndose pedido por el actor en la súplica de su contestación a la demanda que se dictara sentencia declarando no haber lugar al desahucio solicitado por el actor por no tener los demandados la condición de precaristas, sin solicitar ninguna otra declaración, y resuelto por sentencia que no ha lugar al desahucio por estimar tal condición de precaristas, que excluye todo derecho en que los demandados quisieran ampararse, es visto que la sentencia resuelve todos los problemas planteados y es, por tanto, congruente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 MAYO 1950

Arrendamientos urbanos—establecimientos peligrosos.

Los establecimientos en los que se manipula o haya depósitos de alcohol deben ser considerados como peligrosos, por estar comprendidos con dicho carácter en el art. 28 y apartado D), respectivamente, del Reglamento y Nomenclátor de 17 noviembre 1925.

ANTECEDENTES.—La actora tiene arrendado al demandado, para negocio de perfumería, el local de planta baja y el piso principal de un inmue-

ble de su propiedad; establecido en el contrato de arrendamiento la prohibición de almacenar en los mismos materias inflamables. Habiéndose comprobado la infracción de esta cláusula, y a solicitud de todos los demás inquilinos, la demandada pide la resolución del citado arriendo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, habiendo sido estimada por la Audiencia, en apelación.

MOTIVO DEL RECURSO.—Infracción, por interpretación errónea, del artículo 149, causa 6.^a, apartado e), de la LAU.

CONSIDERANDO: Que el artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al regular la causa sexta de las que autorizan al arrendador para resolver el arrendamiento, no remite, en su apartado e), a disposición ni resolución administrativa alguna, como lo hace en la octava, en la novena y en el apartado b) de la propia causa sexta, para el enjuiciamiento de los motivos que según la misma impiden prosperar la pretendida resolución por esta última causa, dejando, por lo tanto, al juicio de los Tribunales la estimación o desestimación, en cada caso, de los motivos de oposición alegados.

CONSIDERANDO: Que aun aceptando como criterio para calificar de peligroso un negocio, el de su inclusión como tal en el Reglamento y Nomenclátor aprobados por Real Orden de 17 de noviembre de 1925, habría de calificarse así el ejercido por don J. P. C. en los locales arrendados, ya que los establecimientos en los que se manipula o haya depósitos de alcohol están comprendidos (respectivamente) en el artículo 28 de dicho Reglamento y en el apartado d) del epígrafe "peligrosos", del Nomenclátor, y es hecho reconocido por el demandado y declarado probado en la sentencia recurrida que en el local arrendado se manipula alcohol, cuya cantidad, según copia de póliza de seguros contra incendios unida a los autos como prueba propuesta por el demandado, puede llegar, en unión de otras sustancias, pero como parte principal en la unión, al importe de cien mil pesetas, lo que, según el Nomenclátor indicado, implica "peligro de explotación o incendio", de todo lo cual se deduce la improcedencia del recurso por su única causa.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 JUNIO 1950

Bienes paraernales—representación del marido sobre los mismos.

Según constante doctrina de esta Sala, en aras de la unidad de dirección de la familia, concentrada en el marido, llera a la aplicación de esta norma genérica, con abandono de la limitación impuesta por el artículo 1.383 del C. c., en todos aquellos supuestos en que el ejercicio de acciones por el marido responde notoriamente a la defensa de los derechos de la mujer.

MOTIVO DEL RECURSO.—Violación del art. 1.383, ya que el actor no estaba legitimado activamente para litigar a nombre propio sobre bienes paraernales de su mujer.

CONSIDERANDO: Que si la interpretación literalmente rígida del artículo 1.383 del Código civil conduce a estimar que el marido no está activamente legitimado para ejercitar acciones de ninguna clase respecto de los bienes parafernales sin intervención o consentimiento de la mujer, el sentido lógico y sistemático del precepto, en relación con la norma más amplia de los artículos 59, 60 y 1.412 del mismo Cuerpo legal, que, en aras de la unidad de dirección de la familia, concentrada en el marido, otorgan a éste la representación de su mujer y la facultad de administrar los bienes de la sociedad conyugal y, en especial, los de la sociedad de gananciales, lleva a la aplicación de la norma genérica de dirección familiar, con abandono de la limitación impuesta por el artículo 1.383 en todos aquellos supuestos en que el ejercicio de acciones por el marido, como representante de su esposa, responde notoriamente a la defensa de los derechos de ésta en los parafernales sin atisbos de posible fraude, que deja a salvo el artículo 1.413, o en aquellos otros en que la acción utilizada recae sobre frutos de la paraferna que son considerados gananciales por el artículo 1.401 después de *percibidos o devengados*, pues en tales supuestos un excesivo rigorismo podría redundar en perjuicio de la mujer y en amparo de argucias no bien avenidas con la justicia que el caso debatido reclame.

CONSIDERANDO: Que esta doctrina, acogida en sentencias de 31 de diciembre de 1897, 1.^o de diciembre de 1902 y 15 de febrero de 1908, entre otras, con alguna desviación en sentencias como la de 15 de marzo de 1934, es de perfecta aplicación al caso de autos, en que el demandado concertó con el demandante la compra del carbón de leña que se obtuviese en fincas de la esposa de este último, con conocimiento, expresado en contrato, de tal pertenencia de las fincas, que no constituyó impedimento para que, sin intervención de la esposa, entrase el comprador demandado en la posesión de lo vendido y pagase al marido vendedor parte del precio concertado, no obstante lo cual se opone ahora al pago que le reclama de la parte restante del precio y de otra suma con causa de pedir distinta, amparándose—por lo que al presente recurso afecta—en la aplicación rígida del artículo 1.383 para negarle la legitimación activa; pero bien se advierte que la oposición así formulada va contra el principio fundamental en contradicción “*pacta sunt servanda*”, perjudicaría conocidamente los intereses de la mujer, dueña de las fincas destinadas al carboneo y mermaría sin justificación las facultades que la ley confiere a su marido como administrador de la sociedad de gananciales, a la que pertenece lo vendido en concepto de *fruto ya devengado*, aunque *no percibido*, de la paraferna, y, en su virtud, siendo correcta la interpretación que la Sala sentenciadora dió al artículo 1.383 del Código civil para considerarle inaplicable al caso debatido, procede desestimar el único motivo del recurso que impugna el fallo de instancia por infracción de dicho precepto legal.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 2 JUNIO 1950

Procesal—recurso de casación—necesidad de citar en qué concepto han sido infringidos los artículos.

Alimentos provisionales—determinación de la necesidad de los mismos—prueba: su apreciación.

Para que prospere y sea admisible el recurso de casación se ha de acreditar el concepto en que se han infringido los artículos, así como todo ataque a la prueba realizada debe ser circunstanciada e individualizadamente y no de modo global.

CONSIDERANDO: Que el recurrente formula el primer motivo del recurso amparándolo en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil y sin señalar el concepto en que han sido infringidos, con lo que ya por d^e pronto se halla incurso en la sanción de inadmisión que establece el número 4.^o d^el artículo 1.729 de dicha Ley procesal, denuncia la violación de los artículos 142, 143, número 2.^o; 146 y 148 del Código civil, con la escueta afirmación por todo razonamiento de que al pronunciarse el fallo absolutorio se niegan de manera rotunda y categórica los legítimos derechos que a los demandantes conceden los dichos artículos, dejándolos desamparados y sin derecho a usar del que dicho Código civil y en sus artículos mencionados les otorgan clara y terminantemente; pero esta manifestación carece en absoluto de eficacia para impugnar la sentencia recurrida, porque ésta no niega en ningún momento el derecho que los padres tienen de pedir y obtener de sus hijas alimentos en el concepto legal de los mismos; lo que afirma es: primero, que las demandadas vienen cumpliendo corrientemente tal obligación, y segundo, que la petición de los alimentos a que es contrae la demanda se refiere de modo singular a la necesidad que ha surgido para los actores de trasladar y fijar su residencia en Málaga por razón de enfermedad, necesidad que, según la sentencia, no ha sido suficientemente probada en el pleito, y como tanto la primera como la segunda afirmación, bases de la resolución recurrida, no son atacadas en este primer motivo del recurso, no sólo porque su contenido la sitúa al margen del razonamiento del Juzgado, sino porque al tratar de afirmaciones de hecho debió utilizarse la vía del número 7.^o del artículo 1.692 de la Ley procesal, es evidente que este primer motivo del recurso debe ser desestimado.

CONSIDERANDO: Que eliminado de la discusión el motivo 2.^o del recurso por haber renunciado a él expresamente el recurrente en el acto de la vista, quedan por examinar los motivos 3.^o y 4.^o, que, amparados los dos en el número 7.^o del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, denuncian, respectivamente, haberse cometido error de derecho y de hecho en la sentencia recurrida; pero la sola lectura del contenido de ambos motivos revela notoriamente su improcedencia por incurrir, tanto uno como otro, en inadmisibles defectos de carácter procesal, ya que para apoyar la acusación de error de derecho que el motivo 3.^o contiene no se cita

ni de pasada precepto alguno normativo de la apreciación de la prueba que haya sido infringido por el Tribunal *a quo* al valorar los elementos probatorios aducidos al pleito, circunstancia exigida con reiteración por la jurisprudencia para lograr la eficacia de esta específica impugnación, y en cuanto a la comisión de error de hecho que en el motivo 4.^o se impugna a la Sala de instancia se pretende por el recurrente que queda probado, "toda vez que existen en los autos documentos y actos auténticos—las dos certificaciones médicas acompañadas a la demanda y toda la prueba practicada en Primera Instancia que se recoge en la sentencia del Juzgado número 20—que demuestra la equivocación evidente de la Sala sentenciadora", pero olvida el recurrente al razonar así que para que pueda prosperar la acusación de haberse incurrido en error de hecho no cabe hacer una cita global de actos y documentos sin discriminación alguna, sino que ha de citarse concretamente el documento o acto auténtico que autentice la pretendida equivocación sufrida, y la cita de toda la prueba resulta por ello inadecuada, y por lo que se refiere a las dos certificaciones médicas acompañadas a la demanda, que son los documentos únicos a que señaladamente se alude, aparte de no revestir el carácter de auténticos a efectos de casación, según reiterada jurisprudencia, han sido precisamente objeto de especial examen en la sentencia recurrida y compulsadas con los demás elementos de la prueba, principalmente con las manifestaciones testificales de quienes las suscribieron, han sido valoradas en forma que no demuestra por sí evidente equivocación alguna, porque de la compulsa aparece que no era más que conveniente, pero no imprescindible, el viaje y estancia en Málaga del actor, y en esta falta de necesidad es en lo que ha fundado su resolución la Sala.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 JUNIO 1950

Industria—concepto, a efectos del Derecho aplicable a su arrendamiento.

La palabra taller, empleada en un contrato, significa una organización para el trabajo manual, y, por tanto, constituye una industria.

Recurso de casación—impugnación de las afirmaciones de hecho de la sentencia recurrida.

Debe hacerse por la vía del núm. 7.^o del art. 1.692 L. E. C.

SENTENCIA 3 JUNIO 1950

Extinción del mandato "post mortem"—persistencia de otros contratos después de la muerte de los contratantes.

CONSIDERANDO: Que, subsidiariamente, para el caso de que no prosperasen los seis primeros motivos del recurso, encaminados a demostrar que la partición fué hecha en vida del poderdante o consenti-

da por éste primeramente y después por una de las herederas demandadas, se articula el séptimo y último motivo del recurso para mantener la tesis de que la muerte del padre de los demandados no determinó la extinción del poder que había conferido para llevar a cabo la partición, y como no lo entendió así la Sala sentenciadora se le imputa la infracción por aplicación indebida del artículo 1.732 del Código civil; bien se advierte que, en los términos absolutos que se le atribuyen, aun referidos exclusivamente al apoderamiento, pugna abiertamente con la que el citado precepto legal establece en punto a extinción del mandato por muerte del demandante, con la salvedad a que se contrae el artículo 1.638 y con alguna otra que la doctrina científica y jurisprudencial admite para supuestos distintos del de autos, en particular para casos como el previsto en la sentencia de 22 de mayo de 1942, que el recurrente invoca, en que el mandato puro o representativo no responde a la mera confianza en que esta figura jurídica tiene su soporte, ni a la conveniencia o interés exclusivo del mandante, sino que obedece a exigencias de cumplimiento de otro contrato con derechos y obligaciones para él y para terceros y, por lo mismo, ha de subsistir mientras subsista el contrato originario que motivó el otorgamiento del poder, pero fuera de estos supuestos excepcionales y dentro de la esfera del mandato o de la representación, la Ley no somete a régimen distinto el mero mandato o relación material de gestión, el simple apoderamiento y la figura mixta del mandato representativo, a efectos de extinción del vínculo por muerte del mandante o apoderado, ni, por lo tanto, admite la validez del llamado mandato "post mortem", con la salvedad mencionada y la implicitamente comprendida en los artículos 892 y 1.057 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que no tiene encaje próximo ni remoto en los presentes autos la declaración que contiene la sentencia de 22 de diciembre de 1908, también invocada en el último motivo, puesto que en ella fué examinado un supuesto de hecho no constitutivo jurídicamente de mandato, y si de contrato atípico, que, según norma genérica del artículo 1.257 del Código civil, no se extingue por muerte de los contratantes y vincula a sus herederos, mientras que en el caso ahora contemplado nadie ha puesto en duda que se está en presencia de un puro mandato representativo, sujeto a normas especiales de fenecimiento.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 JUNIO 1950

Corretaje—obligación de abonar la comisión.

Habiéndose consumado la compraventa objeto del corretaje, está obligado el comitente o mandante a pagar la comisión al comisionista o mandatario, aunque éste no haya actuado en las operaciones posteriores.

MOTIVO DEL RECURSO.—Infracción por interpretación errónea de doctrina legal en relación con el art. 1.255 del C. c.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida declara probado que en el mes de diciembre de 1945 el demandado encargó a los actores la realización de las gestiones necesarias para conseguir la aceptación por el Ministerio de Industria y Comercio de una oferta de venta de diez mil toneladas de trigo argentino hecha por la Casa Siderla, de Buenos Aires, obligándose el demandado a retribuir a los actores por sus trabajos con el 50 por 100 de la comisión que le fuera concedida por dicho Ministerio, y no obstante haberse llevado a efecto por los demandantes las gestiones conducentes a la consecución del resultado propuesto, o sea, la aceptación de la indicada oferta, que se logró, y de haberse hecho efectiva por el demandado la comisión de 180.000 pesetas que le fué reconocida por el repetido Ministerio no abonó la participación convenida a los demandantes.

CONSIDERANDO: Que sobre la base de tales hechos la sentencia recurrida califica el convenio celebrado entre las partes de contrato de mediación o corretaje, que según la jurisprudencia de esta Sala establecida en las Sentencias de 10 de enero de 1922 y 7 de abril de 1926, es el que tiene lugar cuando la intervención de una persona queda reducida a poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato, sin contratar aquélla en nombre propio ni en el de su pretendido comitente, contrato que no puede calificarse de comisión mercantil y sí considerarse como un contrato innominado *fatio ut des*, principal, consensual y bilateral, que impone a las partes derechos y obligaciones cuya causa es la propia prestación de los aludidos servicios y que se rige por las disposiciones contenidas en los títulos primero y segundo del Libro cuarto del C. c., y en el primer motivo del recurso se denuncia que la Sala sentenciadora ha infringido por interpretación errónea la doctrina legal que da vida dentro del derecho moderno a los contratos llamados atípicos, mixtos o complejos, al amparo del art. 1.255 del C. c., pero no señala el recurrente en qué ha consistido el error interpretativo que atribuye a la Sala al aplicar la doctrina que ha quedado expuesta al caso controvertido, porque la aquiescencia que a juicio del recurrente prestaron los demandantes a la anulación del contrato que el actor les comunicó y que según dicha parte determinó su rescisión por acuerdo mutuo de los contratantes, acuerdo a que también se refiere el segundo motivo del recurso, no podría nunca referirse al concepto de interpretación errónea de tal doctrina, sino al de su indebida aplicación a un contrato que había quedado sin efecto, caso de que tal rescisión se hubiera dado, pero si bien es cierto y así se declara en la sentencia recurrida que en 5 de marzo de 1946 el demandado dirigió a don Felipe del Móral, uno de los actores una carta por la que anulaba la de 23 de enero anterior, es decir, el encargo de gestiones y consiguiente premio en su caso, en razón a que había transcurrido más tiempo del convenido y la Casa Siderla no podía sostener las condiciones ofrecidas, no lo es menos que no consta de la declaración de hechos probados de la sentencia que los actores prestaran a ello su conformidad y que la rescisión del contrato que el recurrente alega tuviera efecto, por lo que procede la desestimación de los dos primeros motivos del recurso.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo del recurso se funda en la infracción legal de la doctrina establecida en las sentencias de este Tribunal que se citan, en cuanto determinan que salvo pacto en contrario debe de esperarse para percibir la comisión a que el negocio jurídico se consume y tal doctrina no puede aplicarse al presente caso, según el recurrente, porque en el contrato se estableció primeramente un plazo para su vigencia, después dicho contrato se anuló y a partir de tal momento abandonaron los correderos toda actividad, y si el contrato llegó a consumarse fué merced a corretajes distintos y en condiciones distintas también, pero si bien el contrato de mediación o corretaje presenta frente al mandatario, al arrendamiento de servicios y a los demás contratos a que ha intentado asimilarle una característica diferencial, a saber, que la retribución que al mediador ha de darse por el mandante, sólo se debe en el caso de que el negocio principal se realice o concluya, doctrina que ha aceptado la jurisprudencia de esta Sala declarando por su Sentencia de 2 de diciembre de 1902 que el comitente o mandante está obligado a pagar la comisión, pero sólo en el caso de que llegue a perfeccionarse el contrato objeto del corretaje, a lo que se añade por la de 27 de noviembre de 1919 que, salvo estipulación en contrario, hay que esperar a que el comitente o mandante haga efectivo el precio del que el importe de la comisión haya de deducirse, esta doctrina es perfectamente aplicable al caso de autos en cuanto la sentencia recurrida ha declarado probado haber quedado consumada la compraventa de las 10.000 toneladas de trigo entre el Ministerio de Industria y Comercio y la Casa Argentina Siderla, y si bien en los días precedentes a la perfección del contrato no actuaron los demandantes, ello fué debido a la injustificada carta que con fecha 5 de marzo de 1946 les fué dirigida por el demandado, puesto que habían realizado por su parte cuantas gestiones fueron menester para el feliz resultado, por fin conseguido en cuanto Siderla acreditó la disponibilidad del cereal, siendo debido a ella exclusivamente la no justificación de tal disponibilidad y habiéndose aprovechado el demandado de los servicios realizados por los actores en el asunto que se les había encomendado, en el que se reconoció al demandado el derecho a cobrar 1F0.000 pesetas de comisión que le hizo efectiva el Servicio Nacional del Trigo, de las que no abonó cantidad alguna a los demandantes, circunstancias todas que justifican la aplicación de la doctrina expuesta como lo ha hecho la Sala sentenciadora, por lo que procede la desestimación del tercer motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 JUNIO 1950

Competencia—Venta sobre muestras.

Es competente el Juzgado del lugar donde el comprador había de admitir o rechazar la mercancía según se ajustase o no a la muestra, porque en dicho lugar se ha de entender realizada la entrega.

SENTENCIA 9 JUNIO 1950

Civil—arrendamientos urbanos—causas de resolución del contrato—cambio de destino del local arrendado—aplicación de las disposiciones transitorias LAU.

Consumada la transformación del local arrendado bajo el imperio del Decreto de 29 de diciembre de 1931—sin que se haya planteado la cuestión del desmerecimiento de la cosa arrendada—, no puede estimarse como causa de resolución del arrendamiento, pues la causa 4.^a del art. 149 LAU, carece de aplicación retroactiva, según la disposición transitoria 18.^a del mencionado texto legal.

Civil—modificación de las obligaciones.

No supone necesariamente su extinción, que depende de la voluntad de las partes.

ANIECEDENTES.—En 1938 el Ayuntamiento de G. y el señor M., su Agente ejecutivo, arrendaron un local con la finalidad de instalar en él la Agencia ejecutiva. En 1946, al ser separado de su cargo el citado Agente, el Ayuntamiento de G. dejó de ser parte en la relación jurídica, asumiendo el señor M. la totalidad de los derechos y obligaciones, en espera de ser repuesto en su cargo, para lo cual interpuso recurso contra el acuerdo de destitución. En los meses de enero-febrero de 1947, el señor M. instaló en el local arrendado un establecimiento mercantil. El propietario arrendador solicitó en la oportuna demanda que se tuviera por resuelto el contrato, lo que fué denegado por el Tribunal de primera instancia. En apelación, la A. T. (que intervino a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria 6.^a, Ley 21-IV-1949) revocó el fallo, declarando resuelto el contrato. La parte demandada interpuso recurso de injusticia notoria, basado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción de los arts. 1.203 y 1.204 del C. c. La sentencia recurrida, que acepta que hubo transformación del contrato, no admite la existencia de novación extintiva.

Segundo. Infracción del art. 149, causa 4.^a, en relación con la disposición transitoria 1.^a y 3.^a, LAU., y también de la disposición transitoria 11, número 24, de la Ley de Bases de 31-XII-1946 y doctrina legal del T. S., pues el cambio de destino no implicaba la resolución del contrato.

CONSIDERANDO: Que afirmado por la Sala sentenciadora que no existe en los autos la menor justificación de haberse convenido un cambio de destino para el local arrendado, y que en las condiciones del contrato inicial no se hizo otra variación que la de asumir el señor M. la totalidad de los derechos y obligaciones que venía compartiendo con el Ayuntamiento de G., es claro que lejos de incidir el fallo impugnado en la infracción de los arts. 1.203 y 1.204 del C. c., los interpretó con acierto, ya que, conforme a estos preceptos, *la modificación de las obligaciones no implica necesariamente su extinción, por cuanto ello depende de la voluntad de las partes* que, en este caso, no fué otra que la de conservar el arrendatario el disfrute de la cosa arrendada, a los fines pactados, en la confianza de

ser repuesto en el cargo, una vez resuelto el recurso formulado contra su destitución.

CONSIDERANDO: Que, no obstante admitirse la subsistencia del primitivo arrendamiento, el Tribunal de instancia ha incurrido en las infracciones que se invocan en el motivo segundo, si se tiene en cuenta: que la transformación del local litigioso se efectuó bajo el imperio de la legislación de inquilinato anterior a la vigencia del nuevo ordenamiento legal; y que conforme a lo estatuido en el apartado b) del artículo 5º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, el arrendatario, en aquel entonces, tenía perfecto derecho a destinar el local a usos distintos del pactado, en tanto que la transformación no hiciera desmerecer la cosa arrendada, sobre cuya circunstancia no contiene declaración alguna la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que no se opone a tal doctrina el razonamiento en que se apoya el fallo impugnado para estimar aplicable, al supuesto litigioso, la causa resolutoria cuarta del artículo 149 de la LAU., al decir que si bien es cierto que el cambio de destino se operó bajo el imperio de la legislación anterior, no lo es menos que no se agotó en su momento inicial, sino que perduró después de regir la nueva Ley, con olvido notorio de que la transformación quedó plenamente consumada en el momento mismo de su realización, y que lo que perduró fué sólo el disfrute del local así transformado, que es cosa distinta del acto de la transformación.

CONSIDERANDO: Que si bien no cabe desconocer que la disposición transitoria primera de la vigente Ley previene que sus disposiciones serán de aplicación no sólo a los contratos que se celebren a partir de su vigencia, sino también a los que en dicho día se hallaren en vigor, sin otras excepciones que las que resulten de sus propios preceptos; y como la disposición décimotercera estatuye, que no son de efecto retroactivo las prescripciones del capítulo undécimo, en el que se halla comprendido el artículo 149, determinante de las causas de resolución, es obvio que la variación introducida en la causa cuarta del referido precepto no puede perjudicar los derechos adquiridos al amparo del Decreto de 29 de diciembre de 1931; procediendo, por ello, estimar el motivo segundo, y, como consecuencia obligada de tal estimación, declarar sin efecto la sentencia recurrida, absolviendo a la parte recurrente de la pretensión originaria de la presente litis.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 9 JUNIO 1950

Incumplimiento de contrato—facultad moderadora de los Tribunales.

Los Tribunales tienen facultad para moderar y prorrogar el plazo de cumplimiento de un contrato.

Retraso.

El retraso no excesivo no constituye la manifestación de voluntad deliberadamente rebelde o hecho definitivamente obstativo al cumplimiento

to que exige la jurisprudencia para la aplicación del artículo 1.124 del Código civil.

Condición resolutoria tácita.

No basta que una de las partes haya ejercitado la facultad resolutoria del artículo 1.124 para que produzca efectos jurídicos, sino que es preciso que tal resolución sea procedente en derecho.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—Se desprenden de los considerandos.

CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso discute una cuestión meramente jurídica, como es si puede calificarse de incumplimiento del contrato que constituye causa de su resolución el retraso que menciona en la entrega de la obra, por lo cual es inoperante para esto la impugnación referente a la prueba, que hace al amparo del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y al determinar ese retraso lo fija en dos años porque para ello parte del día en que se encargó la fabricación de los moldes, lo cual es equivocado, porque no es en ese momento cuando debía hacer la entrega, por lo cual debe contarse desde el plazo de mes y medio que marcó la carta de 27 de abril de 1945 para ello, una vez hecha la última reforma, que no es lo mismo que reparación por defecto, después de haber usado los moldes el recurrente, y cuyo retraso hasta diciembre del mismo año no es excesivo, como dice muy bien la Sala sentenciadora, teniendo presente la facultad que para moderar o prorrogar ese plazo de cumplimiento tienen los Tribunales según las sentencias de 5 julio 1941 y 28 enero 1944, y no constituye la manifestación de voluntad deliberadamente rebelde o hecho definitivamente obstáculo al cumplimiento que exigen las sentencias de 24 octubre 1941 y 12 abril 1945 para la aplicación del artículo 1.124 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que el motivo segundo alega como su único fundamento la infracción por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 1.128 del Código civil, pero es elemental que esa infracción sólo puede invocarse eficazmente cuando la sentencia recurrida se funda en el artículo que se cita, lo que no ocurre en el caso presente, porque la Sala sólo menciona tal artículo para aludir a la facultad que otorga y podía haber utilizado el recurrente y no la usó, pues sólo dice acerca de él en su considerando tercero el Juzgado que habiendo dado implícitamente a la Sociedad demandada por la carta de 27 abril 1945 la facultad de fijar el plazo de entrega de los moldes, sólo sería factible que a petición de la parte interesada se determinase por los Tribunales la duración de ese plazo, a tenor de lo previsto en el artículo 1.128 del Código civil, por lo que es evidente que la Sala ni aplica ni se funda en ese artículo, que su cita no tiene la menor repercusión en el fallo y que, por tanto, no se puede alegar su infracción ni procede ese motivo segundo de este recurso.

CONSIDERANDO: Que tampoco puede estimarse el motivo tercero, que se basa para impugnar la admisión de la reconvención por el Tribunal a

quo en que el actor ejercito, por acto conciliatorio de 21 de noviembre de 1945, la facultad resolutoria del repetido artículo 1.124 y en que aún están en poder de Talleres R. dos de los moldes encargados que ni siquiera han sido ofrecidos al comprador, pero *no basta que una de las partes haya ejercitado tal facultad resolutoria para que produzca efectos jurídicos, sino que es preciso que tal resolución sea procedente en derecho*, lo que se niega por esta sentencia, y al subsistir el contrato es natural que se pague el resto del precio que se estipuló y que es el objeto de la reconvenCIÓN, y si bien es cierto que dos moldes de los encargados están todavía en poder del vendedor, esto es debido exclusivamente a la voluntad del recurrente, pues, en contra de lo afirmado en este motivo tercero, fué aquél requerido notarialmēnte en 7 diciembre 1945, como reconoce el considerando quinto de la sentencia del Juzgado, para que se hiciera cargo del resto del género a suministrar, y el que no los haya recogido no es obstáculo para el cumplimiento del contrato en todas sus demás obligaciones, pues de lo contrario se dejaría al arbitrio de uno de los interesados el cumplimiento del contrato, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código civil, y, por consiguiente, está bien estimada esa reconvenCIÓN para que se pague el resto del precio al mismo tiempo que haga entrega de los dos moldes que están actualmente en poder de su constructor.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 JUNIO 1950

Competencia—principio de prueba para determinarla en un contrato de arrendamiento de servicios—eficacia de una carta—es juez competente el del lugar en que los servicios se prestaron.

CONSIDERANDO: Que aunque el demandado niega la existencia de vínculo contractual que le obligue a pagar la suma que el demandante le reclama por reparación de un motor, no niega concretamente que sea propietario del motor ni que, una vez reparado, le haya sido enviado, ni da explicación alguna de la falta de pago de la letra de cambio que se expidió contra él por el importe de la reparación del motor, a pesar de haber sido requerido por el demandante para que manifestase la causa de no haber pagado la letra, según todo ello se exponía en los hechos de la demanda, lo que revela *prima facio* y al solo efecto de decidir la presente cuestión de competencia que es sospechosa la alegación de inexistencia de contrato, máxime habiéndose acompañado a la demanda una carta en la que, por encargo del demandado, se requiere al actor para que active la remesa de piezas del camión Krupp que le había pedido, por lo que, en este trámite y sin prejuzgar la resolución definitiva del pleito, es de estimar que hay principio de prueba suficiente de la existencia del vínculo contractual de arrendamiento de servicios, y, en consecuencia, prestados estos en Bilbao, es preferente el Juzgado de aquella capital, como lugar

de cumplimiento de la obligación reclamada para conocer del pleito, de conformidad con doctrina jurisprudencial muy reiterada, aplicando la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a la que se remite la de 17 de julio de 1948 sobre cuestiones de competencia entre Juzgados municipales.

SENTENCIA 10 JUNIO 1950

Arrendamientos urbanos—desahucio—justificación de pago de rentas en apelación—valor del reconocimiento judicial para apreciar el error en la prueba.

No habiendo alegación ni prueba sobre importe, plazos y condiciones de pago del precio convenido, no se discute si ha de hacerse o no la justificación del pago.

La inspección personal del Juez no es eficaz para acreditar error en la apreciación de la prueba.

ANTECEDENTES.—Se interpone demanda de juicio de desahucio contra una Empresa que habiendo arrendado un local para instalación de una industria de tejidos instaló posteriormente un número de telares mucho mayor, motivando una trepidación constante en el edificio, que, además del daño material y peligro que para la construcción representa, es para los vecinos de la casa una molestia. El demandado niega la realidad del peligro y las molestias. Se practican las pruebas, y, entre ellas, la de reconocimiento judicial, y el Juzgado dicta sentencia decretando el desahucio. En segunda instancia, el apelado, antes demandante, solicita seaclarado desierto el recurso por no haber cumplido el apelante el requisito establecido en los artículos 1.566 y 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que obligan al arrendatario durante el curso de la apelación o de cualquier incidencia a justificar el pago o consignar las rentas vencidas o que vayan venciendo. La Audiencia dicta sentencia revocando la de primera instancia y desestimando la demanda. El demandante interpone recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS—1.^o Fundado en la causa 2.^a del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por quebrantamiento de una formalidad esencial del juicio de desahucio que ha producido irreflexión, cual es la no justificación ni consignación de las rentas. No se debe tener en cuenta el artículo 163 de la Ley arrendaticia, que se refiere tan sólo a desahucios por falta de pago de locales de vivienda, sino el 180, según el cual la Ley de Enjuiciamiento será subsidiariamente aplicable en materia de procedimiento y con ella sus artículos 408, 1.566 y 1.567.

2.^o Fundado en la causa 4.^a del artículo 173 de la Ley arrendaticia urbana por haber incidido el fallo en injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba, demostrado por las diligencias de inspección judicial.

3.^o Fundado en la causa 3.^a del artículo 173 de la misma Ley por incidir el fallo recurrido en injusticia notoria por infracción de precepto y de doctrina legal, ya que se interpreta erróneamente y se aplica indebidamente el caso e) de excepción a la causa 6.^a del artículo 149 de la citada Ley arrendaticia.

CONSIDERANDO: Que a falta del contrato de arrendamiento, no presentado por ninguno de los litigantes, y de alegación y prueba sobre impor-

te, plazos y condiciones de pago del precio convenido, que tampoco hizo ninguno de ellos, figurando tan sólo en autos un recibo parcial, del que no pueden deducirse con precisión y seguridad las circunstancias expresadas, supuestos indispensables, para la aplicación al caso, si fuere procedente, del artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil, carece de fin la discusión y decisión sobre si lo es o no, ya que, aun admitiendo la afirmativa, faltan, como se ha dicho, los supuestos de aplicación, en el caso presente, lo que impone la desestimación del recurso por su primer motivo.

CONSIDERANDO: Que para que el error en la apreciación de la prueba sea fundamento del recurso de injusticia notoria, debe acreditarse, según el artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por la documental o pericial que obre en autos, y la de inspección personal del juez o de reconocimiento judicial, única alegada al efecto, para fundar el recurso por la segunda causa alegada, por no corresponder a ninguna de ambas, ni en su regulación en el Código civil ni en la Ley de Enjuiciamiento, no puede estimarse eficaz para ello, de lo que resulta la improcedencia de dicha causa para dar lugar al recurso.

CONSIDERANDO: Que para fundar la tercera causa del recurso se supone que la sentencia recurrida considera indispensable para impedir que prospere la causa de resolución del arrendamiento, sexta del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que el funcionamiento de la industria ha de producir molestias "difíciles de soportar", cuando en dicha sentencia (considerando segundo) no se exige tal grado de molestia, sino que se niega, como apreciación de hecho, no impugnada con éxito en el recurso, como se ha visto al examinar su causa segunda, la "incomodidad" alegada, con lo que falta el fundamento de la causa tercera del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 JUNIO 1950

Arrendamientos urbanos—suspensión del desahucio por aplicación de preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

No procede la aplicación del art. 114 de la LEC., en casos como el presente, en que las causas de resolución del contrato alegadas en la demanda y estimadas por la sentencia, no están constituidas exclusivamente por el hecho motivador del sumario.

CONSIDERANDO: Que la acción de resolución del contrato de arrendamiento entablada por el propietario tenía como fundamento las dos causas siguientes: Primera: la causa sexta del art. 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto la mayoría de los inquilinos de la finca lo habían solicitado respecto de la demandada doña María Reyes García, por ejercer su profesión de comadrona de manera inmoral y escandalosa, que

había culminado en el hecho de haberse levantado por el Juzgado, en el piso por aquélla ocupado, el cadáver de una joven que había sido objeto de las manipulaciones abortivas de la citada inquilina; segundo: el artículo 36 de la citada Ley, por haberse realizado la cesión de la vivienda sin consentimiento del propietario, que dicha inquilina en favor de sus hijas Mercedes y Carmen Reyes García, que también fueron demandadas, habiéndose estimado la demanda por las dos causas dichas por las sentencia recurrida e interponiéndose contra ésta el presente recurso, que se funda en que hallándose en tramitación el sumario a que dió lugar la muerte aludida, la aplicación del artículo 114 de la LEC., exigía la suspensión del juicio civil, hasta que en el procedimiento criminal recayera sentencia firme y al no haberse hecho así se han quebrantado formalidades esenciales del juicio y producido la indefensión del recurrente.

CONSIDERANDO: Que el citado precepto de la Ley procesal penal exige para su aplicación que sea el mismo hecho el que sirva de base al juicio civil y el que se persigue como delito en el procedimiento criminal, circunstancia que no se da en el presente caso en que las causas de la resolución del contrato alegadas en la demanda y estimadas por la sentencia no están constituidas exclusivamente por el hecho motivador del sumario, por lo que el aludido precepto legal no ha podido ser infringido, aparte de que tal infracción no podría dar motivo a un recurso de injusticia por quebrantamiento de forma, que solamente puede fundarse en el quebrantamiento de alguna de las formalidades esenciales del juicio, y lo determinado en dicho texto legal no se refiere a ninguna de tales formalidades.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 JUNIO 1950

Sociedad de hecho—falta de escritura e inventario—validez entre partes y frente a terceros.

Aunque los artículos 1.667 y 1.668 del Código civil exigen terminantemente la escritura y el inventario de los inmuebles, bajo sanción de nulidad del contrato, para que se pueda constituir la sociedad civil cuando a ella se aporten bienes de aquella clase, estos preceptos substantivos, subordinados al fundamental principio acogido por el artículo 1.278 del mismo Cuerpo legal, no privan de eficacia para los contratantes a los contratos que celebrados válidamente conforme al mismo les obligan, aunque con relación a terceros, por incumplimiento de los expresados requisitos, la sociedad de hecho carezca de existencia jurídica y de efectos.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—Se desprenden de los considerandos.

CONSIDERANDO: Que rechazadas por la Sala de instancia, como faltas de justificación, las alegaciones fundamentales de la demanda, de que la

relación del demandado con los demandantes fuera la propia de un obrero a su servicio o de mandatario verbal extralimitado en su función, y afirmada por la misma con base en su apreciación de las pruebas practicadas en el pleito la existencia de un contrato de sociedad, regulado por el artículo 1.665 del Código civil, constituido al contraer matrimonio J. G. Z. con J. R. L., hija de la actora, por la fusión de ambas sociedades conyugales, con mutua aportación de sus bienes y actividad para dividir las ganancias, y en la que aquel demandado, que hizo aportación del inmueble en el que el negocio de panadería se hallaba establecido, actuaba como socio gestor, deriva de este hecho la sentencia recurrida la improcedencia de la demanda por ser los bienes que para sí piden en ella los actores el capital social, indiviso, en estado de comunidad, que no permite el ejercicio de acción alguna en beneficio exclusivo de aquéllos.

CONSIDERANDO: Que el primero de los motivos del recurso, reconociendo la existencia de la expresada comunidad de bienes, aunque con la salvedad de que en ésta no tenían cabida ni el demandado ni su esposa desheredada por su madre, sino los demandantes y F. y E. L. J., pretenden los recurrentes excluir de ella, con la consiguiente variación de lo aducido en el pleito, determinados bienes y operaciones de los comprendidos en la apreciación fundamental de la sentencia recurrida, que, según ellos, se contraían a derecho e intereses privativamente suyos, sin que afectasen a los de los otros comuneros ni guardaran relación con la comunidad, y como al razonar acerca de este extremo sientan afirmaciones de hecho opuestas a las del Tribunal *a quo* sin combatirlas por la vía adecuada, ya que el motivo está puesto al solo amparo del núm. 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, el motivo es desestimable.

CONSIDERANDO: Que también se ha de rechazar el motivo segundo, comprendido por los recurrentes en los mismos número y artículo citado de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en el que se señalan como vulnerados el artículo 10 del Código civil y la Ley 6.º, Título XXI, del Fueno de Vizcaya, sin citar con precisión el concepto en el que suponen que lo han sido, omisión que por sí sola priva de viabilidad al motivo, conforme a lo prevenido por el artículo 1.629, en su número 4.º de aquella Ley procesal, y a lo declarado reiteradamente por esta Sala; ello aparte de que a la misma conclusión desestimatoria habría de conducir la circunstancia de no haberse desheredado, en su calidad de comisaria de su finado primer marido, a su hija J. R. hasta el 21 de marzo de 1945, es decir, con inmediata procedencia a la interposición de la demanda y con posterioridad a las aportaciones y actividades constitutivas del contrato de sociedad afirmado por la Sala sentenciadora y en las que participó J. sin que estuviera excluida del derecho de suceder a su padre.

CONSIDERANDO: Que basándose en la afirmación equivocada de que la sentencia recurrida aprecia la existencia real de una sociedad civil concertada entre los litigantes y a la que pertenecen los hijos del matrimonio L.-J., fundándose en una serie de presunciones resumidas en uno de sus considerandos y que, a juicio de los recurrentes, no pasan de meras conjeturas, impugna el motivo tercero, analizando éstas, aquella apre-

ciación, mas para hacerlo parte de la inexactitud con que atribuye a la Sala de instancia la formación de su criterio sobre el extremo litigioso a que se refiere, como sustentado por tales presunciones, porque las que así denomina en el considerando a que los recurrentes aluden las relaciona el Tribunal *a quo* con la afirmación de que el demandado no era obrero ni mandatario de los demandantes, sin derivar de ellas la existencia de la sociedad civil en cuya realidad probada funda su fallo, por lo que desprovisto el motivo de la base que en él se da a la argumentación que contiene, carece de eficacia para la casación y es desestimable; y aunque se citan también en él como violados los artículos 1.667 y 1.668 del Código civil, con alegación de que exigen terminantemente la escritura y el inventario de los inmuebles, bajo sanción de nulidad del contrato, para que se pueda constituir la sociedad civil cuando a ella se aporten bienes de aquella clase, estos preceptos sustantivos, subordinados al fundamental principio acogido por el artículo 1.278 del mismo Cuerpo legal, no privan de eficacia para los contratantes a los contratos que, celebrados válidamente conforme al mismo, les obligan, aunque con relación a terceros, por incumplimiento de los expresados requisitos, la sociedad de hecho carezca de existencia jurídica y de efectos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 JUNIO 1950

Culpa extracontractual—por interposición de querella criminal.

No hay culpabilidad si la interposición de la querella responde al ejercicio normal o "in iure" de la acción penal sin otra finalidad que la de reparar el ultraje que al honor o buen nombre se haya podido inferir, pero sí cuando se aprecie que el querellante desorbitó el ejercicio del derecho actuando "cum iniuria" o con malicia para obtener por medios torticeros una finalidad que ni el Derecho ni la Moral pueden amparar

ANTECEDENTES.—Vid. el segundo considerando. El querellante interpuso demanda solicitando indemnización por los daños morales causados. La demanda fué desestimada en ambas instancias. Se interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción del art. 1.902 C. c. y de doctrina legal: la injusta interposición de querella entra en el ámbito del artículo citado.

2.º Infracción de la doctrina legal sobre abuso de derecho y del principio "qui iure suo utitur, neminem laedit": la injusta interposición de querella no supone ejercicio de un derecho, y, en todo caso, representa un abuso del mismo.

3.º Error de hecho y de Derecho en la apreciación de la prueba, con infracción de los arts. 1.216, 1.218 y 1.225 C. c., al no apreciar la Sala la existencia de los daños morales alegados.

CONSIDERANDO: Que en los casos como el de autos en que, ejercitado el derecho de formular querella por injurias, reconocido a todo ciudadano por el art. 270 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, el procedimiento penal incoado termina con la declaración de querella abandonada por falta de instancia del curso del proceso, prevista en el art. 275 de la misma Ley, la acción de resarcimiento de daños y perjuicios que por razón de tales hechos utilice después el querellado, *puede plantear dos distintas situaciones jurídicas que reclamen en el proceso civil soluciones diferentes, según se estime que la interposición de la querella responde al ejercicio normal o "in iure" de la acción penal, sin otra finalidad que la de reparar el ultraje que al honor o buen nombre se haya podido inferir, o se aprecie que el querellante desorbitó el ejercicio del derecho actuando "cum iniuria" o con malicia para obtener por medios torticeros una finalidad que ni el derecho ni la moral pueden amparar*: por lo que conviene ante todo fijar los hechos en que se apoya la petición de resarcimiento de daños morales formulada por el querellado y hoy demandante para encuadrarlos en el ámbito de una de las dos situaciones jurídicas aludidas que pugnan entre sí por aplicación del principio "a nadie daña quien usa de su derecho", frente al de que incurre en responsabilidad quien por acción u omisión culposa o delito civil, en el que va embebido el ejercicio abusivo del derecho, causa daño a otro, según proclama repetidísima doctrina jurisprudencial en sentencia como la de 25 de enero de 1892, 27 de abril de 1908, 6 de diciembre de 1912, 20 de abril de 1933, 14 de febrero de 1944 y 25 de junio de 1945, con base legal en la legislación de Partidas y en el Código civil.

CONSIDERANDO: Que son hechos procesales indiscutidos: Primero, el demandante y otros accionistas de la Sociedad "A. G.", presentaron un escrito al Consejo de Administración de la misma, en el cual vertieron conceptos que los consejeros estimaron ofensivos, por lo que, previo informe favorable de un Letrado, formularon querella por injurias graves contra los firmantes del escrito; segundo, fué admitida a trámite la querella mediante la formación del correspondiente sumario, y se declaró después no haber lugar al procesamiento de los querellados, sin que en este recurso consten los fundamentos legales de tal declaración, y tercero, firme el auto denegatorio del procesamiento, fueron requeridos los querellantes para que instasen el curso de las actuaciones, y como nada instaran se tuvo por abandonada la instancia y se archivaron las diligencias sumariales, sin ningún otro pronunciamiento.

CONSIDERANDO: Que estos antecedentes de hecho conducen claramente a mantener el fallo absolutorio de la demanda formulada por uno de los querellados en reclamación de los daños morales que estimó haber sufrido a consecuencia del sumario mencionado, pues no ofrece duda alguna que los demandados, al promover la querella, actuaron de buena fe, en la creencia de que defendían su prestigio frente a las frases y conceptos del escrito que les dirigió, apreciados como injuriosos, no solamente por su propio criterio, sino principalmente porque así lo apreció también el Letrado, previamente consultado, y después la Autoridad judicial, al dar

curso a la querella, lo que implica, por aplicación de los artículos 312 y 313 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que en aquel momento se estimó que los conceptos vertidos en el escrito revestían caracteres de delito privado, y si después fué denegado el procesamiento de los querellados no ha sido por inexistencia, inexactitud o falsedad de los hechos a éstos imputados, sino porque al valorarlos jurídicamente en aquél trámite, según afirma la sentencia recurrida, se habrá visto que en el aspecto objetivo o subjetivo de lo acaecido no existían indicios racionales de criminalidad, pero tampoco apreció el Tribunal de lo criminal que el proceder de los querellantes; fuese malicioso o injustificado, ya que al dictar el auto declarando abandonado y finiquitado el procedimiento no les impuso las costas, como sería obligado, en cumplimiento del art. 240 de la repetida Ley, si hubiera entendido que habían actuado con temeridad o mala fe, ni adoptó frente a los querellantes ninguna de las medidas que para el caso similar de sobreseimiento libre dispone el art. 638, y no hay en este pleito prueba alguna que permita llegar a conclusión distinta, pues ni las incidencias procesales surgidas en la tramitación de la causa, ni la circunstancia de que la acción penal no haya prosperado en definitiva, son por sí solas suficientes para calificar de ilícita o culposa la actuación de los querellantes.

CONSIDERANDO: En consecuencia, que al no existir elementos de juicio que permitan apreciar extralimitación o abuso en el ejercicio de la acción penal, es forzoso catalogar el caso controvertido en la esfera del ejercicio lícito de un derecho, que no genera la responsabilidad civil asignada por los artículos 1.089 y 1.902 del C. c. para el supuesto contrario de hechos propios culposos o negligentes, como acertadamente lo entendió la Sala sentenciadora y, en su virtud, procede la desestimación de los dos primeros motivos del recurso que propugnabas tesis distinta sin razonamiento jurídico convicente.

CONSIDERANDO: Que el último motivo del recurso es inoperante a efectos de casación de la sentencia recurrida, porque *si falta el requisito primordial de culpabilidad para exigir responsabilidad civil por la promoción de la querella, los daños que con tal motivo haya podido sufrir el querellado y hoy demandante no tienen sanción en el ámbito del derecho positivo*, y, a mayor abundamiento, ni la Sala de instancia estimó probada la realidad del daño moral reclamado, ni en el recurso se cumplen las exigencias del número séptimo del art. 1.692 de la L. E. C., según lo interpreta la jurisprudencia, para demostrar la evidente equivocación del juzgador, ya que no revisten autenticidad en casación para probar la realidad del daño los documentos invocados en este motivo, ni se aprecia infracción de precepto alguno sobre valoración de los mismos como sería preciso para que pudiese prosperar la alegación de los errores de hecho y de derecho que se dicen cometidos en la apreciación de las pruebas.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 JUNIO 1950

Procesal—casación—rigor formal de este recurso—motivos—incompetencia de jurisdicción por razón de la materia—cauce obligado.

El problema de la competencia o incompetencia de jurisdicción tiene su cauce obligado en el número 2.º del art. 1.692 de la LEC., y el hecho de no haberlo utilizado es suficiente para rechazar el recurso que en este motivo se funda, por razones del rigor formal característico del recurso extraordinario de casación, confirmado por reiterada jurisprudencia.

Procesal—resoluciones judiciales—sentencia—incongruencia.

Si se solicitó del juzgador su abstención en el litigio por considerarlo carente de competencia, y accede a ello, no cabe estimar incongruente la sentencia, puesto que lo resuelto tiene perfecta adecuación con lo pedido.

Procesal — resoluciones judiciales — pronunciamientos de la sentencia — en caso de incompetencia de jurisdicción.

No cabe que contenga fórmula de absolución o de condena cuando la cuestión litigiosa no ha sido objeto de examen de fondo por entender el juzgador que carece de la jurisdicción necesaria.

CONSIDERANDO: Que para impugnar la sentencia de la Sala de instancia en que ésta se abstiene de conocer del litigio, porque aceptando la excepción alegada por la entidad demandada, estima que carece de jurisdicción ante la existencia de pacto estatutario que somete las divergencias entre la Sociedad y sus apoderados, cualidad que ostenta el actor, a la decisión de amigables componedores, formula el señor M., demandante en estos autos, su recurso de casación por infracción de Ley, amparado en tres motivos, que se apoyan los tres en el número primero del art. 1.692 de la Ley rituaria civil, tendentes en su argumentación a demostrar que el Tribunal *a quo* incurrió en defecto en el ejercicio de su jurisdicción, dejando de conocer de asunto en que debiera haberlo hecho, con lo cual plantea el problema de la competencia o incompetencia de jurisdicción por razón de la materia que tiene marcado su cauce procesal taxativo en el número sexto del mencionado art. 1.692 de la LEC., y como no se utilizó dicha vía del procedimiento, puesto que no se ampara en aquel número ninguno de los motivos propuestos, sino en el número primero, que tiene alcance y finalidad diferentes, es procedente, por razones del rigor formal característico del recurso extraordinario de casación, confirmado por reiterada jurisprudencia, rechazar los tres motivos aludidos y con ellos el recurso interpuesto por el señor M.

CONSIDERANDO: Que igualmente ha de ser desestimado el recurso que formula C. de I., S. A., demandada en estos autos, porque en el único motivo en que lo apoya, al amparo del número segundo del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, sostiene que al aceptar el fallo recu-

rrido la excepción de incompetencia alegada como perentoria y declarar, sin embargo, que no procede abolver a C. de I. de la demanda formulada contra ella, se viola el principio de congruencia que establece el art. 359 de la LEC., pero esta tesis es en absoluto insostenible, porque *si la parte demandada, ahora recurrente, pidió al juzgador su abstención en el litigio, por considerarle carente de competencia para entender de él, y a ello accede lisa y llanamente dicho juzgador, no es lícito a la parte acusarle de aquella infracción, puesto que lo resuelto tiene perfecta adecuación con lo pedido*, y por lo que toca a no haberse pronunciado la absolución de la demanda, hay que tener en cuenta que *las fórmulas de absolución o de condena sólo son pertinentes cuando el Juzgado o Tribunales competentes han examinado el fondo del asunto y resuelve en uno o en otro sentido la cuestión litigiosa*, que en los escritos del actor fué planteada y en los de la parte demandada rebatida, pero *si la mencionada cuestión no ha sido objeto de examen en su fondo, por entender el juzgador por razonamiento previo que en el caso que se le propone carece de la jurisdicción necesaria para pronunciar su decisión sentenciadora, ha de abstenerse de formular pronunciamiento alguno con expresión de absolución o condena, dejando intacto el punto litigioso para que sin trabas ni prejuicios sea resuelto por aquel otro órgano jurisdiccional a quien por la Ley o por convenio de las partes haya sido encomendada su sustanciación y resolución*.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 JUNIO 1950

Procesal—beneficio de pobreza—requisitos en cuanto al derecho que se pretende ejercitar.

Cuando la acción que se ejercita no es para reivindicar un derecho propio, sino, por el contrario, un derecho ajeno, se impone la denegación del beneficio legal de pobreza solicitado con arreglo a lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que es axioma jurídico el de que la aceptación de las afirmaciones hechas por la Sala de instancia en las sentencias recurridas constituyen una verdad indiscutible a los efectos de la casación, cuando no han sido impugnadas con la debida eficacia por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que, por lo antes expuesto, hay que aceptar como verdad indiscutible las declaraciones hechas por la Audiencia de Valencia en el considerando primero de la sentencia dictada en 27 de abril de 1948: que lo solicitado por el demandado ha sido la concesión del beneficio legal de pobreza para litigar en juicio de mayor cuantía sobre reivindicación de la industria mercantil conocida por "Casa Conejos", y de la patente "Gabán mío", a base de ser uno de los 57 cesionarios, todos ellos antiguos

dependientes fijos de la casa, a quienes el propietario de dicha industria y patente hubo de ceder sus negocios mediante escritura pública otorgada en 1.^o de febrero de 1937, o sea, en plena época roja; constituyéndose entonces por todos los cessionarios la titulada "Cooperativa Mercantil"—antigua "Casa Conejos"—, cuyos Estatutos fueron aprobados por el Ministerio de Trabajo; y como estas afirmaciones no han sido impugnadas, ni intentado siquiera, en el escrito de interposición del recurso, se impone partir de ellas en la resolución del mismo.

CONSIDERANDO: Que, por ello, si bien es cierto que los 57 dependientes fijos adquirieron por la escritura de 1.^o de febrero de 1937 la propiedad de la industria cedida y el objeto principal de estas actuaciones, no lo es menos que los mismos se desposeyeron voluntariamente de su derecho individual al constituir con dicha industria la Cooperativa antes indicada con aprobación del Ministerio de Trabajo, y, por tanto, el actor por sí solo no tiene acción para ejercitar la reivindicación indicada, acción que en último caso correspondería a la Cooperativa, razón por la cual hay que estimar que la que trata de ejercitar el recurrente no puede considerarse como reivindicatoria de un derecho propio, del que se desposeyó al aportar su parte alicuota a la constitución de la Cooperativa creada, sino de un derecho ajeno, y por ello se impone la denegación del beneficio legal de pobreza solicitado por el recurrente con arreglo a lo establecido en el artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y, por tanto, es indiscutible que procede declarar no haber lugar al presente recurso de casación interpuesto contra la sentencia recurrida denegatoria del beneficio solicitado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 JUNIO 1950

Procesal—proceso de ejecución de sentencias firmes—ámbito.

Necesariamente han de ser planteadas y decididas dentro de este proceso no sólo las cuestiones que se relacionen con la inteligencia y alcance del fallo, sino también las que tiendan a establecer y conseguir los efectos de sus pronunciamientos.

Procesal—resoluciones judiciales—sentencia—alcance de la sentencia condenatoria.

Obliga tanto al cumplimiento de lo resuelto en el fallo como a sus consecuencias naturales necesarias para su efectividad.

Procesal—ejecución de sentencias—normas aplicables.

Por constituir la sentencia ejecutiva título con fuerza ejecutiva para conseguir el cumplimiento material y efectivo de su fallo, con uso de me-

dios legalmente eficaces para vencer la contraria voluntad del obligado, son aplicables para el logro de esta finalidad no sólo las normas especiales establecidas en los arts. 919 y ss. de la LEC., sino también, como complementaria de ellas, las que contiene la misma Ley en la sección 2.º, título XV, libro II, relativas al procedimiento de apremio, que no son de exclusiva aplicación al cumplimiento de las sentencias dictadas en el especial juicio ejecutivo.

Procesal—adjudicación judicial de inmuebles—contenido.

Constituye doctrina reiteradamente establecida que la adjudicación judicial de inmuebles no puede consistir en otra cosa que en poner en posesión de ellos al acreedor, llegando al lanzamiento del deudor que los ocupe sin necesidad de un nuevo pleito.

CONSIDERANDO: Que sometido el proceso de ejecución de las sentencias firmes a su propia finalidad de llevar a cumplimiento lo resuelto en ellas, no tienen en él lugar las cuestiones sustanciales que no hayan sido objeto de controversia en el pleito, mas necesariamente han de ser planteadas y decididas dentro del mismo, no sólo las que se relacionen con la inteligencia y alcance del fallo, sino también las que tiendan a establecer y conseguir los efectos de sus pronunciamientos, porque unas y otras al cumplimiento de éstos se refieren.

CONSIDERANDO: Que pretendida en la demanda inicial del pleito instado por don S. L. R. contra don J. A. y doña J. L. L., doña M. L. y don A. L. R. y don J. O., la declaración de que una finca urbana, perteneciente en común y proindiviso al actor y a los demandados, era indivisible, y que por ello procedía, para que cesara la comunidad, su enajenación en pública subasta a la que podrían concurrir licitadores extraños, y pronunciado así en la sentencia firme recaída en el juicio, fué en ejecución de la misma adjudicado el inmueble al mejor postor, don J. B. G. por la cantidad de 242.500 pesetas, que satisfizo, siéndole otorgada la escritura pública de venta el 9 de diciembre de 1946, y ordenándose por el Juez a petición suya, en auto de 5 de abril de 1947, que se le diera posesión de la finca, requiriéndose a los anteriores dueños, que la ocupaban, que la dejarasen a la libre disposición del comprador, apercibidos de lanzamiento, en el término de treinta días.

CONSIDERANDO: Que el único motivo del recurso interpuesto por don E. J. R. L. contra el auto por el que la Sala de lo Civil de la Audiencia de Las Palmas de Gran Canaria, en grado de apelación, no dió lugar a reponer el auto de 5 de abril antes citado, ni a dejar sin efecto el requerimiento conforme a lo acordado en el mismo con respecto al piso que en la referida casa ocupaban doña J. L. L. y sus familiares, y a la parte del mismo edificio ocupado por don J. L. L., se ampara por aquel recurrente en el art. 1.695 de la LEC., con alegación de que el auto que impugnaba resolvía un punto que además de no haber sido controvertido en el pleito ni decidido en la sentencia afectaba a los derechos civiles de

quien como él no había sido parte en el mismo en ningún momento, y es cierto que estos extremos relativos a la posesión que se había de dar al comprador, en ejecución de sentencia de la casa sacada en ella a pública subasta, y al requerimiento a sus ocupantes para que de ella salieran, no fueron dictados, ni pudieron serlo, en el juicio, y que ni la sentencia en este dictada, ni los efectos que de lo pronunciado en ella se derivasen, cabía que obligaran, conforme a fundamentales principios acogidos por la jurisprudencia, a quienes en el litigio no hubieran sido parte, pero también lo es que los que con la calidad de demandados intervinieron en el mismo quedaron sometidos tanto al cumplimiento de lo resuelto en el fallo como a sus consecuencias naturales necesarias para su efectividad, y no cabe desconocer que tanto la doña J. L. como don J. L. intervinieron con el expresado carácter en el pleito y que, por consiguiente, se hallaban obligados a soportar la ejecución de su sentencia firme, e igual que aquélla el recurrente don E. J. R. L. en lo relativo al requerimiento hecho a la mencionada señora para que dejase a disposición del comprador la parte de casa que ocupaba, puesto que con la misma y como hijo suyo convivía, sin que le asistiera privativamente ninguna razón distinta de la de estar comprendido entre los miembros de la familia de la demandada dicha, afirmación fundamental del auto recurrido y que el recurrente no combate por vía adecuada.

CONSIDERANDO: Que por constituir la sentencia ejecutoria título con fuerza ejecutiva para conseguir el cumplimiento material y efectivo de su fallo con uno de medios legalmente eficaces para vencer la contraria voluntad del obligado, son aplicables para el logro de esta finalidad no sólo las normas especiales establecidas en los artículos 919 y siguientes de la LEC., sino también, como complementarias de ellas, las que contiene la propia Ley en la sección segunda del título quince de su libro segundo, relativas al procedimiento de apremio, que no son de exclusiva aplicación al cumplimiento de las sentencias dictadas en el especial juicio ejecutivo, y como el artículo 1.515, en la indudable concordancia que guarda con el 926, por obedecer ambos a la necesidad de que lo resuelto en las sentencias firmes se cumpla con sus propios efectos, dispone, refiriéndose al caso de venta en pública subasta, que otorgada la escritura de venta ha de ponerse al comprador, si lo solicita, en posesión de los bienes, la doctrina de esta Sala, con reiteración establecida al interpretar el segundo de los preceptos citados y aplicable al primero, tiene declarado que la adjudicación judicial de inmuebles no puede consistir en otra cosa que en poner en posesión de ellos al acreedor, llegando al lanzamiento del deudor que los ocupa sin necesidad de un nuevo pleito, por no ser esta medida legal exclusiva del juicio de desahucio.

CONSIDERANDO: Que por cuanto antecede, y no cabiendo entender que, según queda estimado, sea don E. J. R. L. un tercero ocupante de la casa de la que lo es su madre, la demandada en el pleito doña J. L. L., a la que el requerimiento que aquél impugna se refiere, se ha de desestimar el recurso por él mismo interpuesto, con la fundamental alegación de no haber sido él, sino su madre, el vencido en el pleito.

CONSIDERANDO: Que las mismas razones ya consignadas hacen desestimable también el recurso interpuesto por don J. L. L., en el que igualmente se ponen al amparo del art. 1.695 de la Ley procesal el motivo que formula, porque habiendo sido parte demandada en el juicio en el que recayó la sentencia declaratoria de la indivisión de la casa de que como comunero de la misma proindiviso ocupaba parte, y condenatoria para él a pasar por la enajenación del inmueble en pública subasta, quedó obligado a acatar los efectos legales a que del fallo se habían de seguir, entre ellos el de dejar a la disposición del comprador rematante la finca vendida, desalojándola, conforme a la doctrina antes expuesta, sin que pueda serle útil para la finalidad que persigue su alegación, no demostrada en el recurso, de que además de ser comunero de la casa indivisa, su ocupación de parte de ella lo era a título de arrendatario, no admitida por la Sala de instancia, a la que según una reiterada jurisprudencia corresponde apreciar si los bienes vendidos en ejecución de sentencia se hallaban en poder de un tercero.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 JUNIO 1950

Civil—arrendamientos urbanos—incrementos de rentas: arts. 129 y 131 de la LAU.—requisitos para la resolución del contrato por esta causa: momento en que es necesario demostrar la legitimidad del aumento pretendido.

De los términos en que se hallan redactados dichos artículos, se infiere claramente que los requisitos exigidos son la notificación del incremento en la forma debida, que el inquilino lo haya rechazado, y que en el proceso derivado del ejercicio de las acciones establecidas en el segundo de los citados preceptos resulte la legitimidad del incremento pretendido, sin que sea necesaria la demostración previa de la legitimidad ni cualquier otro requisito distinto de los enunciados.

Civil—arrendamientos urbanos—resolución del contrato por negativa al pago de los incrementos de renta—consignación de los mismos después de ejercitada la acción.

Es inoportuna y carece de eficacia para enervar la acción.

CONSIDERANDO: Que conforme a lo estatuido en los arts. 129 y 131 de la LAU, para que el arrendador tenga derecho al percibo de los incrementos que autoriza el capítulo noveno, será requisito previo la notificación, por escrito, al inquilino o arrendatario de la cantidad que a juicio de aquél debe pagar y la causa de ello; y si el inquilino o arrendatario rechaza la elevación propuesta, el arrendador podrá optar entre reclamarse dichas diferencias o resolver el contrato, si la elevación indicada resultara legítima.

CONSIDERANDO: Que de los términos en que se hallan redactados los precitados artículos, se infiere, con claridad, que basta al éxito de las acciones aludidas que el arrendador haya notificado, en la forma indicada, al arrendatario la cantidad en que, a su juicio, deba incrementarse la renta, que el inquilino la haya rechazado, dando lugar a que el arrendador tenga que ejercitar las acciones establecidas en el art. 131 de la Ley, y que, en el proceso derivado de las mismas, resulte la legitimidad del aumento pretendido, ya que ni el artículo 129 ni el 131 condicionan el ejercicio de tales acciones a ninguna otra demostración previa de dicha legitimidad, ni son, por tanto, exigibles otros requisitos que los enunciados.

CONSIDERANDO: Que como la Sala sentenciadora afirma que la recurrente demostró, dentro del juicio, la legitimidad de la elevación de renta propuesta y, a pesar de tan terminante declaración, desestima la demanda, basándose solamente en que el arrendador venía obligado, con anterioridad a aquélla, a demostrar la procedencia de la elevación, sin que el demandado estuviera obligado hasta tanto a admitir, sin pruebas, aumento alguno, es visto que carente de fundamento legal tal aseveración, básica del fallo recurrido, incidió éste en las infracciones, determinantes de la injusticia notoria, que le atribuyen los motivos primero y segundo del recurso, siendo procedente su estimación.

CONSIDERANDO: Que la inoportunidad de la consignación de los incrementos de renta, después de ejercitada, al amparo del art. 131 de la citada Ley, la acción resolutoria del contrato de arriendo, es manifiesta, y carece de eficacia para enervar aquélla; ya que, como reconoce la Sala sentenciadora, no se trata en el presente caso de resolver el contrato por falta de pago, sino de la acción específica establecida en el artículo 131, que el inquilino pudo evitar aceptando tácitamente la elevación, y si resultare superior a la legalmente autorizada ejercitar dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que hubiere realizado el primer pago, la acción revisora que otorga el artículo 131; y como no lo hizo así, el hecho de que consignase la cantidad totalmente reclamada al demostrarse con los contratos vigentes el año 1936, acompañados a la demanda, la exigibilidad de aquélla, según afirma el Tribunal de instancia, no puede obstar al éxito de la acción resolutoria, procediendo en consecuencia estimar el recurso.

CONSIDERANDO: Que por ello debe dejarse sin efecto la sentencia impugnada, declarar resueltos los contratos de arriendo a que se refiere la demanda, e imponer las costas de primera instancia al demandado, según preceptúa el artículo 131 de la Ley, sin hacer mención de las costas de segunda instancia y las correspondientes al actual recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 28 JUNIO 1950

Sociedad civil—falta de inventario—eficacia de la sociedad de hecho resultante.

El artículo 1.668, subordinado a la genérica disposición del 1.278, no priva de eficacia para los contratantes a los contratos en los que se haya incumplido el requisito que exige, aunque la sociedad de hecho sin él constituida carezca de existencia jurídica y de efectos con relación a terceros.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—Se deducen de los considerandos.

CONSIDERANDO: Que afirma la Sala sentenciadora de instancia, con la de calidad de hechos fundamentales de sus pronunciamientos, la existencia de la comunidad de bienes discutida en el pleito, derivándola de un contrato de sociedad civil constituida por los hermanos C. E. y A. para la explotación en común del negocio de venta de carnes y leche, y la del posterior convenio de los dos primeros, al fallecimiento del último, con la viuda del mismo, M., representante legal de la hija, menor de edad, del matrimonio, de que ésta tuviera en el negocio referido una participación del 10 por 100; y al impugnar el recurso en su primer motivo la afirmación de estos extremos atribuye a la sentencia recurrida error de hecho al apreciar la prueba, con cita en el concepto de infringidos de preceptos que, en cuanto no se refirían a la valoración de la apreciada por el juzgador, son inadmisibles bajo el amparo, al que la parte recurrente los pone, del núm. 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CONSIDERANDO: Que por esta razón, impuesta por la observancia que ha de prestarse al rigor de la técnica procesal en materia de casación, que tampoco consiente que los recurrentes analicen las pruebas apreciadas por el Tribunal *a quo* contradiciéndolas con otras por medio distinto del de demostrar que se ha incidido en su apreciación en error que resulte evidente de documentos auténticos o de preceptos relativos a la valoración de las pruebas, se ha de concretar el examen del motivo a la alegación, que en él se hace, de que la Sala de instancia no ha deducido su presunción afirmativa del contrato de sociedad civil y de la comunidad de bienes existente entre los tres hermanos y del posterior convenio de participación en el negocio entre los demandados y la demandante, de hechos completamente acreditados como exige el artículo 1.249 del Código civil, sino de otras presunciones.

CONSIDERANDO: Que este supuesto de los recurrentes adolece de una inexactitud manifiesta, porque la Sala de instancia no toma como base para establecer la presunción que aquellos entienden desprovista de la que la Ley substantiva exige otras presunciones, sino que la deduce de hechos que con acertado uso de su facultad de apreciar las pruebas estimó probados, sin que la certeza de ellos se combatiera adecuadamente en el recurso, con los numerosos documentos acompañados con la demanda, escritos unos por los propios demandados y autorizados otros con su firma,

reconocida por los mismos en el juicio, los cuales hechos, precisados en la sentencia recurrida, tienen una significación y sentido tan acusados por las cuestiones debatidas, y un enlace tan preciso y directo con lo que de ellos deduce la Sala, que lógicamente no podían conducir a ésta sino al convencimiento y presunción fundamentales de su fallo.

CONSIDERANDO: Que lo que antecede determina la procedencia de desestimar el primero de los motivos del recurso, y no es más estimable el segundo, fundado en el núm. 1.º del precitado artículo 1.692 de la Ley procesal, en el que a vueltas de insistir en la afirmación, ya rechazada, de no haberse probado la existencia de la sociedad civil estimada en la sentencia recurrida, se aduce que por ello ha aplicado indebidamente los artículos 1.665, 1.671, 1.672 y 1.679, y violado el 1.668 del Código civil, con alegación de que conforme a este artículo es nulo de derecho el contrato de la expresada clase si no se ha hecho inventario de los bienes inmuebles, firmado por las partes que los han aportado, y, además, de que la demandante no ha probado que su marido hizo tal aportación, y aparte de que lo relativo a este extremo y al de la inexistencia de la sociedad, como cuestiones de hecho, no tienen amparo en el número que los recurrentes invocan, basta para que se haya de rechazar el supuesto de la violación que el motivo alega tener en cuenta que *el artículo 1.668, al que lo refiere, subordinado a la genérica disposición del 1.278 del mismo Código, no priva de eficacia para los contratantes a los contratos en los que se haya incumplido el requisito que exige, aunque la sociedad de hecho sin él constituida carezca de existencia jurídica y de efectos con relación a terceros.*

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 JUNIO 1950

Contratos—relatividad—en caso de conexión con otro contrato.

Los contratos no pierden su individualidad exclusivamente vinculatoria para quienes los celebran, aunque tienda uno de ellos a facilitar el cumplimiento de obligaciones contenidas en otro.

Mandato—responsabilidad del mandatario—omisión de la reclamación autorizada por la Ley de 12 de diciembre de 1942, respecto de fondos bancarios de que le había provisto el mandante.

ANTECEDENTES.—La empresa actora remitía con frecuencia fondos a la cuenta corriente del demandado, con aquiescencia de éste, con destino a la compra de lanas que para dicha empresa verificaba el hijo del demandado; una de estas remesas fué hecha poco antes de iniciarse el Movimiento Nacional; ambos litigantes quedaron en zona roja; parte de la remesa había sido ya retirada para compra de lanas, que no llegaron a poder de los actores; los rojos bloquearon, y, según el demandado expusieron su cuenta; la empresa actora solicitó varias veces, antes y des-

pués de terminar la guerra, la devolución de los fondos enviados, lo que no consiguió; el demandado no utilizó el procedimiento previsto en la Ley de 12 de diciembre de 1942. Entablada demanda en reclamación de los fondos, fué desestimada en primera instancia; en segunda, se condenó al demandado a pagar la cantidad resultante de aplicar el porcentaje procedente de la Ley de Desbloqueo a la parte de la remesa de que no se había dispuesto por el hijo del actor, antes del Alzamiento, para la compra de lanas. El demandado interpuso recurso de casación.

MOTIVOS.—1.º Infracción de los arts. 1.709 y 1.720 C. c., y 252 y 263 C. de c., en relación todos con el 1.254 C. c.; entre actor y demandado no mediaba una relación de mandato, sino que el segundo era mero auxiliar de su hijo, siendo éste comisionista de la empresa actora.

2.º Infracción de los arts. 1.712, 1.714 y 1.719 C. c., en relación con el 1.099; de los 250, 257 y 262 C. de c., y del 1.723 C. c.; del 254 C. c., y de doctrina legal; aunque se estime la existencia de un mandato entre actor y demandado, tal contrato sólo obligaba al segundo a poner los fondos a disposición de su hijo, lo que hizo, sin que se enriqueciera injustamente, pues fué exploliado; además, siendo mandatarios ambos, padre e hijo, su responsabilidad sería mancomunada, no solidaria.

3.º Infracción de los arts. 1.902, 1.101, 1.105 y 1.186 C. c., y de doctrina legal; la culpa de no haberse entablado la oportuna reclamación bancaria no es exclusiva del demandado, sino que concurre en ella también la empresa actora.

CONSIDERANDO: Que por ser hecho cierto, de realidad reconocida por los litigantes y afirmada en la sentencia recurrida, que la Sociedad V. transfirió desde Barcelona en el mes de julio de 1936 a la cuenta corriente abierta en la sucursal de Castuera del Banco E., a nombre de don M. T. M., en la que fué ingresada la cantidad de 20.000 pesetas, para que don J. T., hijo de aquel titular las dedicara a la compra de lanas por cuenta de la mencionada Compañía, habiéndose aceptado demostradamente por el cuenta-correntista la transferencia, y su objeto, no cabe desconocer que entre la sociedad demandante y el demandado quedó configurada jurídicamente una relación contractual comprendida en el amplio concepto positivo que asigna el art. 1.709 del C. c., al mandato, constituido del modo que autoriza el art. 1.710 del mismo Código, y vinculando al mandatario, no sólo al cumplimiento del encargo o servicio a que había prestado con sus actos aceptación, sino también a las demás obligaciones y responsabilidades derivantes de su condición.

CONSIDERANDO: Que la expresada relación obligacional establecida entre la sociedad demandante y el demandado don M. T. M. para la finalidad de que ésta hiciera entrega a un tercero de los fondos que con este objeto fueron ingresados en su cuenta corriente, no se puede entender que se halla integrada en otro contrato distinto del de mandato que por sí mismo constituiría, puesto que su contenido sólo ligaba, conforme a su naturaleza y objeto, a quienes en él fueron parte, sin que en el de comisión celebrado entre la propia sociedad y don J. T. tuviera intervención a guna el mandatario, ni las obligaciones y responsabilidad de éste fueran exigibles al comisionista, porque es fundamental principio acogido en el art. 1.257 del Código civil, que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos.

CONSIDERANDO: Que lo que antecede hace desestimable el primer mo-

tivo del recurso, fundado en el número primero del art. 1.692 de la Ley Procesal, con cita en el concepto de infringidos de los arts. 1.709 y 1.720 del C. c., entre otros que el recurrente entiende que guardan con los mismos relación, arguyendo para ello sobre el supuesto, precedentemente rechazado, de que el mandato constituido por la transmisión de cantidad a don M. T. M. era parte integrante de la comisión conferida a éste, por lo que el contrato era uno solo, afirmación e inteligencia notoriamente equivocados, porque *los contratos no pierden su individualidad exclusivamente vinculatoria para quienes los celebran, aunque tienda uno de ellos a facilitar el cumplimiento de obligaciones contenidas en otro*; e infundada es también la acusación, que en el mismo se hace, de haber infringido la sala sentenciadora en instancia los arts. 250 y 263 del C. de c., al no atribuir al comisionista, no demandado en el pleito, la responsabilidad derivada de una provisión de fondos que fueron puestos a su disposición, porque aquellos preceptos sustantivos carecen de aplicación al caso cuestionado, en el que la acción de la demandante se encaminaba a obtener que se le restituyeran los fondos no percibidos por el comisionista, falta de percepción que según el preciso sentido del segundo de los citados artículos impedía que se le exigiera la rendición de cuenta y el reintegro de tales fondos, ello aparte de que al absolver la sala al demandado en lo relativo a la cantidad que éste había entregado a su hijo, don J. T., tuvo sin duda en cuenta los referidos artículos.

CONSIDERANDO: Que tampoco ha infringido la sentencia recurrida ninguno de los numerosos preceptos sustantivos que se citan en el segundo de los motivos del recurso, sin la debida observancia de la prevención que contiene el art. 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su último párrafo, porque persistiendo en él el recurrente en atribuir la responsabilidad que la parte actora le demanda, a su hijo, don J. T., por su calidad de comisionista al que estaban destinados los fondos que para que de ellos fuera provisto, quedaron ingresados en la cuenta de la que era titular el don M., y apartándose de que lo fundamentalmente cuestionado en el juicio y resuelto en el fallo recurrido, versó sobre su obligación como mandatario de reintegrar al mandante en la cantidad que no había tenido el destino objeto del mandato, aduce alegaciones contrarias a la realidad legal, y por ello, inadmisibles, como son las de que la cantidad ingresada en su cuenta corriente había quedado a disposición de su hijo, con lo que estaba cumplido en sus propios términos el mandato, siendo así que del haber que las expresadas cuentas arrojan sólo puede disponer su titular y que, como queda dicho, no llegó a percibir aquél la suma a cuya devolución a la parte actora se concreta el fallo impugnado, y la, en absoluto injustificada, de que el don M. tenía el carácter de comisionista sustituto de su hijo don J. a los efectos del art. 262 del Código de comercio.

CONSIDERANDO: Que aun en el supuesto de tenerse por ajustado a la realidad de lo sucedido el hecho, sólo afirmado en la sentencia recurrida como alegación del demandado que no podía ampararse, de que de la cuenta corriente del mismo fueron extraídas por orden del Comité Marxista de Castuera, cantidades superiores a la de 11.000 pesetas, procedente

de la transmisión a ella por la sociedad demandante, no por eso cabría entender, como en el tercero de los motivos del recurso se pretende, que la pérdida de la indicada cantidad había de pesar sobre el mandante. quedando extinguida por fuerza mayor la obligación que tenía el mandatario de restituírsela, porque según el claro sentido de los arts. 1.719 y 1.726 del C. c., este último en su indudable concordancia con el 1.101 y el 1.103 del propio cuerpo legal *la omisión por el mandatario de la diligencia necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones lo hace responsable de los perjuicios que de ella se deriven, y en falta de la misma incurrió don M. T. M. al no ejercitarse la acción, que a él sólo asistía, conforme a la Ley de 12 de diciembre de 1942, para el logro a su amparo de la reposición que ordena en su artículo segundo de las cantidades expoliadas de la manera y en el tiempo de dominio rojo a los que el recurrente se refiere;* de donde se sigue que al estimarlo así para su fallo condenatorio la Sala de instancia no ha incidido en las infracciones que alega el motivo, por lo que este ha de ser desestimado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 JUNIO 1950

Competencia—acción personal.

La norma del art. 62 LEC. no se desvirtúa porque el acreedor autorice, para mayor facilidad, el cobro parcial en lugar distinto del destinado en principio para el cumplimiento de la obligación.

SENTENCIA 1 JULIO 1950

Promesa de venta—consecuencias del incumplimiento—posibilidad de consumación sin nuevo consentimiento del obligado.

El compromiso de venta da derecho a los contratantes para exigirse recíprocamente el cumplimiento de lo pactado, ésto es, la venta prometida y previamente consentida, con aplicación en su caso, de lo previsto en el art. 1.098, párr. 1.º, C. c., si el obligado se resistiere a cumplir la obligación, quedando el derecho a percibir indemnización para el supuesto de que dicho contrato no se pueda cumplir, de lo cual se deduce que para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato.

El acto de firmar una escritura de compraventa no es de aquellos que no puedan realizarse en nombre del obligado sin violar el contenido del art. 1.161 C. c.

ANTECEDENTES.—Actor y demandado habían celebrado un compromiso de venta en cuya virtud el segundo se obliga a vender al primero la parte de determinada finca que se le adjudicase en la liquidación de la sociedad

de gananciales de su matrimonio; habiéndosele adjudicado una cuota de la finca, no accedió a cumplir el compromiso; interpuesta demanda, el demandado alegó que el actor, que era previamente dueño de una parte indivisa de la finca, había renunciado implícitamente al derecho derivado del compromiso al pedir la división judicial de la finca; la demanda fué estimada en ambas instancias; el demandado interpuso recurso de casación.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Están reseñados en los Considerandos.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso que se ampara en el número primero del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denuncia el recurrente la infracción por interpretación errónea del artículo 1.451 del Código civil en relación con la del 1.445 del mismo Cuerpo legal por aplicación indebida, así como violación de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias que cita, y para fundamentar su impugnación sienta la tesis de que siendo la declaración de voluntad contenida en el documento privado de 31 de marzo de 1941 un verdadero contrato de promesa de vender y comprar, y reconociendo que muy acertadamente lo ha calificado así el juzgador de instancia, la sentencia recurrida ha incurrido en las infracciones que cita porque impone al demandante las consecuencias propias del contrato de compraventa perfeccionado, como son la obligación de otorgar la escritura de compraventa y el apercibimiento de que la otorgue el Juez en su nombre, si el obligado no se aviniere a hacerlo, mientras que el incumplimiento del contrato de promesa de comprar y vender sólo tendría como consecuencia la indemnización de perjuicios si adecuadamente se pidiere, porque el consentimiento que el otorgante presta en el referido contrato de promesa de vender o comprar queda concretado en la mencionada convención contractual sin que tenga virtualidad para trascender con eficacia a otro negocio jurídico futuro (la compraventa) que no era lo querido en el acto de otorgar la promesa, por lo que estima que es necesaria para perfeccionar la compraventa otra manifestación de voluntad diferente en el tiempo de la que sirvió para dar vida jurídica al contrato de promesa de comprar y vender, revelándose así la equivocación de la sentencia recurrida que, al obligar al demandado a otorgar la escritura de compraventa de la finca en cuestión, viene a forzar una voluntad que aún no tuvo nacimiento, produciéndose aún mayor error al conminar con el otorgamiento de la mentada escritura por el Juez en nombre de la parte, si ésta no lo hiciere, porque entonces se daría el caso de que el Juez otorgante vendría a presentar una voluntad que no existió para aquel acto jurídico que se realizaba, además de que por ser este otorgamiento un acto personalísimo, a juicio del recurrente, no podría ser prestado por otra persona distinta del demandado, pero esta argumentación expresada con aguda sutileza en el razonamiento del recurso, aunque cierta en el punto de arranque es errónea en sus deducciones porque, en efecto, dejando aparte las discusiones doctrinales sobre las modalidades que puede revestir este contrato de promesa de venta y si debe ser considerado solamente como contrato preparatorio o precontrato, es incuestionable que la dicha convención, al reunir los

requisitos del art. 1.261 del Código civil, es por su naturaleza un contrato consensual y bilateral con vida y entidad propias, corroborándose la doctrina jurisprudencial—Sentencia de 28 de marzo de 1944, citada en el recurso—la que afirma que en la legislación patria no se identifican los contratos de promesa de venta y de compraventa sino que son dos figuras jurídicas diferentes de acusado matiz distinto y precisamente por esa característica de independencia y constituyendo ese aludido matiz diferencial, la voluntad expresada para perfeccionar el dicho contrato de promesa de venta proyecta su eficacia no sólo en la constitución del vínculo jurídico que sujeta a las partes sino sobre el objeto de la convención (uno de los elementos esenciales requeridos para que exista contrato) que en el que se examina no puede ser otro que la realización de la venta o compra prometidas cuando se resuelva la condición circunstancial o de tiempo establecida para su consumación, es decir, que por lo que respecta al otorgante dueño de la cosa, se contrae la obligación futura de consentir la transferencia del dominio que se ostenta sobre la dicha cosa prometida, para lo cual entra en juego como específica la norma contenida en el art. 1.451 del Código civil, que habiendo de aplicarse en relación con los preceptos referentes a la contratación, da *derecho a los contratantes para exigirse reciprocamente el cumplimiento de lo pactado, esto es la venta prometida y previamente consentida, con otorgamiento de escritura pública, si se diera el supuesto que previenen los arts. 1.279 y 1.280 del Código civil y aún con aplicación, en su caso, de lo previsto en el 1.098, párrafo primero de dicho Cuerpo legal si el obligado se resistiere a cumplir la obligación, quedando el derecho a percibir indemnización*, que el recurrente considera como única consecuencia del incumplimiento de la promesa de venta y a que se refiere el párrafo segundo del citado art. 1.451, para el supuesto de que dicho contrato no se pueda cumplir que es el caso que contemplan las sentencias que en el recurso se citan y que no es el que se da en este litigio en que el contrato se puede cumplir y se previene la resistencia del obligado, de todo lo cual se deduce que para la consumación del contrato de promesa de vender o comprar no se requiere una nueva y especial manifestación de voluntad por venir ya prestado para ello el suficiente consentimiento al perfeccionarse aquel contrato y que las consecuencias del mismo, obligatorias para los contratantes a tenor del art. 1.258 del Código como derivadas de los preceptos sobre contratación, son análogas, salvo su especialidad, a las que se producen en la compraventa, habiéndose de concluir que destruidas las objeciones fundamentales que constituyen la tesis del recurrente para sostener el primero y fundamental motivo del recurso queda sin base y debe ser de estimado, declarándose que el Tribunal a quo no incurrió en las infracciones que se denuncian, sino que aplicó rectamente los preceptos que como infringidos se citan.

CONSIDERANDO: Que igualmente deben ser desestimados los motivos segundo y tercero del recurso, que son consecuencia del anterior motivo ya rechazado, y en los cuales al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil se denuncian, respectivamente, la

infracción por violación de los arts. 1.255 y la de los 1.261, 1.254 y 1.258 del Código civil, por que la sentencia recurrida examina concretamente el contrato de promesa de venta que es el que considera que únicamente se contiene en el documento privado de 31 de marzo de 1941, objeto del litigio, sin haber objeción alguna a los pactos que libremente establecieron las partes, y sin atribuirle como erróneamente afirma el recurrente, ninguna de las características del contrato de compraventa, con lo que la Sala de instancia ha prestado acatamiento a la libertad contractual establecida en el art. 1.255 y en uso de su facultad ha calificado el contrato celebrado entre las partes y a esta calificación ha ajustado su juicio, que no puede ser rebatido como lo hace el recurrente en este segundo motivo por la sola exposición de su opuesto criterio y tampoco han sido infringidos los preceptos que se citan relativos al consentimiento en los contratos, a que se refiere el motivo tercero, porque como se declara en el primer considerando, en el contrato de promesa de vender o comprar, por su singular naturaleza se encierra y contiene el consentimiento suficiente para perfeccionar y consumar la futura compraventa prometida.

CONSIDERANDO: Que por los razonamientos que sustentan los motivos cuarto, quinto y sexto, amparados también en el número primero de art. 1.692 de la Ley rituaria civil, han de considerarse dichos motivos complementarios de la argumentación empleada para sostener el motivo primero y como no añaden razón alguna con virtualidad suficiente para que haya que modificar el criterio que indujo a la desestimación de aquel primer motivo, es de obligada consecuencia la declaración de la improcedencia de éste, porque ni se ha infringido el art. 1.281 del Código civil (tesis del motivo cuarto) ya que, según reconoce, coincidiendo en tal interpretación el recurrente, el juzgador de instancia calificó con acierto el contrato en cuestión de promesa de venta exclusivamente; ni se ha desconocido el 1.091 (motivo quinto, que no contiene razonamiento alguno, sino una escueta afirmación); ni, por último, la aplicación del art. 1.098 (motivo sexto), mandando hacer a costa del demandado lo que éste se resistiere a cumplir, significa en este caso como afirma el recurrente, la intervención de un otorgante que aparecería representando una voluntad que no existió, porque precisamente está dictado el precepto en términos generales para suplir por la Ley la rebeldía de la voluntad del otorgante remiso en cumplir lo pactado, ni tampoco el acto de firmar una escritura de compraventa, que el recurrente califica de personalísima, es de aquellos que no puedan realizarse en nombre del obligado sin violar el contenido del art. 1.161 del Código civil, que notoriamente revela que fue redactado para otros circunstanciados supuestos.

SENTENCIA 1 JULIO 1950

Arrendamientos urbanos—derecho a volver a ocupar el local reh echo.

No infringe los arts. 1.283 y 1.285 del C. c. la Sentencia que con recta interpretación de un acta notarial, único elemento de prueba fehaciente, reconoce el arrendatario el local que tenía en arriendo y que resulta después de la reforma de la calle que motivó las obras.

MOTIVOS.—Primero.—Infracción por aplicación indebida del art. 1.281 del Código civil.

Segundo.—Infracción por inaplicación del art. 1.232 del Código civil y 580 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tercero.—Infracción por inaplicación de los arts. 1.283 y 1.285 del Código civil.

Cuarto.—Infracción por violación del art. 197 del Reglamento del Notariado de 8 de agosto de 1935 y el 144 del de 2 de junio de 1944.

Quinto.—Basado en el número 3.^o del artículo 1.692 de la LEC., por cuanto la sentencia otorga más de lo pedido por el actor.

CONSIDERANDO: Que el motivo tercero del recurso reputa infringidos los artículos 1.283 y 1.285 del Código civil, porque la sentencia concede más extensión de la que fué objeto de la cláusula segunda del contrato de 8 de marzo de 1943, y esto lo hace por no interpretar esa cláusula por lo consignado en la primera, que se refería al local que entonces tenía el actor en arriendo, pero no existe tal infracción porque la sentencia, con recta interpretación de las dos cláusulas citadas, reconoce al actor el local que tenía en arriendo, que resulta después de la obra, y como en el mencionado documento de 8 de marzo de 1943 no se determina su extensión superficial, la fija expresamente en el fallo con arreglo al local que queda después de la reforma de la calle que motivó las obras y en relación con la extensión que consta en el único elemento de prueba fehaciente puesto a su alcance sobre la superficie que antes de la obra ocupaba el actor, que es el acta notarial de 20 de febrero de 1943, por lo cual es inaceptable este motivo.

CONSIDERANDO: En cuanto al cuarto motivo, que ni la infracción de los artículos 197 del Reglamento de 8 de agosto de 1935 y el 144 del de 2 de junio de 1944 pueden por su contenido ser fundamento para recurso al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, ni la Sala sentenciadora los ha infringido, porque no conceptúa a ese acta notarial como continente de un acuerdo de voluntades, sino que recoge el hecho de la superficie que bajo la fe notarial acredita para determinarla en el fallo, ya que no consta expresamente en el referido documento de 8 de marzo de 1943.

CONSIDERANDO: Que no es exacto como alega el motivo quinto que la sentencia dé más de lo pedido por el actor, porque éste pidió en la demanda “la totalidad del local bajo de la casa número 19 de la calle de Sagasta”, además de la fijación del nuevo alquiler, que no es objeto de este recurso, y la sentencia le otorga “el local bajo resultante de la casa

de la calle de Sagasta, número 19, en la extensión de setenta y nueve metros y nueve decímetros cuadrados", con lo que es evidente que concede lo mismo exactamente pedido y se fija una extensión, esta es la que queda después de la obra, según los peritos, y algo menos de la que ocupaba antes, según el acta repetida, y, por tanto, no procede este motivo, tampoco.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 4 JULIO 1950

Competencia—reclamación de indemnización de daños y perjuicios.

Según reiterada doctrina (sentencias de 28 de mayo de 1936 y 5 de enero de 1948, entre otras) la obligación de indemnizar ha de ser cumplida donde fueron ocasionados los perjuicios.

SENTENCIA 10 JULIO 1950

Civil—arrendamientos urbanos—traspaso de local de negocio—traspaso ilegal—aplicación del artículo 149, número 3º, LAU.

La introducción en el local arrendado de una tercera persona que lo ocupa y disfruta por razón del negocio allí establecido, y en manifiesta convivencia con el arrendatario, constituye un traspaso en sentido real, y es suficiente para estimar aplicable la causa de resolución señalada en el artículo 149, 3º LAU.

Arrendamientos urbanos—art. 36 LAU—inaplicabilidad en el caso de que se trate de local de negocio—resolución del contrato—legitimación pasiva.

El citado precepto no es aplicable en el supuesto de tratarse de local de negocio, caso en que no es necesario demandar al cessionario.

ANTECEDENTES.—El 19-XII-1940 I. G. arrendó un local, estableciéndose en el contrato que lo dedicaría a la instalación de una academia particular, y asimismo que daría lugar a la terminación del contrato el traslado del inquilino a población desde la que no pudiera atender la academia. Omitido este último hecho, y como apareciera ocupando el local L. G. R. S., que se titulaba director y copropietario de la academia, el arrendador presentó demanda frente a I. G., solicitando se declarara resuelto el contrato por traspaso ilegal y se decretara el desahucio. El demandado contestó negando que su traslado a población distinta le impidiera regir la academia, y alegó asimismo que ésta pertenecía en copropiedad a él y a L. G. R. S., habiéndose arrendado por ambos el local, si bien el contrato aparecía solamente a su nombre. El juez de Primera Instancia no accedió a la demanda, y, en apelación, la A. T. no entró a juzgar el fondo del asunto,

por no haberse demandado a L. G. R.-S., a quien se reputaba cessionario, confirmando en lo demás la sentencia apelada. El actor interpuso recurso de injusticia notoria, basado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero, segundo y tercero: Vid Considerados.

Cuarto. Infracción del artículo 14º, número 3º, LAU, y doctrina legal sobre el mismo contenida en las STS. 20-I-48, 29-I-48, 6-VII-48 y 6-II-48.

CONSIDERANDO: Que si bien el artículo 36 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que cuando el arrendador pretendiera resolver el contrato de arrendamiento por cesión de vivienda, deberá demandar también al cessionario, lo que el actor no ha verificado, es lo cierto que este artículo sólo es aplicable al caso de cesión de vivienda, pero no al de local de negocios, y no cabe duda que lo es el que es objeto de la demanda, ya que se trata, no de un mero escritorio u oficina, asimilados a vivienda, cuyo inquilino se valga de él para ejercer actividades de enseñanza con fin lucrativo, caso del artículo 10 de la expresada Ley, sino de un establecimiento que no tiene por fin la vivienda, sino el ejercicio de una actividad de enseñanza, que es la definición que del local de negocios da el dicho artículo de la Ley, como lo evidencia el contrato de arrendamiento al referirse a que se instalara en dicho local una academia particular o privada, con exclusión de todo otro destino, procediendo por tal motivo la estimación del recurso, no porque la resolución sea incongruente al absolver por entender que debió ser demandado también el cessionario, como se dice en el motivo primero del recurso, pues es atribución del juzgador determinar las condiciones de la relación jurídico procesal, sino por el segundo, que destaca la infracción de los artículos 1º y 10 de la Ley citada.

CONSIDERANDO: Que no habiendo entrado la sentencia en el examen del fondo del asunto al reputar la existencia que se niega de una litis consorcio necesario, no son de estimar cuantas infracciones se indican en el recurso en orden a la apreciación de la prueba, ya que es esta Sala, actuando de Tribunal de instancia, la que ha de examinar si el actor ha probado o no su acción.

CONSIDERANDO: Que hay un hecho indiscutible del que no cabe prescindir: que el contrato de arrendamiento se verificó con el demandado don I. G., estableciéndose además en su cláusula tercera que el traslado de este señor a punto donde no pudiera dirigir la academia determinaría la cesación del contrato, lo que evidencia el carácter personalísimo de éste, sin que contra este hecho pueda prevalecer el resultado que arroja la prueba testifical favorable para la tesis del demandado; que el contrato se hizo con la sociedad que formaban él y don L. G. R.-S. para la explotación de la academia militar allí instalada, integrada dicha prueba en su mayor parte por los profesores de la aludida academia; y otro hecho no menos evidente: que al frente de la academia se encuentra hoy, no don I. G., trasladado a C. en su carrera militar, con anterioridad a la demanda, que el citado don L. G. R.-S., que, según ambos, es consocio del primero en la explotación del espacio y a cuyo nombre va la contri-

bución industrial, así como los contratos de suministros de agua y electricidad al citado piso.

CONSIDERANDO: Que aun cuando no un traspaso en el sentido legal, tal como aparece en el artículo 9.^o del Decreto de 21 de julio de 1936, que sería la legislación aplicable, o en el artículo 44 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, estas circunstancias permiten apreciar la existencia de un traspaso en sentido real del piso en cuestión, es decir, la introducción en el local arrendado por el causante del actor de una tercera persona que lo ocupa y disfruta por razón del negocio allí establecido, y en manifiesta convivencia con el arrendatario, y esto es suficiente para estimar la existencia de la causa de resolución de contrato, invocada y contenida en el número 3.^o del artículo 149, por lo que procede su estimación, ya que lo que la Ley no autoriza en modo alguno, llámate traspaso, cesión o subarriendo, es que el piso arrendado a determinada persona sea ocupado y utilizado por otra contra la voluntad expresa del propietario, procediendo, por ello, la resolución del contrato.

CONSIDERANDO: Que, a tenor del artículo 162, deben ser declaradas las costas de primera instancia de cuenta del demandado, sin que proceda hacer expresa condena de las mismas en segunda instancia ni en este recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 11 JULIO 1950

Recurso de revisión—cómputo del plazo—aplicación de la LEC.

Siendo distintas las normas establecidas por el C. c. y la LEC. para el cómputo de los términos señalados por meses, se impone la necesidad de aplicar lo establecido por la Ley de Procedimiento civil, porque la norma de dicha Ley tiene un carácter más concreto y específico en lo que se refiere a términos y plazos procesales, y es una máxima jurídica que la Ley posterior, cuando es general, no deroga a la especial anterior, si no lo expresa.

CONSIDERANDO: Que el artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone que en los casos previstos por el artículo 1.796, el plazo para interponer el recurso de revisión será el de tres meses, que en el caso de maquinación fraudulenta se contará desde el día en que se descubriere el fraude, y fundándose en este precepto la demandada “Garajes, Representaciones, Accesorios y Talleres, S. A.”, excepciona la caducidad del recurso, toda vez que habiendo manifestado el recurrente en el escrito en que lo interponía que tuvo noticia de los hechos constitutivos de las maquinaciones fraudulentas en que el recurso se funda el día 11 de marzo de 1948, y habiéndose presentado dicho recurso ante este Tribunal el 10 de junio siguiente, el expresado plazo legal había transcurrido cuando el recurso se interpuso, pero si bien es cierto que el Código civil en su ar-

tículo 7.º previene que si en las leyes se habla de meses se entenderá que los meses son de treinta días, no lo es menos que el artículo 305 de la Ley de Enjuiciamiento civil establece que los términos señalados por meses se contarán por meses naturales, es decir, que las normas establecidas por uno y otro cuerpo legal para el cómputo de los términos señalados por meses son distintos, y en la obligación de resolver tal discrepancia se impone la necesidad de aplicar lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento civil, no obstante ser el Código civil de fecha posterior, porque la norma de la expresada Ley de Procedimiento tiene un carácter más concreto y específico en lo que se refiere a términos y plazos procesales, y es una máxima jurídica que la Ley posterior, cuando es general, no deroga a la especial anterior, si no lo expresare, por lo que, haciendo aplicación de estos principios al caso debatido, resulta que el recurso se interpuso dentro de los tres meses señalados para ello por el artículo 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento civil, antes citado, y debe desestimarse la excepción de caducidad alegada por la demandada.

CONSIDERANDO: Que dicha parte demandada alega también la caducidad del recurso por no haber consignado el recurrente las rentas vencidas al interponerlo y las que han ido venciendo durante su tramitación, conforme exige el artículo 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento civil; pero dicho artículo, en relación con el 1.566 de la misma Ley se refiere a los recursos de apelación y casación interpuestos por el arrendatario demandado, pero no al de revisión, que se rige por sus normas específicas, una de las cuales es el artículo 1.799 de la expresada Ley procesal, que solamente exige para que se pueda tener por interpuesto dicho recurso que al escrito en que se solicite la revisión acompañe el recurrente el documento justificativo del depósito de las cantidades que tal precepto señala, requisito que fué cumplido, sin que exista ninguna razón de analogía que pudiera justificar la aplicación del precepto que la demandada invoca, ya que dicho precepto se dictó para impedir que los arrendatarios de mala fe siguieran ocupando la finca sin pagar renta al propietario, circunstancia que no puede darse en el recurso de revisión, que no produce conforme al artículo 1.803, la suspensión de la ejecución de las sentencias firmes que lo motiven, y si bien el propio artículo establece, como excepción al principio general, que podrá el Tribunal, en vista de las circunstancias, a petición del recurrente y oído el Ministerio fiscal, ordenar la suspensión de la ejecución, para ello se exige que aquél preste fianza que comprenda el valor de lo litigado y los daños y perjuicios consiguientes a la inejecución de la sentencia, con lo cual queda evitado el daño que el arrendador pudiera sufrir con la permanencia del arrendatario en la finca durante la tramitación del recurso.

FALLO.—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 19 DICIEMBRE 1949

Arrendamientos rústicos—validez de un convenio oral declarado inexistente por sentencia firme.

No procede el examen del recurso cuando sus motivos se fundamentan en la invocada validez de un convenio oral entre las partes litigantes, cuando éste fué declarado inexistente por sentencia firme.

CONSIDERANDO: Que los cuatro motivos del recurso tienen un solo fundamento, la invocada validez de un convenio oral entre las partes litigantes, sobre segregación de una hectárea de terreno, de las 23 arrendadas, convenio que no llegó a consignarse en documento alguno y que seguidamente sobre su validez y eficacia, entre las mismas partes del presente recurso, fué declarado inexistente por sentencia firme por la Audiencia Territorial de Valladolid de 4 de febrero de 1947, condenando al demandado, hoy recurrente, a que se abstuviera de dedicar dicha hectárea a otro cultivo que no fuera pactado en la escritura de arriendo de 21 de diciembre de 1942, escritura que es la base y fundamento de la acción de desahucio ejercitada por el demandante, hoy recurrido en su demanda, origen de los citados autos.

CONSIDERANDO: Que funda el recurso en un convenio "inexistente", según resolución firme del mismo Tribunal que dictó la sentencia hoy recurrida, sería inútil e improcedente entrar en el examen detallado de los motivos del recurso, porque ello equivaldría a emitir a discusión y resolución materia ya decidida e irrecusable, resucitando un convenio que no existió en la esfera del derecho, según el referido fallo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 DICIEMBRE 1949

Arrendamientos rústicos—imposibilidad de ampararse simultáneamente en el artículo 5.^o de la Ley de 28 de junio de 1940 y en la norma adicional primera de la Ley de 23 de julio de 1942.

Apoyada la demanda en la disposición adicional primera de la Ley de 23 de julio de 1942, tal norma no está sometida a otra condición que la que el arrendador contraiga el compromiso del cultivo directo de la finca por el tiempo que la Ley exige.

CONSIDERANDO: Que reconocido por la sentencia recurrida el vencimiento del contrato de arrendamiento sobre la finca objeto del pleito, el 31 de diciembre de 1947, como la parte actora sostiene en su demanda, la cuestión a resolver en el presente recurso se concreta a determinar si era o no preciso el plazo del preaviso que el art. 5.^o de la Ley de 28 de junio de 1940 exige para el caso de que el arrendador pretenda disponer de la finca arrendada, para explotarla directamente, cuestión que la sentencia recurrida resuelve afirmativamente.

CONSIDERANDO: Que solicitado en la demanda la aplicación de la norma adicional primera de la Ley de 23 de julio de 1942, en la que se basa la acción de desahucio ejercitado, por pretender la arrendadora explotar directamente la finca arrendada, y estimado por la sentencia de la Sala *a quo*, la vigencia del contrato de arrendamiento por un plazo de seis años, que venció el 31 de diciembre de 1947, es manifiesta la inaplicación del artículo 5.^o de la Ley de 28 de junio de 1940, al caso del pleito, porque apoyada la acción en la disposición adicional 1.^a de la Ley citada de 1942, tal norma no está sometida a otra condición que la de que el arrendador contraiga el compromiso del cultivo directo de la finca arrendada por el tiempo que la Ley exige, y cumplido ese requisito, no requiere el preaviso de un año a que se refiere el art. 5.^o de la Ley de 1940, como se deduce de la finalidad perseguida por la disposición adicional citada, de liquidar las situaciones arrendaticias existentes al publicarse la Ley de 1942; la forma imperativa que emplea dicha norma adicional para resolver las situaciones que regula y, por último, la jurisprudencia de esta Sala, sentada, entre otras, en sus sentencias de 9 de octubre de 1944, por lo que es obligada la estimación del primer motivo del recurso, y hace innecesario ocuparse de los restantes.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 5 ABRIL 1950

Recurso de revisión—su carácter, declaraciones “de facto” que contiene la sentencia recurrida—procedimiento para impugnarlas.

El de revisión es un recurso extraordinario que exige el respeto a las declaraciones de facto que contenga la sentencia recurrida, como resultado de la apreciación de la prueba hecha por el juzgador de instancia y cuyo resultado no puede combatirse sino al amparo y en la forma que determina la causa 4.^a de la norma 7.^a de la Disposición transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940.

Arrendamientos rústicos—aparcería—su terminación—momentos de acogerse al art. 7.^o de la Ley de 28 de junio de 1940 para ejercitar el derecho de opción en él contenido.

No cabe ejercitar el derecho de opción regulado en el art. 7.^o de la Ley de 28 de junio de 1940 cuando el contrato se ha dado por terminado.

CONSIDERANDO: Que olvida la parte recurrente, al formalizar el recurso, que el de revisión es un recurso extraordinario que exige el respeto a las declaraciones *de facto* que contenga la sentencia recurrida, como resultado de la apreciación de la prueba hecha por el Juzgador de instancia, cuyo resultado no puede combatirse sino al amparo y en la forma que determina la causa 4.^a de la norma 7.^a de la Disposición Transitoria 3.^a de la Ley de 28 de junio de 1940, y en lugar de sujetarse a esa técnica, la recurrente formula los tres motivos del recurso, apoyados en la causa tercera de la norma y disposición citadas, no obstante impugnarse en ellos apreciaciones de prueba del Juzgado *a quo*, defecto por sí solo que obliga a rechazar el recurso formalizado.

CONSIDERANDO: Que, aparte de lo expuesto, y por tratarse de un juicio de desahucio, basta con que el Juzgador de instancia estime, por el resultado de la prueba, que tenga el actor la posesión real de las fincas a que se refiere el desahucio, como sucede en el presente juicio, en el que la parte demandada ha reconocido el hecho primero de la demanda, que así lo establece, y además, en su contestación a la posición séptima, manifestaron haber entregado a la parte actora lo que les correspondía por la aparcería de los bienes que los demandados llevaban en tal concepto, cuyas contestaciones son concluyentes a los efectos de estimar, que la actora es parte legítima para promover el juicio de desahucio, como la sentencia recurrida lo aprecia, sin que por ello incida en la infracción de los preceptos que el motivo primero del recurso cita.

CONSIDERANDO: Que además de la infracción de la sentencia objeto del recurso, de haber terminado el plazo del contrato de aparcería y aunque se estimase probada la existencia de la costumbre local del preaviso de un año para la terminación de esos contratos, costumbre que no ha tenido justificación en el juicio, siempre resultará que no una vez, sino varias, y nada menos que desde el año 1942, intentó que la causante de la parte actora dar por terminado el contrato de aparcería y desahuciar a los aparceros cultivadores de las fincas, intento que se reiteró por M. V. el año 1943 y volvió a repetirse por M. V. por medio de acto conciliatorio, para que los aparceros cultivadores dejases las fincas al terminar el año agrícola de 1945 a 1946, sin que ninguno de esos repetidos intentos produjese el resultado pretendido, pero todos ellos demuestran la voluntad de los aparceros propietarios de dar por terminada la aparcería, de cuya manifestación de voluntad tuvieron conocimiento los demandados, y por su causante conocimiento que patentiza la improcedencia del segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que por lo expuesto y no justificado por los demandados que en los intentos de la parte actora para que la dejases libres las fincas objeto de la aparcería, hiciesen ninguna alusión al derecho de opción que el art. 7.^º de la Ley de 1940 establece a favor de los cultivadores de las fincas en aparcería, derecho de opción del que no se ha hablado hasta el escrito de contestación a la demanda en el juicio a que se refiere este recurso, y cuando hacia ya mucho tiempo que se había dado por terminado el contrato, es visto que tal manifestación es extemporánea y nin-

gún efecto puede producir a los fines que el recurso persigue, como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala en múltiples sentencias.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 ABRIL 1950

Arrendamientos rústicos—finalidad de la Ley de 23 de julio de 1942—liquidación de las situaciones arrendaticias existentes—momento de la salida del arrendatario—daños y perjuicios reclamables al mismo por no hacerlo.

No obstante los preceptos de la Ley de 23 de julio de 1942, es evidente que la terminación del arrendamiento se supedita a la voluntad del arrendador, el cual para hacer efectivo el derecho a tal efecto concedido debe adquirir el compromiso de explotar directamente por un tiempo mínimo de tres años, sin que el arrendatario esté obligado a salir de la finca hasta que el propietario, por medio de requerimiento judicial o extrajudicial, no recabe la explotación directa de aquélla, y es desde este momento que surge la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que prevé el artículo 1.101 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que según ha declarado reiteradamente esta Sala, la Ley de Arrendamientos Rústicos de 23 de julio de 1942 ha establecido en sus disposiciones adicionales primera y segunda un proceso de liquidación de todas las situaciones arrendaticias existentes de derecho y de hecho en la fecha de su publicación, distinguiendo entre aquéllas que se referían a arrendamientos vigentes en un plazo o en sus prórrogas expresamente pactadas—materia de la adicional primera—de todas las demás no comprendidas en el anterior supuesto, de que se ocupa la segunda disposición adicional, determinando ésta en su párrafo primero, en relación a los contratos a que la misma se refiere, un modo gradual de finalizar atendiendo el importe de la renta—en su equivalencia a quintales métricos de trigo—para fijar el tiempo en que pueden ser terminados, pero supeditando esta conclusión a la voluntad del arrendador, el cual para hacer efectivo el derecho a tal efecto concedido debe adquirir el compromiso de explotar directamente por un tiempo mínimo de tres años, a partir de las fechas que para los diversos casos se señalan; desprendiéndose del texto del indicado precepto el que no obstante las fechas fijadas en él mismo para la salida del arrendatario de la finca, éste no está obligado a efectuarlo dentro del expresado plazo mientras el arrendador, por medio de requerimiento judicial o extrajudicial, no recabe para la explotación directa del predio arrendado, y en tal sentido de la continuación del arrendatario en el cultivo de la finca durante el tiempo que media entre la fecha determinada en el precepto y la del indicado requerimiento no se derive la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que prevé el artículo 1.101 del Código civil, toda vez que en el expresado caso no puede

calificarse de abusiva la permanencia del cultivador en la finca y, por tanto, acreedora su conducta a la responsabilidad que en el citado precepto de la Ley sustantiva civil se establece.

CONSIDERANDO: Que como antecedente necesario para la resolución del recurso hay que dejar sentado, por haber sido reconocido por las partes y documentalmente acreditado, que el contrato de arrendamiento de la finca rústica "Casablanca" estaba comprendido, dadas sus características, entre aquellos que conforme a la citada disposición adicional segunda de la Ley de 1942 habían de finalizar, mediante el indicado compromiso, al concluir el año agrícola de 1944 al 1945, y que por los propietarios de la finca se ejercitó a tal efecto la correspondiente acción por demanda presentada ante el Juzgado de Primera Instancia de Zafra el 17 de julio de 1946, siendo emplazado el arrendatario demandado el día 23 del propio mes, y que si bien dicha acción no prosperó en el expresado Juzgado fué la misma estimada por la Audiencia Territorial de Cáceres en sentencia dictada el 14 de febrero de 1947, por la que se decretó el desahucio solicitado sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las instancias, desalojando el demandado, en cumplimiento de la ejecutoria, la indicada finca el 23 de abril de 1947.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso—fundado en las causas 3.^a y 4.^a de la disposición transitoria 3.^a de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940—debe prosperar, toda vez que tomando por base la sentencia recurrida para condenar al demandado y recurrente al pago a los actores de 33.875 pesetas en concepto de daños y perjuicios, el haber disfrutado indebidamente los aprovechamientos de la finca de la que fué desahuciado desde el 29 de septiembre de 1945 al 21 de abril de 1947, olvida el juzgador de instancia, al pronunciar su fallo, que hasta el mes de julio de 1946 no recabaron los propietarios la explotación directa de la finca por medio de la demanda de desahucio a que se refiere el anterior fundamento, y si bien es cierto que el transcurso de los diez meses desde la fecha en que con arreglo a la disposición adicional segunda de la Ley de 1942 podía finalizar el contrato y la de la promoción de la indicada demanda no había de constituir obstáculo para que la acción prosperase, no lo es menos que, conforme a la doctrina sentada en el primer fundamento, la permanencia del demandado en el disfrute de la finca durante ese tiempo no puede estimarse indebida, ya que hasta el 23 de julio de 1946 no fué emplazado para contestar a la demanda de desahucio, sin que pueda invocarse la existencia de un requerimiento anterior al expresado—que, por otra parte, no aparece concretado en la sentencia recurrida—, por lo que hasta el indicado momento no nació la obligación del demandado de devolver la finca objeto del arrendamiento, y, al no hacerlo, surgió a partir de él la responsabilidad de aquél y de lo que había de derivarse la indemnización de daños y perjuicios, de todo lo que se infiere que la sentencia recurrida al graduar la extensión del hecho originario de los daños y perjuicios cuya indemnización se solicita en la demanda interpretó erróneamente la indicada disposición adicional segunda de la Ley de 1942, incurriendo con ello en injusticia notoria, dada la trascendencia que el expresado error tuvo en la fijación de la cuantía de

los indicados daños y perjuicios, lo que impone, sin necesidad de entrar en el examen del otro motivo, la revisión de la sentencia por lo que respecta al extremo de la misma que es objeto del recurso.

CONSIDERANDO: Que de lo expuesto en los fundamentos precedentes se desprende que la indemnización que en virtud de la acción ejercitada en este procedimiento debe abonar el demandado a los actores debe limitarse al importe de los daños y perjuicios sufridos por éstos al continuar aquél en el disfrute de la finca arrendada desde el 23 de julio de 1946 al 21 de abril de 1947, debiendo atenerse para fijar la cuantía de los mismos—como ya lo hizo el Tribunal de instancia—al dictamen del Perito designado de común acuerdo por las partes, y en tal sentido, descartando el extremo del dictamen referente al valor de los aprovechamientos de la finca arrendada correspondientes al año agrícola 1945-1946—que hay que estimar ya vencido en la primera de aquellas fechas—, debe tenerse en cuenta el extremo del dictamen relativo al valor de ciertos aprovechamientos de la referida finca producidos en el año agrícola 1946 al 1947, que asciende, según la indicada peritación, a la cantidad de 14.820 pesetas, que incrementada por razón de beneficios en un 25 por 100 hace elevarse dicha cantidad a la de 18.500 pesetas, en que ha de fijarse el importe de la mencionada indemnización; pero reconocido por el recurrente el no haber abonado a los actores el precio del arriendo de la finca correspondiente al referido año agrícola 1945-1946, la condena habrá de hacerse extensiva al pago de dicho precio—a lo que está dispuesto el recurrente, según manifestación del mismo en el recurso—, habiendo sido fijado en 35 quintales métricos de trigo, importantes a la sazón 2.940 pesetas, como aparece acreditado por los recibos obrantes a los folios 23 y 24 de los autos de la primera instancia, expresamente reconocidos por el actor.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 5 MAYO 1950

Arrendamientos rústicos—renta—su fijación en trigo—determinación de la misma por su convertibilidad en metálico.

Establecido en el contrato que la renta en trigo se convertirá en metálico tomando como base el precio que "alcance el trigo en el comercio legal", no procede el recurso de revisión cuando no se cite como infringida ninguna disposición administrativa de tasas que lo establezca.

CONSIDERANDO: Que al examinar el presente recurso se advierte contradicción esencial en el fundamento de la pretensión, pues mientras en la demanda—segundo fundamento de derecho—se basa aquélla en la aplicación del artículo 3.^º de la Ley de 23 de julio de 1942, cuya aplicación necesaria le sirve para rechazar la que considera arbitraria interpretación que los demandados hacen del contrato, en el recurso—motivo segundo—se impugna por indebida la aplicación del mismo precepto. Esta in-

explicable actitud induciría, por sí misma, a mirar con prevención el motivo, pero, además, resulta que el precepto se aplica precisamente porque resuelve el problema planteado lo mismo que las cláusulas del contrato cuya aplicación se preconiza ahora; por tanto, el motivo, en ese aspecto, es desestimable.

CONSIDERANDO: Que en el mismo motivo se acusa la violación de los artículos 1.282 y los tres siguientes del Código civil, al no hacer una interpretación sistemática de las cláusulas del contrato, en cuanto a la determinación de la merced arrendaticia, en la que las partes no suscitaron duda alguna sobre la inteligencia del contrato, que tiene suficiente claridad para no tener necesidad de interpretarlo; en efecto, el único motivo de discrepancia de las partes es la traducción dineraria de la cantidad de trigo fijada como merced, con la conformidad de ambas, realizando la operación aritmética prescrita en el citado artículo 3.^o y prevista en el contrato; en este se pactó que esa determinación dineraria se haría "por el precio que alcanzase la fanega de trigo en el comercio legal", y, por tanto, lo que se resuelve es cuál ha sido ese precio en los años de duración del contrato, y como sobre esto nada prevé el contrato, no puede existir la violación de los preceptos indicados.

CONSIDERANDO: Que en el segundo motivo se acusa otra violación de preceptos del Código civil, que hacen referencia a la perfección y obligatoriedad de los contratos y facultad de establecer en ellos pactos que no sean contrarios a la Ley, la moral o al orden público, y como según lo dicho nadie ha puesto en duda la legitimidad del contrato, no hubo necesidad de que en la instancia se hiciera pronunciamiento alguno al respecto ni del que se hizo y es objeto del recurso se puede inferir que se desconozca el contrato ni se interprete erróneamente.

CONSIDERANDO: Que el único error que podrá atribuir a la sentencia recurrida será la determinación del precio que "alcance el trigo en el comercio legal", según la expresión del contrato, o cuál sea la tasa vigente en cada año, sin ninguna clase de bonificaciones ni premios, que es la que se deberá pagar, conforme al artículo 3.^o de la Ley de 1942, pero se observará que la demanda, para concretar la cuantía dineraria que reclama como valor de la cantidad de trigo en que consiste la merced arrendaticia indiscutida, hace referencia a disposiciones administrativas de tasa que no dice cuáles sean ni en el recurso se cita disposición alguna que resulte infringida al hacer esa determinación dineraria la sentencia recurrida, por lo que sea o no acertado el criterio de ésta no puede examinarse en este recurso de revisión.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 MAYO 1950

Arrendamientos—desahucio por terminación de la aparcería—caracteres de ésta y su diferencia del arrendamiento.

La reducción de la superficie llevada en aparcería no permite inducir, a no constar expresamente, que se ha ejercitado la opción del artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, transformándola en arrendamiento, máxime cuando la renta estipulada es una parte alícuota de los frutos producidos y no una cantidad fija en especie o numerario, como requiere el arrendamiento.

CONSIDERANDO: Que se estima como primer motivo de revisión por el actor recurrente el manifiesto error de la apreciación de la prueba, originaria de injusticia notoria, al afirmar la sentencia recurrida que en el documento de 10 de septiembre de 1943 transformó el aparcero cultivador el contrato de aparcería primeramente concertado en contrato de arrendamiento de una parte más reducida de la finca, transformación que equivocadamente se atribuye a dicho documento, en el que para nada habla el aparcero demandado de tal derecho de opción a que se refiere el artículo 7.º de la Ley de 28 de junio de 1940, ni puede deducirse de ninguno de los actos coetáneos y posteriores a dicho documento, pues todos ellos demuestran, y así lo afirma el demandado en su recurso, que se trata de un contrato de aparcería, de características y de naturaleza totalmente distinta al de arrendamiento, calificado por la sentencia recurrida, ya que la renta estipulada es una parte alícuota de los frutos producidos y no una cantidad líquida en especie, o en numerario, como requiere el arrendamiento, y conformes ambas partes en que el contrato primeramente pactado era el de aparcería, y no habiendo variado por el documento aludido de 10 de septiembre de 1943, suscrito por el demandado, más que en la reducción de la extensión de la finca por éste cultivada y en el compromiso que adquirió de dejarla libre al propietario para el 15 de agosto de 1944, es visto el manifiesto error en que se incide en la sentencia recurrida al calificar el contrato de arrendamiento y estimar ejercitado por el aparcero cultivador el derecho de opción establecido en el artículo 7.º de la Ley de 1940, antes citado, con las consecuencias inherentes a tal equivocación, tanto en cuanto a la duración del contrato como a las obligaciones anexas a su condición de aparcero, ya que la transformación que la sentencia sostiene no puede presumirse y exige una manifestación clara de voluntad por parte del cultivador, hecha en tiempo oportuno, que en el presente caso no se ha dado, ni el mismo demandado se ha atrevido a invocar, incurriendo la sentencia recurrida en los motivos de revisión a que se refiere el recurso de la parte actora, toda vez que el contrato existente entre ambas partes litigantes es de aparcería y éste habría terminado su duración, como comprendido en el párrafo segundo del artículo 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935, cuando se ha ejercitado por el demandante la acción de desahucio.

CONSIDERANDO: Que acogida la acción de desahucio en la sentencia recurrida, aunque por causas distintas de las de terminación del contrato de aparcería, y no combatida la apreciación de la prueba hecha por el juzgador de instancia al estimar existentes esas causas de desahucio en la forma que autoriza la causa cuarta de la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, ya que si bien en el motivo tercero del recurso del demandado se impugna como errónea la apreciación de la prueba hecha por el juzgador de instancia de estimar existentes las causas de desahucio tercera y quinta del artículo 28 de la Ley de 28 de junio de 1940, no se demuestra dicho error por las pruebas que se citan, y procede por ello mantener la afirmación *de facto* de la sentencia sobre la efectividad de tales causas apreciadas en ella, rechazándose el recurso que el demandado produce para combatir esa apreciación.

CONSIDERANDO: Que son tres, por tanto, las causas de desahucio que se estima existentes: la de terminación de la aparcería, alegada por el demandante y no apreciada en la sentencia, y las tercera y quinta del artículo 28 de la Ley de 28 de junio de 1940, acogidas en ella, que obligan a mantener el fallo que acuerda el desahucio solicitado.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 8 JUNIO 1950

Arrendamientos rústicos—retracto—momento en que debe ejercitarse—requisitos para su ejercicio.

Conocidas por el recurrente las condiciones de la venta por la escritura otorgada, el plazo para su ejercicio debe computarse desde aquel momento.

CONSIDERANDO: Que ciertamente es notoria la doctrina de esta Sala sobre la raíz del cómputo para retraer a tenor de lo determinado en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, referida “al conocimiento por cualquier medio de la transmisión” en el sentido de exigir que tal conocimiento, para servir, habría de ser cabal de cuantas circunstancias son precisas para que el presunto retrayente pueda decidir con acierto sobre su conveniencia para sí; pero no menos evidente es, en el caso que la Sala de la Audiencia, al aceptar sin reserva alguna la tesis del Juzgado de Primera Instancia, declara paladinamente que el aquí demandante tuvo ese conocimiento tan perfecto y completo como supone serlo obtener y poseer copia simple de la escritura de venta otorgada el 6 de septiembre de 1944, en noviembre del mismo año, y, consiguientemente, cuando en 2 de enero de 1945 inició por conciliación su petita de retracto y, aún más, cuando en 26 de marzo del mismo año produjo la demanda, ya había transcurrido con mucho exceso el plazo de un mes que establece a la sazón el mentado precepto.

CONSIDERANDO: Que cuestión de mero hecho declarado por las sentencias impugnadas, la realidad de dicho conocimiento de la venta en la fecha expresada, ha de tenerse por incontrovertida al no haberse utilizado la vía de ataque adecuada imputante de apreciación errónea de la prueba; y, por tanto, no cabe aceptar el razonado del recurso basado en supuesto contrario enunciante de no concurrir ese "cabal conocimiento" que en resumen de una razonada apreciación de las probanzas se afirma.

CONSIDERANDO: Que desestimable por lo razonado el recurso, la conformidad de las sentencias "a quo", y el matiz advertido de inclusión en el arriendo a requerimiento del arrendatario de una de las fincas comprendidas en la instancia de retracto, la sexta de las relacionadas, que por no ser poseída por el arrendador no debía estar ni estaba arrendada, denotan escasa buena fe digna de que las costas actuales vayan al recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 JUNIO 1950

Arrendamientos rústicos—resolución de contrato—objeto del recurso de revisión por injusticia notoria—cuestiones nuevas.

Excluida por el demandante la pretensión relativa a que se tuviera en cuenta la valoración de productos de la huerta objeto del pleito, es evidente que la pretensión del recurrente de que se tome en cuenta tal valoración a los fines de cumplimiento del contrato convenido es "cuestión nueva, que, como tal, no puede plantearse en un recurso de revisión, en el que está vedado ocuparse de cuestiones ajenas al pleito".

SENTENCIA 16 JUNIO 1950

Arrendamientos rústicos—retracto—colisión entre el ejercicio por un colindante y el ejercicio por un arrendatario—preferencia del de colindantes y plazo para su ejercicio.

Siendo preferente el retracto ejercido por el colindante sobre el ejercicio por el arrendatario, no se puede considerar transcurrido el plazo determinado por el artículo 1.524 del Código civil, ya que la escritura no se había inscrito, no habiendo signo alguno de que tuviese conocimiento de la venta.

CONSIDERANDO: Que el tema de incongruencia apuntado primeramente en el inicial escrito-recurso, claudica, no tanto porque se olvidó su fundamentación básica, artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, precepto sustantivo vulnerado si se inobserva en sus prescripciones, como porque en el fallo se decide claramente y desestimándola la cuestión propuesta

de preferencia del colindante, toda vez que éste va condenado a dar efectividad al retracto arrendatario objeto del pleito; de modo que si en la parte dispositiva de la sentencia *a quo*, contra la cual y no contra sus fundamentos se da la casación, no se omite el interesante punto litigioso ventilado, no existe el vicio que se supone, aunque no fuere tratado en los razonamientos más que levisimamente.

CONSIDERANDO: Que el otro matiz del propio motivo, alusivo a la preferencia del colindante—carácter que se atribuye el recurrente—sobre el arrendatario, en el retracto rústico, es digno de meditar, porque, en efecto, el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, antes y ahora, establece en síntesis que "en todo caso, el retracto de colindantes será preferente al del arrendatario"; y, consiguientemente, si el recurrente tenía esa calidad y debidamente ejercitó, sin duda, su derecho, la infracción del citado inciso legal resultará palmaria. Por esto, tienen que estudiarse, si en efecto ocurre la colindancia original de la preferencia en la adquisición, si se esgrimió en tiempo y modo, y si fué efectiva o se halla viciada, cual algún razonamiento sentenciador da ocasión a vislumbrar.

CONSIDERANDO: Que la interesante circunstancia de colindar la finca objeto de este retracto con otra propia del recurrente aparece bien demostrada por la prueba de reconocimiento judicial practicada por el Juez de primera instancia, donde consta—folio 101 de los autos—que por toda la extensión del predio en su lindero Sur coinciden esas fincas, consta también que a todo lo largo de dicho lindero existe un brazal, no acequia, por el que corre escasa cantidad de agua, procedente, no de una acequia de Guaguix, que es otro lindero, sino de un pequeño nacimiento surgido del fondo de dicho Yeste. Así, pues, quedó acreditado que los predios son colindantes en un total lado, y que no van separados por arroyo, camino, acequia, barranco ni servidumbre, porque el brazal que se menciona ni merece el nombre de acequia ni constituye elemento de separación, más bien al contrario, de unir, al pertenecer el agua que por allí discurre al pretendiente del retracto; y como son ambas fincas rústicas menores de una hectárea, su caso entra de lleno en la prescripción del artículo 1.523 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que cuando el recurrente demandó, en 10 de enero de 1946, a la compradora, ejercitando su derecho de colindante, para retraer el fundo que ésta había adquirido en escritura de 6 de diciembre de 1943, no puede decirse que hubiere transcurrido el plazo determinado por el artículo 1.524 del citado Código civil, pues la escritura de dicho diciembre no se había inscrito, y como no hay signo alguno de que tuviere conocimiento de la venta en otro momento inmediato, que la demanda del arrendatario fué bastante posterior y otro dato de tal conocimiento no se percibe con certeza, se carece de base para entender pasados los nueve días que el precepto dicho especifica; siendo, en su virtud, de afirmar que la acción que ejercitó esgrimiéndola en tiempo y modo de efectividad.

CONSIDERANDO: Que faltan motivos bastantes para creer ficto o simulado y sin valor de realidad el contrato de compraventa de la finca en cuestión que accediendo al retracto de colindantes demandado de conci-

liación otorgó la compradora con el recurrente en la escritura notarial de 21 de enero de 1944, no lo son de postura procesal de la compradora persistente en su oposición en ambas instancias, pese a haber vendido el fundo, circunstancias que inducen, según la sentencia de la Audiencia, a sospechar de la realidad de la venta, pues esa posición se explica por el particular de seguir siendo demandada aun sin titularidad de la finca, y no basta para deducir con lógico alcance un fingimiento, que al fallecer, cual sucedió durante la segunda instancia, quedaba insustancial para los herederos; no puede serlo mera presunción moral sin base evidente y atrevida, en cuanto contradice situación bien explicada por documentos públicos dignos de fe y testimonios personales intachados; y no es dable se proclame por decisión judicial cuando la parte a quien perjudica ese contrato lo acepta combatiendo el tiempo de vida que cree rebasado en dicho retracto colindante, pero sin impugnar en ningún momento su simulación; de todo lo cual queda patente que el derecho de preferencia adquisitiva en cuestión era efectivo sin vicio alguno.

CONSIDERANDO: Que al desconocer la sentencia *a quo* la prevalencia del derecho existente a favor del recurrente para situarse en el lugar de la compradora primaria adquirente del fundo arrendado, con prelación sobre el arrendamiento que quiso retraerlo, y al cual le figura concedido, infringió el tan citado artículo 16, ocasionando la estimación del dicho primer motivo del recurso, en el aspecto de que han ocupado los razonamientos anteriores, desde el segundo.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 26 JUNIO 1950

Arrendamientos rústicos—desahucio por abandono de la finca—necesidad de probarlo.

No infringe la Ley la sentencia de instancia que acogiendo la abundante prueba practicada no tiene en cuenta un informe pericial contrario, unilateralmente emitido, a petición exclusiva de la demandante, sin citación ni asistencia del demandado ni intervención judicial.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *La investigación biológica de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal.*

GALLARDO RUEDA, Arturo: *El pasado inmediato del Derecho Civil.*

JORDANO BAREA, Juan B.: *La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

FERRÁN POCH, Ramón: *Concepto positivo de “cultivo directo y personal” en la Legislación de Arrendamientos rústicos.*

3. VIDA JURÍDICA

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.