

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO II
FASCICULO I



ENERO - MARZO
MCMXXIX

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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

El derecho moral de los autores

NICOLAS PEREZ SERRANO
Catedrático y Abogado del I. C. de Madrid

SUMARIO: I. *En qué consiste el llamado "derecho moral" de los autores.*—a) Nomenclatura desgraciada.—b) Indicación provisional del sentido que tiene el "derecho moral".—c) Antecedentes en la doctrina y en la jurisprudencia.—ch) La consagración legislativa e internacional.—d) Ratificación española y proyectos nacionales posteriores en esta materia.—e) El texto de la reciente Conferencia sobre Propiedad Intelectual.—II. *Contenido del "derecho moral".*—a) Generalidades.—b) Facultades reconocidas a los autores como contenido del "derecho moral".—1) Derecho de publicación.—2) Derecho de paternidad intelectual.—3) Derecho de modificación.—4) Derecho al arrepentimiento.—III. *Naturaleza jurídica del "derecho moral".*—a) El "derecho moral" como uno de los derechos de la personalidad.—b) Principales caracteres que se le asignan.—c) Mención especial de la perpetuidad del "derecho moral".—ch) Ejercicio del "derecho moral" *post mortem auctoris*.—IV. *Reflexiones finales.*

I. En qué consiste el llamado "derecho moral" de los autores

a) *Nomenclatura desgraciada*

Si se pregunta por su concepto a persona no familiarizada con los temas de la propiedad intelectual, aunque se trate de jurista experto, difícilmente se obtendrá respuesta satisfactoria: tan inexpresiva, ambigua y hasta desorientadora es la expresión que ha venido a consagrarse. Porque, en efecto, desde cierto ángulo de visión, o bien parece implicar una redundancia, pues todo derecho debe ser moral, o, lo que sería peor, puede entrañar la tesis, herética, de que en materia de propiedad intelectual hay derechos que no son *morales*, es decir, que son *inmorales*. Además, la locución en sí resulta tan poco significativa que nada dice al profano, y sólo se entiende cuando ya de antemano se

poseía su concepto. Finalmente, y por mucho que quiera suavizarse el antagonismo, al querer contraponer “intereses espirituales” e “intereses económicos”, forzoso es confesar que, aun así y todo, los términos elegidos no son demasiado afortunados, pues presuponen, quiérase o no, una como jerarquía entre los sectores integrantes de una misma institución.

Y, sin embargo, ni el hecho es nuevo, por desgracia, ni admite ya fácil rectificación. El bautismo de las figuras jurídicas, como el de las personas físicas, pocas veces puede calificarse de acertado; y a menudo contemplamos nombres o designaciones que cuadran mal al contenido respectivo, aunque la repetición del hecho suprime la crítica que una primera impresión produciría. El fenómeno, por lo demás, tiene algo de consubstancial con la propiedad intelectual o derecho de autor, pues las discrepancias terminológicas pusieron en peligro desde un principio la institución misma¹; y al correr de los tiempos las nuevas modalidades han originado reiteradas ocasiones de polémica ardorosa, acaso porque la novedad no consistía sólo en la nomenclatura, sino que calaba tan hondo como que afectaba a la entraña misma de los conceptos².

En cuanto a la posibilidad de rectificar, a la manera como suele a veces entenderse que el sacramento de la confirmación permite mudar el nombre de pila, reconozcamos lealmente que el remedio sería inoperante. Leyes nacionales, textos de carácter internacional y una abundante doctrina han venido a refrendar el título oficial de la institución y casi sería estéril, o aun perturbador, pretender que se cambiara el rumbo, otorgando preferencia a otras denominaciones sugeridas, y no más expresivas, como la de *droit au respect* (de la técnica belga) o *Urheberpersönlichkeitsrecht* (de algunos autores alemanes).

Sobre todo a partir de la Conferencia internacional de Roma (1928) lo más prudente ha de ser respetar la terminología allí establecida, si no queremos aumentar la confusión en vez de atenuar el estrago.

1. Como es cosa bien sabida, el Convenio de Berna (1886) estuvo a punto de fracasar porque los franceses querían que se hablase de *propriété littéraire et artistique*, en tanto que los alemanes insistían por el contrario, en la expresión *Urheberrecht* (derecho de autor). Y si el escollo se venció fué merced a una fórmula híbrida o ingeniosa, pues en el artículo 1.º se consignó que los Estados contratantes se constituirían en Unión “para la protección de los derechos de los Autores sobre sus obras literarias y artísticas”.

2. No menores dificultades suscitó el intento, acometido por la Sociedad de las Naciones, de aceptar una tercera forma de propiedad incorporal, la llamada “propiedad científica”, que ni sería verdadera “propiedad intelectual”, pues no protegía la forma de expresión ni “propiedad industrial”, porque no se trataba aún de objetos patentados o de marcas registradas; era tan sólo un medio de proteger a los sabios que hubieren realizado en pura ciencia descubrimientos susceptibles de ulterior aprovechamiento industrial. Y cosa análoga aconteció, para no multiplicar demasiado los ejemplos, con el reconocimiento en Francia y en otros países del *droit de suite* (derecho de continuidad) a virtud del cual el artista que enajenaba su cuadro o su estatua conservaba un derecho a cierta participación en los aumentos de precio que la obra pudiera tener en sucesivas transmisiones: las realizadas mediante subasta pública, por ejemplo.

b) *Indicación provisional del sentido que tiene el "derecho moral".*

A reserva de puntualizar luego el genuino alcance de la institución, convendrá, por vía orientadora, sugerir algunas líneas directrices. La primera de ellas ha de ser ésta: se trata de un derecho sin contenido económico o patrimonial. A lo cual ha de agregarse que el propósito inspirador es salvaguardar derechos tan sagrados para la personalidad del autor como el de su propia paternidad, de suerte que no sea desconocida, y el de publicar o no su trabajo, porque nadie puede obligarle a lo que su libre voluntad no desea. Por último, y ya en circulación la obra, habrá que defender la integridad de la misma contra deformaciones o atentados que la desfiguren, causando agravio o perjuicio al buen nombre y crédito de su autor. Junto a esto, y ya como derivación del principio sentado, el denominado "derecho al arrepentimiento", o sea la facultad de retirar la obra, aunque ya hubiera estado circulando en el mercado más o menos tiempo.

Por eso, en la proposición de Ley que M. PLAISANT presentó al Parlamento francés en 19 de febrero de 1921, se hablaba de completar la legislación sobre propiedad literaria y artística "para asegurar la protección del derecho moral del autor", y se consagraba la facultad de éste encaminada a vigilar la obra y su reproducción y a retirar las autorizaciones concedidas en cuanto que se intentara desnaturalizar aquélla, o, por lo menos, modificarla en forma dañosa para la reputación del autor. Y en un proyecto elaborado, asimismo en Francia, por la *Société d'Etudes Législatives* (que desde 1908 se ocupó del tema, discutiéndolo ampliamente en marzo de 1923) se reconocía ese mismo derecho de fiscalización de la obra y de sus reproducciones, por parte del autor, como derecho unido a su personalidad; y aunque se evitó la expresión "derecho moral", se consagraba la facultad de oponerse a cualquiera publicación en que se suprimieran o alterasen el título o la firma, así como a las modificaciones de la obra primitiva y original.

Por su parte, y como muestra de la actitud observada por la doctrina anglosajona acerca del particular, citemos la opinión de un jurista australiano, que asistió como Delegado de su país a la Conferencia de Roma y resume en estos términos sus impresiones³:

"La expresión *droit moral*, tal como suele aplicarse en esta materia, apenas si puede traducirse, aunque podrán dar idea de ella estos ejemplos: derecho de un autor a prohibir que su obra se utilice para fines de anuncio, o a que se mutile la misma con cualquier propósito; derecho a que se reconozca su cualidad de autor en todos los negocios

3. MOORE (Sir W. Harrison). *Report of the Australian Delegate en la International Copyright Conference, Rome, May and June, 1928* (Documentación de *The Parliament of the Commonwealth of Australia*, impresa en 31 de agosto de 1928 Camberra, pág. 6).

relativos a la obra, o al finos a prohibir que la paternidad se atribuya a otra persona: derecho a participar en el sobrevalor que, por ejemplo, pueda alcanzar luego la pintura vendida. Pero es que la aludida expresión comprende a la vez toda una serie de intereses con características distintas, y un fundamento o principio en que basar su solitud de protección; de ahí que esos intereses tengan un carácter indefinido que impida enumeración exhaustiva. Se les considera como inherentes a la persona del autor, en cuanto que éste no puede disociarse de ellos ni cediendo la obra artística de que se trata (cuadro, v. gr.), ni transmitiendo sus derechos de propiedad intelectual (*copyright*), ni por ningún contrato. Además, ese interés personal es perpetuo, pues sobrevive al autor y no le afectan los límites de tiempo señalados para la propiedad intelectual." Por ello, y no sin razón, añade: "No hubo en la Conferencia ningún tema que pusiera de relieve tan claramente las diferencias que existen entre el criterio legal del Continente (especialmente de los países latinos) y el de las naciones de Derecho común (*common law*)."

Sin necesidad de salvar reparos, pues el *droit de suite*, por ejemplo, tiene fisonomía propia, y nada sencilla, por otra parte, esta opinión anglosajona y las indicaciones latinas antes consignadas permiten ya fijar con trazo bastante seguro cuál sea la orientación del "derecho moral".

c) *Antecedentes en la doctrina y en la jurisprudencia.*

Alguna intuición de KANT (en los *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*) autoriza a considerarle como precursor, pues llega incluso a señalar los caracteres de inalienable y perpetuo que reviste el que hoy llamamos "derecho moral", y que él liga con un bien ideal, como inherente a la propia personalidad, y encaminado a impedir que los demás nos hagan hablar en público sin nuestro consentimiento, ya que KANT equipara el libro a una conversación sostenida con la colectividad⁴.

No falta razón a la doctrina francesa cuando reivindica una cierta paternidad de la tesis que conduce al "derecho moral".

En efecto, ya en 1872 había empleado MORILLOT la expresión de "derecho moral" en su estudio *De la personnalité du droit de copie*. Y más tarde, en 1878, volvió a usar los mismos términos al referirse a la protección dispensada a las obras de arte en el imperio alemán⁵.

Por su parte, la *Association littéraire et artistique internationale* se preocupó también del "derecho moral". Y el tema figuró en el orden

4. Cfr. CABRILLAC (Henry). *La protection de la personnalité de l'écrivain et de l'artiste. Essai sur le droit moral*. Tesis, Montpellier, 1926, pág. 37.

5. *De la protection accordée aux oeuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire & Allemagne*. Paris, 1878.

del día de reuniones y Congresos, especialmente en los de Mónaco (1897) y Turín (1898), presentándose ponencias de los señores LERMINA y MAILLARD.

Por otro lado, Paul HERVIEU alzó su voz en la Conferencia de Berlín de 1908 para reclamar en favor de los autores el derecho de ejercer una vigilancia, siquiera fuese lejana, y una fiscalización artística sobre las obras producto de su ingenio⁶.

Y, sin embargo, aun reconociendo estas realidades, la doctrina alemana no deja de consignar prudentes reservas, pues fué el sistema alemán de protección el que inspiró a MORILLOT, como lo afirma HUARD, que en la revista *Droit d'auteur* (año 1899, pág. 102) escribió estas palabras: "la idea de distinguir este derecho (el derecho moral) del derecho pecuniario parece haberle sido sugerida por la lectura de los juriconsultos alemanes". Y, en efecto, según BRANDT⁷, el concepto, ya que no la expresión, resulta conocido en la legislación y en la bibliografía de lengua alemana, bastando con recordar, en cuanto a esto último, los trabajos de KOHLER y de GIERKE.

En cuanto a la jurisprudencia, justo es proclamar que se anticipó a la consagración legislativa del "derecho moral".

Como la obra prolonga en el tiempo y en el espacio la personalidad del autor, multiplica la responsabilidad de éste, porque no puede desprenderse de esa paternidad espiritual, que le sigue perpetuamente. Por ello, y porque no hay tentación mayor, más íntima y más fecunda (según Paul VALÉRY) que la de renegar de sí mismo, el derecho moral permite que el autor sea juez único en punto a la evolución de sus creencias, dueño y señor de sus pensamientos, modelador de la figura que de él han de forjarse sus contemporáneos y la posteridad. Sobre estas bases pudieron los Tribunales franceses brindar protección a los autores.

Así, por ejemplo, Anatole FRANCE logró oponerse a que el editor Lemerre publicase obras escritas por aquél en su juventud y halladas, veinte años después, olvidadas en un cajón. Y pudo también León DAUDET, ante el escándalo promovido por una de sus novelas, detener la publicación y retirar de la circulación la obra⁸.

Y en Alemania, el Reichsgericht, aun sin apoyo de texto legal, construyó una doctrina generosa, porque entendía que la normación establecida no agotaba todos los aspectos, y tomando pie en ideas sueltas o en principios insinuados, llegó prácticamente a reconocer casi el "derecho moral". Más tarde, una vez celebrada la Conferencia de Roma, consagró tal derecho como inalienable y personal, independiente

6. V. el notable Dictamen emitido en la Cámara francesa de los Diputados al proponerse la ratificación de los acuerdos adoptados en la Conferencia de Roma.

7. *Das "droit moral" als Faktor im künftigen deutschen Urheberrecht*, G. H. Nolte, Düsseldorf, 1934, págs. 6 y ss.

8. CARRILLAC, obra citada, pág. 6.

de los intereses patrimoniales, en su notable sentencia de 26 de febrero de 1929⁹.

ch) *La consagración legislativa e internacional.*

El derecho moral nació acaso en la vida real antes que el pecuniarío. En Grecia y en Roma ni las costumbres ni la legislación reconocían, como es lógico, este último, y, sin embargo, los autores defendían la paternidad de sus obras tan celosamente como la de los hijos de su sangre. Ese derecho de paternidad intelectual, antes de cualesquiera reclamaciones materiales, revela claramente cuán íntimamente llega el derecho moral a lo más profundo de la naturaleza humana.

Cosa análoga cabe decir respecto a la Edad Media y a la Moderna, pese a la aparición de la imprenta, que si algo hace es aumentar el valor venal de la obra, aparte de que los autores, muchas veces, huyen de confesar su paternidad por motivos a la sazón explicables. Y si la Revolución francesa consagra los derechos de los autores, e incluso pretende casi proclamar una especie de "Declaración de los Derechos del Genio", se refiere siempre a los aspectos económicos, haciendo del salario material la moneda del Genio mismo.

En nuestros días hubo legislaciones que fueron introduciendo la protección de los derechos personales del autor; así, *ad. ex.*, Italia (1925), Polonia (1926), Rumanía (1923), Checoslovaquia (1926), etcétera: pero se necesitaba algo más para que el "derecho moral" alcanzase el debido reconocimiento, y ello se consiguió al revisarse en 1928 el Convenio internacional de la Unión.

Fué en la Conferencia de Roma donde quedó consagrado en forma legislativa y con ámbito internacional el derecho moral de los autores. Aunque el tema no figuraba en el programa de aquella reunión, la Delegación italiana propuso el reconocimiento de ese derecho "moral" o "personal" del autor (y la matización tiene cierto interés) presentando moción concebida en estos términos:

"Con independencia de la protección de los derechos patrimoniales regulada por los artículos que siguen, y no obstante cualquiera cesión hecha, corresponderá a los autores en todo tiempo:

- a) El derecho de reivindicar la paternidad de la obra.
- b) El derecho de decidir si la obra ha de publicarse; y
- c) El derecho de oponerse a cualquiera modificación de la obra que pueda perjudicar a sus intereses morales."

A ello se añadieron disposiciones de ejecución y alguna referencia al ejercicio de ese derecho *post mortem*¹⁰.

9. BRANDT, obra citada págs. 25 y ss.

10. Cfr. BRANDT, obra citada, págs. 9 y ss. Vide MALAPLATE (León). *Le droit d'Autcur, sa protection dans les rapports francoétrangers*, Sirey París, 1931, págs. 282 y ss.

La discusión fué algo agitada, pues aunque bastantes países aceptaban el principio, y el Instituto Internacional de Cooperación Intelectual lo apoyaba, se tropezaba con las dificultades nacidas de la propia novedad del concepto y con el espíritu singular que en algunas naciones (las de lengua inglesa, por ejemplo, según antes vimos) venía inspirando la protección de la propiedad intelectual¹¹.

Después de no pocas alternativas y fórmulas, se aprobó un artículo reconociendo el "derecho moral" y se emitió un *Voeu* respecto a su ejercicio al fallecimiento del autor.

El artículo lleva el número 6 bis, y en la redacción española reza así:

"1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, y lo mismo después de la cesión de dichos derechos, el autor conserva el derecho de reivindicar la paternidad de la obra, así como el derecho de oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de dicha obra que fuere perjudicial a su honor o a su reputación.

2) Queda reservado a la legislación nacional de los países de la Unión el fijar las condiciones para ejercitar estos derechos. Los medios para salvaguardarlos serán reglamentados por la legislación del país donde se reclame la protección"¹².

El *Voeu*, que figura como número uno de las Declaraciones finales, y se consignó a propuesta de la Delegación italiana, quedó concebido en esta forma:

"La Conferencia expresa el deseo de que los países de la Unión estudien la posibilidad de introducir en sus respectivas legislaciones, si ya no contienen disposiciones a este respecto, reglas encaminadas a impedir que después de la muerte del autor sea su obra deformada, mutilada o alterada de cualquier otro modo, con perjuicio del renombre del autor y de los intereses de la literatura, de la ciencia y de las artes."

11. Recuérdense las alegaciones de Sir W. H. Moore, a juicio del cual el problema del derecho moral fué el que suscitó debate más animado y puso de relieve las mayores discrepancias de criterio.

12. Hemos de dolernos del feo estilo, jurídico y aun literario de esta versión española. La locución francesa *et même après la cession desdits droits*, que correctamente traducida debiera decir "y aun después..." (o "incluso después...") aparece con la fórmula aborrecible e inexacta de "y lo mismo después...". Y no es éste el único reparo que cabría aducir.

(d) *Ratificación española y proyectos nacionales posteriores en esta materia.*

Nuestra nación aprobó el Convenio resultante de la Conferencia de Roma mediante Ley de 21 de julio de 1932, e insertó el texto íntegro del antiguo Convenio de Berna, con las modificaciones introducidas en Berlín (1908) y en Roma (1928), en la *Gaceta de Madrid* correspondiente al día 25 de abril de 1933, haciendo constar que España se había adherido con arreglo al artículo 28 del mencionado Pacto internacional, y que la adhesión surtiría efecto a partir del día 23 del propio mes de abril.

Ahora bien, la vetustez de nuestra Ley de Propiedad Intelectual, que cuenta ya con más de setenta y un años de existencia, reclama imperiosamente una adaptación de sus preceptos a las nuevas exigencias, incluso para que no existan disonancias (como las hay, y muy graves, v. gr., en lo que toca a la inscripción registral obligatoria) entre lo que aceptamos como norma internacional y lo que aplicamos como Derecho indígena. De ahí las Comisiones sucesivamente nombradas para reformar nuestro Derecho en esta materia.

En el proyecto de Ley sobre Propiedad Intelectual preparado por la Comisión designada por la Orden ministerial de 24 de febrero de 1934 (redacción del 24 de mayo siguiente) se definía la propiedad intelectual como "el derecho de exclusiva que tiene el autor de una obra literaria, musical, científica o artística, de publicarla, venderla, explotarla y autorizar su explotación por cualquier medio" (art. 1.º). Más concretamente se detalló a continuación (art. 2.º) que esa facultad, llamada derecho de autor, abarcaba estas modalidades: edición, representación, ejecución, traducción, adaptación, reproducción, difusión, comunicación y utilización en general de la obra, cuyas especiales características se definían en los artículos siguientes (3.º a 11). En estos preceptos se estaba aludiendo a los derechos patrimoniales (exceptuada la alusión al derecho implícito de dejar inédita la obra); pero ya en el artículo 13, II, y para la hipótesis de que con fines científicos o pedagógicos se diese a conocer algún fragmento de una obra, se consignaba de un modo expreso que "quedaría siempre a salvo el derecho moral del autor". Ahora bien, la consagración explícita del derecho objeto de nuestro estudio aparecía en el artículo 19, cuyo tenor literal era el siguiente:

"El derecho moral del autor es inalienable. Por tanto, independientemente de los derechos patrimoniales, y aun después de la cesión de éstos, el autor conserva siempre la facultad de reivindicar la paternidad de la obra, así como la de oponerse a cualquiera deformación, mutilación o modificación de ella que para su honor o reputación fuera perjudicial.

Las obras de importancia notoria para el arte, la educación o la cultura no podrán ser modificadas o alteradas después de la muerte del autor en forma que disminuya su valor o estimación pública. Las Corporaciones que por precepto de la Ley o de sus Estatutos estén encargadas de la defensa o custodia de los intereses literarios, culturales o artísticos, tendrán derecho a impedir que se perjudique o deprecie la obra, y a tal efecto podrán solicitar del Estado que adopte las medidas necesarias.”

Como se ve, el párrafo primero reproducía casi literalmente, aunque con mayor amplitud de duración (*siempre*), el principio formulado en la Conferencia de Roma; y en el párrafo segundo se preveía, en forma flexible por lo demás, el mecanismo para la protección *post mortem* de esos intereses ideales, si bien reduciendo el ámbito de la intervención a los casos de notoria importancia para el arte, la educación o la cultura.

Y como nuestra Ley de 1879 sigue envejeciendo, no sólo por el apuntado transcurso de los años, sino por los avances implacables y vertiginosos de la técnica, de nuevo hubo que nombrar en marzo de 1945 otra Comisión encargada de elaborar un proyecto de reforma, y en una primera Ponencia o Anteproyecto se reprodujeron como artículo 12 los términos en que la Comisión de 1934 había regulado el derecho moral, pues apenas habla otra modificación que la de dar entrada a los intereses *científicos* junto a los artísticos o pedagógicos a que exclusivamente se contraía el texto anterior. Por lo demás, seguía dándose por supuesto y conocido el concepto, nada fácil ni diáfano, del propio “derecho moral”, pues no se definían puntualmente sus facetas o aplicaciones, aunque la ejemplificación hecha sirviera como línea directriz.

e) *El texto de la reciente Conferencia sobre Propiedad Intelectual.*

En la Conferencia que en julio de 1948 se celebró en Bruselas, y que organizada para 1936 tuvo que ser suspendida por razón de las circunstancias existentes, se abordó nuevamente el problema del “derecho moral”. Y con objeto de dar mayor eficacia a lo acordado en Roma, se aprobó el texto siguiente:

“Artículo 6.º bis.

1) Con independencia de los derechos patrimoniales del autor, y aun después de la cesión de esos derechos, el autor conserva durante toda su vida el derecho de reivindicar la paternidad de la obra, así como el derecho de oponerse a cualquiera deformación, mutilación o modificación cualquie-

ra de dicha obra, o a cualquiera otro atentado a la misma, que fuese perjudicial para su honor o para su reputación.

2) En la medida que lo permita la legislación nacional de los países de la Unión, los derechos reconocidos al autor en virtud del apartado 1) supraescrito serán mantenidos después de su muerte, al menos hasta la extinción de los derechos patrimoniales, y ejercitados por las personas o instituciones a las que dicha legislación otorgue esa facultad.

Se reserva a las legislaciones nacionales de los países de la Unión establecer las condiciones de ejercicio de los derechos a que se refiere el presente artículo.

3) Los recursos para salvaguardar los derechos reconocidos en el presente artículo se regularán por la legislación del país donde la protección sea reclamada”¹³.

Como se ve, se mantiene el principio, se afirma el derecho moral con ámbito vitalicio para el autor, se amplían los supuestos en que opera (“cualquiera otro atentado”) y se extiende esa protección, aun después de la muerte del autor, aunque con una doble condicionalidad, a saber: que lo consienta la legislación nacional del Estado respectivo y que, por lo menos, la duración alcance al plazo en que tienen valor los derechos patrimoniales, circunstancia esta última que desdibuja algo los conceptos, aunque responda a loables propósitos de razonable conciliación.

II. Contenido del derecho moral

a) *Generalidades.*

No basta con las indicaciones meramente orientadoras hasta ahora expuestas. Para configurar con precisión la naturaleza del derecho moral se necesita explicar cuáles son las facultades que lo integran y examinar después los caracteres que deben asignársele. Serviría de poco decir que el derecho moral presenta una cara positiva y otra negativa, pues consagra las atribuciones de publicación y reformas, y otorga arma de defensa eficaz contra los actos de terceros que desua-

13. Debo gratitud y me complazco en expresarla públicamente, al ilustre Académico de Bellas Artes y acreditado estudioso de estas cuestiones, don José FORNS, que amablemente me proporcionó el texto. Del propio tratadista pueden consultarse con provecho su artículo *Derechos de Autor*, en el diario madrileño, “ABC”, del 30 de julio de 1948; su notable trabajo *El derecho de Autor de los artistas*, discurso de recepción en la citada Real Academia (9 abril 1945); su monografía acerca de *La nueva Ley federal mejicana sobre el derecho de Autor*, en *Revista de Derecho privado*, julio-agosto de 1948, págs. 687 y ss., y su artículo *Las directrices de la nueva Ley mejicana de derecho de Autor*, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, febrero de 1949, págs. 166 y ss.

turalicen la obra. De otra parte, la regulación internacional es tan parca que apenas si hace más que sentar principios, dejando a la órbita de las legislaciones nacionales su reglamentación y el sistema de recursos o garantías. Completemos, pues, con la mención de alguna opinión doctrinal y algún ejemplo de la Ley italiana de 1941, muy meritoria en este orden.

b) *Facultades reconocidas a los autores como contenido del "derecho moral"*.

Fundamentalmente, se refieren a dos momentos, a saber: el anterior a la publicación y el posterior a ésta. Dentro de este segundo sector, el centro de gravedad puede estar en la relación personal con el autor o en la integridad originaria de la obra. Por último, y como consecuencia del vínculo eterno que entre el autor y su obra se establece, hay que reconocer la facultad de retirar de la circulación la obra producida. En síntesis, tendríamos, por tanto, estas prerrogativas del autor: 1.ª) la de publicar o no su obra; 2.ª) la de exigir que figure o no su nombre, o su pseudónimo; 3.ª) la de impedir deformaciones o atentados espiritualmente dañosos; y 4.ª) la de arrepentirse de la publicación ya hecha y retirar la obra en cualquier instante. Resultaría tarea prolija la de desmenuzar con excesivo detalle cada uno de estos conceptos, pero será necesario abordar, por lo menos, lo esencial de su contenido¹⁴.

1) *Derecho de publicación*.—Corresponde privativamente al autor la facultad de decidir si una obra suya se publica o no; y, en caso afirmativo, cuándo ha de hacerse y de qué modo o en qué forma. Tan importante es este derecho que suele considerarse como el primero de los que encierra el derecho moral y se le califica de "sagrado". En efecto, el fracaso o la gloria que de la publicación se derive afecta directamente al autor; sólo él, por consiguiente, tiene derecho a resolver con plena soberanía respecto a algo que tan esencialmente va a repercutir en su reputación.

Consecuencia de ello es que nadie puede obligar al autor a que publique una obra contra su voluntad, y que cometería incluso infracción punible el que, poseyendo el manuscrito (*corpus mechanicum*, y no más de la obra), lo publicase sin autorización. Es más, ni siquiera debe consentirse que se den a conocer fragmentos o trozos. Y, por otra parte, obvio resulta que ni los acreedores podrán tampoco trabar embargo, ni instar ejecución, que recaiga sobre la obra. El derecho de inédito es absoluto, y pertenece al ámbito de la personalidad, por lo

14. Para ampliar datos y antecedentes puede consultarse el Capítulo III, Sección 2.ª de la obra de Ettore VALERIO y Zara ALGARDI, *Il diritto d'Autore. Commento teorico-pratico alla nuova legge italiana 22 aprile 1941*, pág. 633. Allí en páginas nutridas de información y doctrina, desarrolla la materia la Doctora ALGARDI, según consigna su colaborador en la *Presentazione* del libro.

que no pueden hacer presa en él los intereses materiales, por mucho respeto que se les quiera profesar.

Diferente cosa es que, en la práctica, se confundan a veces los conceptos, y se estime que el derecho *personal, moral*, de publicar la obra roce con los derechos *patrimoniales* subsiguientes al hecho de la publicación material de ella. En la esfera interna, el derecho al inédito constituye cosa espiritual; una vez decidida por el autor la publicación (en el amplio sentido del concepto), caben ya todas las derivaciones económicas propias del caso; y aun se concibe que, publicada, por ejemplo, la obra, porque se haya impreso el libro, conserve facultad el autor para no consentir otra forma de publicación, verbigracia, la representación teatral o la adaptación cinematográfica (aunque ello linde ya a veces con otros problemas).

Temas espinosos pueden ser los relativos al derecho de expropiación por parte del Estado, inspirado en altísimas consideraciones (algo de ello ocurrió con respecto a obras de LEOPARDI); pero, aun en esos casos, se procura respetar la voluntad del autor cuando consta cuál era su propósito decidido, si bien, una vez fallecido el creador de la obra, se atenúe el vínculo personal, que no pueden sentir los herederos como lo sentiría el propio interesado.

Problema asimismo arduo es el de concretar si el autor tiene derecho a imponer qué intérpretes o ejecutantes hayan de asumir la tarea de encarnar su creación. En todo caso, habrá que estar a lo convenido, sin que por lo demás pueda atribuirse análoga importancia a los protagonistas que a los elementos secundarios.

2) *Derecho de paternidad intelectual*.—Mediante la creación intelectual o artística se establece un vínculo entre la obra producida y el pensamiento o el sentimiento del autor. De ahí el derecho que a éste asiste para que su nombre aparezca en todo momento como revelación *ad extra* del expresado vínculo. Y es tan personal este derecho que sólo el autor (o sus herederos) puede ejercerlo, sin que corresponda a terceras personas, aunque hayan adquirido, por ejemplo, el ejemplar único (cuadro, estatua, etc.) existente de la obra. Por lo demás, lo mismo que el autor puede exigir que conste su nombre o su firma, puede impedir que aparezca el nombre o firma de otra persona; y puede también imponer que la publicación se realice en forma anónima o con pseudónimo¹⁵; como, a su vez, le corresponde siem-

15. La protección jurídica del nombre, incluso en cuanto a los artificiales o artísticos, creación del propio sujeto y no legado de la estirpe, constituye motivo de atención cada vez más cuidadosa. Cfr. entre nosotros el trabajo de BATTLE, *El derecho al nombre*, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, 1931, 2.º semestre, págs. 257 y ss. *Vide* también la tesis doctoral de Hugo PAAS, *Das Pseudonym*, Colonia, 1935. El Anteproyecto del Libro 1.º del Código Popular Alemán consignaba en su § 20 la protección de los pseudónimos que hubieren alcanzado difusión en amplios sectores. Y el art. 7.º del nuevo Código civil italiano ampara asimismo los pseudónimos que hayan adquirido la importancia de un nombre.

pre la facultad de que conste su nombre personal si al principio no figuraba, aunque ello pueda tener derivaciones económicas, por lesión que se origine al editor, para quien acaso no sea indiferente sustituir un pseudónimo conocido y acreditado por un nombre anodino y sin relieve.

Frente a estas facultades del autor no existe la contrapartida de que se le pueda obligar a revelar su paternidad, pues está amparado por el derecho al incógnito, siquiera en caso de actuación punible no cupiera quizás eludir responsabilidades contraídas.

Junto a estas consideraciones generales son muchos los problemas de tono menor que en la materia pueden plantearse: destrucción, verbigracia, de la obra artística en que se haya suplantado la firma puesta por el autor; derecho a impedir que el comprador suprima ésta si el cuadro o estatua sigue en su domicilio y no ha de exhibirse al público; pulcritud en las citas, sin omitir la procedencia, y menos aún incurriendo en plagio; consignación en las películas cinematográficas de los nombres de los autores y productor¹⁶; derechos de los redactores de periódicos y de los que colaboran en obras colectivas; posibilidad de que los herederos del autor ejerciten los derechos derivados de la paternidad de éste; facultad supletiva de los organismos oficiales para actuar en caso de apatía de los herederos; repercusiones que en la duración de los derechos patrimoniales pueda tener la revelación del nombre del autor, para que la obra deje de ser anónima, etc., etc. Esta rápida enumeración de cuestiones es suficiente para que se advierta la importancia del derecho de paternidad.

3) *Derecho de modificación*.—Tiene la faceta positiva de autorizar al creador de la obra para cambiar su forma o su substancia (aunque a veces obligue a indemnizar al editor por sus derechos adquiridos y a causa de los mayores gastos que la modificación entrañe); y tiene un aspecto negativo, en cuanto que el autor puede impedir, en determinadas condiciones, que sea alterada su obra. Precisamente la necesidad de atajar abusos en la materia fué uno de los motivos que aconsejaron el reconocimiento del derecho moral, citándose como ejemplo típico el caso ocurrido en Francia al poeta católico Francis JAMMES, y al que dió solución correcta la jurisprudencia. Había auto-

16. Según la Orden ministerial de 29 de marzo de 1935, los Autores de una película sonora son: el del argumento; el del guión o escenario; el del diálogo; el de la parte cantable y el compositor. Y creemos que se omite acaso lo principal, pues el productor, por una parte, y el director, por otra, recaban igualmente paternidad, no sin cierto justo título. Contiene algunas sugestivas consideraciones sobre la materia el opúsculo de GUICHOR (Joaquín), *El derecho de Autor en el Cine y en la Radio*, Madrid (¿1933?). Más rica en datos es la monografía de WALTER SCRUBER, *Das Filmrecht des Nationalsozialistischen Staates (unter Ausschluss des Filmarbeiters)*, Triltsch, Würzburg-Armühle, 1939. Ya había abordado el tema antaño el más diligente de nuestros tratadistas del derecho de Autor, LÓPEZ QUIROGA (Julio), en su notable obra *La propiedad intelectual en España. Estudio teórico y práctico de la Ley y Reglamento vigentes*, Madrid, 1918, págs. 92 y ss.

rizado dicho escritor al profesor BOUILLOT para que en un *Manual de lecturas infantiles* reprodujera extractos de sus composiciones; pero, al hacerlo así, se suprimieron los nombres de la Santísima Virgen, el Señor, Dios, etc. Más aún, se sustituían por un pronombre indefinido, e incluso se transformaba a San Vicente de Paúl en honrado obrero que recogía a los niños abandonados. Y aunque defendió a BOUILLOT figura tan señalada en esta especialidad como M. Marcel PLAISANT, alegando que se trataba simplemente de una Crestomatia, recayó condena que obligaba a suprimir por completo los textos alterados y a pagar una indemnización de 2.000 francos¹⁷.

De todas suertes, deben señalarse prudentes cautelas. En efecto, si el autor consintió en una modificación, no es lícito que luego vuelva sobre su acuerdo. Tampoco cabe que delegue o ceda su derecho en este orden, pues siendo de tipo personal, sólo el propio interesado ha de ejercitarlo. Las modificaciones prohibidas son las que redunden en verdadero quebranto para el honor o reputación, no las intrascendentes o accesorias, y aun a veces se exige que el daño producido revista caracteres de gravedad.

Por lo demás, en materia de arquitectura, de cinematografía y de enciclopedias, periódicos u obras colectivas, es forzoso sentar criterios de moderación; porque el proyecto de construcción necesita a veces modificaciones por razones técnicas o económicas; porque en la confección de una película intervienen tantos y tan complejos factores, que la reforma del plan inicial puede resultar inevitable; y porque el director de un periódico, etc., ha de contar con un mínimo de libertad para corregir, en cuanto a la forma al menos, el trabajo de los redactores.

Prevalecen puntos de vista análogos a los ya antes expuestos cuando se trata del ejercicio de estas facultades por los herederos del autor o por las instituciones oficiales de índole cultural, siendo de advertir que en estos casos el derecho que estudiamos reviste más bien función reparadora, pues muerto el autor de la obra, nadie tiene título perfecto para modificar ésta; pero si plenitud de capacidad para impedir que la misma se profane, engañando al público de buena fe e infamando acaso la memoria de quien la creó con su esfuerzo.

4) *Derecho al arrepentimiento*.—Lo consagró ya la Ley italiana de 7 de noviembre de 1925. Consiste en la facultad que tiene el autor de retirar la obra de la circulación por graves motivos personales, si bien ello acarree la obligación de indemnizar a la parte que resulte perjudicada. No faltan tratadistas que se oponen al derecho que analizamos; así, por ejemplo, KLAUER, invocando los peligros que su ejercicio traería consigo hasta hacer imposible la seguridad jurídica. Y, no obstante, BRANDT¹⁸ cita el caso de una obra científica cuyo autor, ya terminada la impresión, supiera que acababa de aparecer

17. V. CAFRILLAC. ob. cit., pág. 61.

18. Ob. cit., pág. 41.

otra similar con resultados distintos y más ciertos; debe pensarse que el sabio en cuestión no consentiría en que se circulase la obra si con ello sufría serio quebranto su reputación profesional. Por otra parte, ese derecho al arrepentimiento puede catalogarse en uno u otro de los dos sectores de la propiedad intelectual; la mencionada Ley italiana lo reputaba derecho patrimonial, pero parece más exacto configurarlo como derecho de la personalidad. Porque como emanación de ésta, del buen nombre del autor, es como puede construirse la institución, pues en otro caso, moviéndose en la órbita de los puros derechos sobre el patrimonio, el principio que se reclama como derecho estaría en pugna con todos los postulados de la fidelidad contractual y de la seguridad jurídica. Más aún, el grave escollo que representa este derecho de arrepentimiento estriba en la dificultad de conciliar el respeto debido a la persona del autor con los intereses económicos legítimamente conseguidos por quienes obtuvieron autorización en regla para la publicación y explotación de la obra.

Por eso la vigente Ley italiana de 1941 prescribe en su artículo 142 que el autor, por graves razones morales, tiene el derecho de retirar del comercio su obra; pero añade seguidamente que habrá de indemnizar a las personas que hubiesen adquirido los derechos de reproducirla o ejecutarla. El propio precepto consigna que el derecho de que se trata es personal y no transmisible.

Por cierto que el artículo citado figura en la sección consagrada a la transmisión de los derechos de utilización económica, si bien el ilustre PIOLA-CASELLI, en la exposición de motivos del proyecto de ley, proclamaba abiertamente que esa facultad de retirar la obra forma parte del "derecho moral".

III. Naturaleza jurídica del "derecho moral"

a) *El "derecho moral" como uno de los derechos de la personalidad.*

Muchos escritores (KANT, GIERKE, BESELER, GAREIS, BIRKMAYER, CAVAGNARI, PIOLA-CASELLI) incluyen en general el derecho de autor entre los derechos de la personalidad. Combaten otros tratadistas esta posición, por entender que se está fuera de la órbita de esos derechos en cuanto la obra asume existencia propia, desprendiéndose de su creador. Y no faltan quienes opinen que el derecho de autor constituye por sí una figura especial, en que se entrecruzan facultades de tipo personal y otras patrimoniales.

Pero, a juicio de DEGNI¹⁹, todas esas teorías arrancan de un error común, a saber: el de estimar que el derecho de autor tiene un carácter único, monista, y que sólo protege un interés. En realidad, se

19. DEGNI (Francesco), *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Turin, 1939, págs. 213 y ss.

trata de dos esferas jurídicas: una, referida a la personalidad del autor; otra, encaminada a la protección de la obra ya creada. Se amparan, pues, dos clases de bienes, y hay en el fondo dos derechos, y no uno solo.

Todo lo que afecta a la paternidad del autor, a la integridad de la obra en cuanto creación intelectual, a la reputación y buen nombre del autor, viene a ser uno de los atributos de su personalidad, pues lo mismo que existe un derecho de la persona a su integridad física y a su integridad moral, así también posee el autor un derecho a su integridad ideal. Y, desde luego, el llamado "derecho moral" es evidentemente un derecho de la personalidad. Lo demuestra que se le defina "con independencia de los derechos patrimoniales", y que no pueda acordarse ejecución forzosa para obligar al autor a que publique una obra que deseaba tener inédita.

En cambio, el derecho de autor *sensu stricto*, esto es, en cuanto facultad exclusiva de disfrutar de la obra producida por el propio ingenio, constituye, sin duda, un derecho patrimonial, con la objetividad aneja a las cosas que se hallan en el comercio y pueden ser objeto de enajenación o de sucesión hereditaria: es un verdadero derecho de propiedad, pues posee los caracteres esenciales de ésta, aunque recaiga sobre bienes inmateriales y se halle sujeto a limitaciones de duración.

Hasta aquí DEGNI. Sin prejuzgar por ahora nosotros la solución del arduo problema, en que tan enconada es la discusión, lo positivo es que el "derecho moral" se encuadra por lo común en la órbita de los derechos de la personalidad. Cierto que no faltan opiniones discrepantes, como la de VALERIO²⁰, por ejemplo, a juicio del cual no se trata de un derecho que se reconozca a nadie por su condición de hombre, sino en contemplación a su calidad de autor; tesis que resulta un tanto forzada, porque lo cierto es que el derecho moral, al no ser uno de los derechos patrimoniales, ni de familia o sucesorios, ha de entrar en la nueva categoría, algo imprecisa, desde luego, pero ya admitida sin reparo, de los derechos de la personalidad.

Y sobre esta base, y haciendo aplicación al caso concreto de la doctrina general recibida en cuanto a esos derechos, para lo cual seguimos a DEGNI, fácil será exponer los caracteres que suelen atribuirse al "derecho moral".

b) *Principales caracteres que se le asignan.*

Ante todo, se estima que es un derecho *absoluto*, es decir, uno de esos derechos que revisten carácter universal, y que implican, por tanto, un deber de todos los demás sujetos jurídicos con respecto a su titular. De ahí la obligación general que a todos incumbe de abstenerse y evitar cualquier trastorno o perturbación: sentido negativo

20. Ob. cit., pág. 89.

que coincide con uno de los aspectos del derecho de propiedad, por lo que a veces se ha originado confusiones con ésta.

En segundo lugar, se trata de un derecho *no evaluable en dinero*. Precisamente porque es un derecho no patrimonial, porque no constituye bien material en sí, carece de la posibilidad que los bienes materiales tienen de una estimación pecuniaria. Lo cual no quiere decir que en caso de lesión o agravio no tenga el titular la facultad de reclamar indemnización, aunque, dada la naturaleza del daño, *moral* por su propia naturaleza, surja el viejo tema de si cabe compensar en metálico valores espirituales, afectivos, honoríficos, etc., etc.

Prosiguiendo el análisis, hallaremos otra nota: habrá de ser un derecho *inalienable, intransmisible*. Como va íntimamente ligado a su titular, no se concibe que pueda ser traspasado a persona distinta, ni a título gratuito ni con carácter oneroso. No cabe, pues, disponer de él, ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa*. Se confunde con la persona y se extingue con ella. Cosa distinta es, sin embargo, que los herederos puedan tener un derecho suyo y propio para exigir indemnización por los daños que se infieran a la persona o reputación del causante (siempre según la teoría general de DEGNI). Como es también cuestión diferente la de perseguir las mutilaciones o deformaciones de la obra, pues al morir el autor es cuando ella recibe la *formulación definitiva, reñida con alteraciones de cualquiera fuente*.

Por último, el derecho moral, como todos los derechos de la personalidad, es *imprescriptible*. Mientras la persona viva, la acompañan esas facultades, que no puede perder por renuncia expresa, ni menos a virtud de un abandono tácito.

c) *Mención especial de la perpetuidad del "derecho moral".*

Reviste tal importancia, que merece exposición más detallada. En efecto, la doctrina propende por lo común a estimar que el derecho moral tiene vigencia perpetua, o, por lo menos, indefinida o ilimitada. El haz de derechos que comprende perdura mientras la obra se siga publicando o contemplando. Y aun pudiera decirse que cobra fisonomía singular cuando, desaparecido el creador, se necesita una defensa de mayor celo para impedir fraudes o desfiguraciones nocivas. Sobre todo, no cabe olvidar que la propiedad intelectual viene normalmente regulada como una institución de duración temporal, a diferencia del dominio sobre inmuebles, sobre valores industriales, etc. Es decir, que hay un momento, más o menos lejano, en que la obra entra en el dominio público; ¿cómo prevenirse entonces contra las asechanzas múltiples de la codicia irrespetuosa o del lucro malsano, propicio a todas las profanaciones? Y, sin embargo, ese mismo argumento permite fácil retorsión, a saber: si una de las notas peculiares de la propiedad intelectual es su no perpetuidad, ¿puede concebirse que una de las facetas de ella cobre vida no cortapisada en el tiempo? ¿No se

advierte todo el contrasentido que de ello fluye inevitablemente y sin remedio? La realidad es que si el derecho de propiedad intelectual se desdobra en "derecho moral" y "derechos patrimoniales", y el primero es perpetuo mientras los segundos son temporales, se está rompiendo la unidad orgánica de esta figura jurídica, que mal puede ya encuadrarse con criterio monista, y todo conduce a una disociación de elementos que escinde lo que debiera ser entrañable, y provoca conflictos agrios entre los dos hemisferios o sectores cuyo ensamblaje forma el conjunto de la institución.

En el Derecho positivo la tendencia va en el sentido (y bien lo revela la Conferencia de Bruselas) de reconocer el carácter vitalicio del derecho moral con respecto al autor, y de procurar su respeto *post mortem auctoris*, aunque con muy prudentes cautelas: que lo permita la legislación nacional; que, por lo menos, dure tanto como los derechos patrimoniales; y que cada país señale las personas o instituciones a quienes se haya de confiar en esos supuestos el ejercicio de derecho tan sagrado como peligroso; pero ello obliga a insistir algo en tan delicado problema.

ch) *Ejercicio del "derecho moral" post mortem auctoris.*

Ya se admita la perpetuidad del derecho moral, o ya se limite su vigencia al plazo que rige para el disfrute de los derechos patrimoniales, es evidente que, muerto el autor, alguien ha de recibir la investidura necesaria para poder ejercitar los derechos espirituales de que se trata. Y ello plantea problemas de máxima gravedad.

Unas veces se ha pensado en facultar al autor para que haga un llamamiento hereditario especial a este respecto, designando algo así como unos albaceas literarios que le sustituyan en la defensa de la obra, y de la paternidad intelectual a ella aneja. E incluso se mencionan nombres de personalidades que acudieron a este sistema (MICHELET, MERIMÉE, VÍCTOR HUGO). Pero, por de pronto, quedan los casos en que el autor haya muerto *ab intestato*. En segundo lugar, puede establecerse una pugna peligrosa con los parientes que hereden los derechos económicos.

Si se trata de mantener vivo el culto a la memoria del autor, nadie tan indicada como la propia familia, suele decirse; y se aducen, en efecto, ejemplos de celosa piedad conyugal o filial en esta materia. Mas también pueden invocarse ejemplos en contrario, porque preocupaciones religiosas, evocación de discordias familiares que se hayan transparentado en la obra, disensiones entre unos y otros parientes, y tantas otras causas, pueden originar muy enojosas situaciones. Es más, no falta quien pida una protección del autor contra sus herederos (CABRILLAC, v. gr.)²¹. Y en todo caso, cuando desaparece la

21. Ob. cit., pág. III. Allí se consigna gráficamente que "el escritor habrá de temer, las más de las veces, no a la posterioridad, sino a su posterioridad".

primera generación, y se aflojan con ello los vínculos afectivos, y se extingue el fervor, y se multiplican los interesados, acaso en desavenencia, la solución resulta inoperante, so pena de una intervención judicial crónica que resuelva pleitos enconados²².

Por otra parte, el criterio de que sea el Estado, por medio de sus órganos culturales, o por voz del Ministerio fiscal, quien asuma el ejercicio del derecho moral, provoca asimismo dificultades, porque la pasión política puede nublar el recto enjuiciamiento, y porque la burocracia apática no es el mejor guardián de facultades tan excelsas como sensibles.

Finalmente, implantar en esta materia una especie de *actio popularis* sólo serviría para producir el caos, no siempre animado de buenas intenciones, de una congeries de aficionados entusiastas, pero peligrosos por su misma falta de conexión y por todos los extremismos de la historia literaria o artística.

IV. Reflexiones finales

Problema realmente espinoso plantea la construcción jurídica de la propiedad intelectual una vez admitido el "derecho moral" junto a los derechos patrimoniales. Sobre todo en los países, como el nuestro, que, siguiendo el criterio latino, han configurado hasta ahora ese derecho *sui generis* como una "propiedad especial", pues en las naciones donde ha prevalecido la tesis germánica del "derecho de autor", como en los de lengua inglesa, con su sistema de *copyright* (aunque menos ciertamente en éstos), la misma amplitud generosa de la denominación y de la estructura permite dar acogida a la nueva modalidad, sin que por ello quiebre la unidad global del concepto. Pero cuando se llama a esa figura jurídica "propiedad intelectual" o "propiedad literaria y artística", es evidente que se está centrando su fisonomía en el mundo de los derechos reales, de los derechos sobre cosas sin que varíe demasiado la institución por hablar de

22. Los ejemplos que cita el propio CARRILLAC (págs. 112 y ss.) son amargamente aleccionadores, pues aparte de las tropelías cometidas por Mlle. de GOURNAY con respecto a los *Essays* de MONTAIGNE, de quien se proclama *filie spirituelle*, el caso de Bernardin de SAINT PIERRE es altamente doloroso. Su viuda, Désirée de Pellepore, joven todavía, se casó con un discípulo del marido: Aimé MARTIN. Y el nuevo matrimonio publicó manuscritos de SAINT PIERRE, pero adaptándolos al gusto de la época, en forma tal que un crítico sagaz, Maurice SOURIAU, pudo decir que "jamais professeur épiluchant une copie en classe ne s'est montré plus irrespectueux pour la prose d'un élève qu'Aimé Martin pour le style de l'auteur de *Paul et Virginie*". Bien es verdad que el propio CARRILLAC (pág. 115) recuerda la digna actitud de la sobrina de FLAUBERT que, habiendo convenido en principio, con una Casa italiana la adaptación cinematográfica de *Salambo*, se negó a autorizar la filmación cuando supo que los arregladores, buscando un desenlace venturoso se disponían nada menos que a casar a Matho y Salambo, con la bendición de Amílcar.

“propiedades incorpóreas”, como lo hace algún reputado escritor francés²³. Siempre resultará que se tiene presente en forma primaria y decisiva el sentido económico, pecuniario, la posibilidad de obtener ventajas patrimoniales con la obra que es producto de nuestro esfuerzo. Y entonces, al tener que agregar a ese contenido de tipo *material*, de lucro, otros valores de *estirpe idealista*, al añadirle el “derecho moral”, se yuxtaponen dos esferas dispares, y se pone en peligro la unidad esencial de la institución. Con más, otra grave consecuencia: si “derecho moral” y “derechos patrimoniales” no coinciden necesariamente, si pueden ir en disociación, si no tienen la misma duración, ni igual comercialidad, ni idéntico titular presente, ni, en suma, el mismo rango, ¿cómo evitar las ocasiones de conflicto y cómo resolver, en su caso, las colisiones que por ventura surjan?

Por lo pronto, ya de antaño ofrecía la propiedad intelectual matices muy peculiares, así en punto a duración como respecto a transmisiones. En cuanto a lo primero, porque ningún país aceptaba de buen grado la perpetuidad del derecho, antes al contrario, éste se modulaba con mayor o menor generosidad, pero siempre con un límite temporal para la explotación de sus beneficios económicos por el autor o por sus causahabientes²⁴. En segundo término, y a diferencia también de lo que acontece en la órbita de los puros derechos patrimoniales, el autor no podía disponer para siempre de su obra, pues entre nosotros, por ejemplo, la transmisión que de la propiedad literaria realizara se extinguía *ope legis* a los veinticinco años de su fallecimiento, pasando entonces a los herederos, como porción reservada de tipo anómalo, durante los cincuenta y cinco años siguientes²⁵.

Si a estas notas, en tanto atípicas en el área del dominio, viene a agregarse la innovación que supone el derecho de continuidad, la atipicidad sube de punto. En efecto, es rasgo esencial del derecho de autor que se distingan pulcramente la creación en sí y el ejemplar en que la misma se materializa y cobra corporeidad. El autor tiene la propiedad literaria de su obra, pero cada uno de los compradores adquiere la propiedad del ejemplar que le facilita el librero. El artista tiene derecho a que su cuadro, su estatua, su partitura figuren con su nombre y sin deformación arbitraria; pero el aficionado que le compró la pintura o la escultura, o el melómano que adquirió un ejemplar impreso de la propia partitura musical ostentan un indiscutible derecho dominical sobre el objeto respectivo. Ahora bien, si des-

23. Por ejemplo JOSSEMAND, *Cours de Droit civil positif français*. En análoga dirección cabría mencionar a BONNECASE, RIGAUD y otros tratadistas de sólida reputación.

24. Cfr. el notable trabajo de HEYMANN (Ernst), *Die zeitliche Begrenzung des Urheberrechts*, Berlín, 1927.

25. V. el art. 6.º de nuestra Ley de 1879, que reconoce a los herederos *forzosos* esa *legítima* excepcional. El art. 41 del Reglamento sólo exige que los herederos *necesarios* acrediten ese carácter, presentando la pertinente documentación para que se practique en el Registro la oportuna inscripción de su derecho.

pués de cobrar el pintor o el escultor el precio que estipuló por su cuadro o por su estatua conserva la facultad de participar en ulteriores incrementos de valor, es positivo que hemos injertado en la institución un elemento nuevo, y acaso extraño, porque hemos reconocido en favor del artista lo que alguien ha llamado un "dominio eminente" (PLAISANT) o una *propiedad retenida* (CABRILLAC).

Pues bien, si a todo ello agregamos el "derecho moral", resulta notorio que la dificultad sube de punto en términos alarmantes. Y no es que rechacemos ese "derecho moral", antes bien nos parece que responde a finalidades tan nobles como justas, si no desborda su área lícita. Es que con esta nueva incrustación aumentamos la complejidad del problema, en forma tal que hacemos casi imposible una construcción jurídica unitaria satisfactoria. Y, además, habiendo sido las motivaciones económicas las que legítimamente dieron pie para el reconocimiento de esta propiedad especial, porque resultaba inadmisibles que editores, impresores y libreros tuvieran derechos de que no gozaba el verdadero creador de la obra, la evolución proseguida conduce a la paradoja de que esos derechos patrimoniales, que dieron su fisonomía primitiva a la institución, se desdibujen de nuevo o pierdan relieve, al quedar a merced de unos derechos morales que pueden autorizar para infidelidades contractuales, opresión de los editores o legítimos adquirentes de derechos, y constante inseguridad jurídica.

Desbordaría el modesto propósito del presente estudio un planteamiento a fondo del grave problema que todo ello suscita. Por eso, y a reserva de volver sobre el tema en ocasión propicia, bastará con dejar consignadas unas conclusiones provisionales en cuanto al tema concreto que en este aspecto se deriva del "derecho moral", a saber: que el "derecho moral" constituye hoy ya la consagración legislativa, incluso con rango internacional, de facultades justas y espirituales que al autor corresponden en defensa de su honor y para garantía de integridad de la obra; que ese derecho se basa en supremas consideraciones de respeto a la persona y al patrimonio espiritual del autor, y también en la protección del público de buena fe contra mistificaciones inadmisibles; que por la misma singularidad o excepcionalidad de ese derecho debe moderarse prudentemente su ejercicio, para que no resulte gravemente perturbador de otros intereses igualmente respetables; que, por tanto, faltará base razonable para el ejercicio del derecho moral cuando no se den los supuestos básicos que le otorgan legitimidad, debiendo reprobarse cualquier abuso en la materia; y, por último, que, aun reconociendo primacia a los factores ideales sobre los meramente pecuniarios, no será lícito el ejercicio del derecho moral si no se indemnizan en proporción adecuada los quebrantos económicos que de él pueden surgir al invalidar derechos patrimoniales legítimamente adquiridos por terceras personas, cuya protección merece amparo frente a demasías, caprichos o simplemente actuaciones que afectan a vínculos contractuales anteriores dignos de tutela jurídica.

Perfiles de fe pública ¹

RAFAEL NÚÑEZ LAGOS

Notario de Madrid

Concepto de documento

La frase *fe pública* responde a un concepto histórico, de matices místicos, que para la teoría general del Derecho no tiene otro significado que el de un grado o manera de eficacia de ciertos *hechos narrados en un texto documental*, eficacia atribuida por la ley a una clase de documentos calificados de *públicos*.

El documento público es, antes que nada, documento, esto es, una *cosa*—en sentido físico corporal—que *docet*, que enseña, que hace conocer. No hay que circunscribir el concepto al papel y menos confundir documento—continente—con título (una clase, entre varias, de contenido). El documento puede ser de cobre o de oro (moneda) o de piedra (lápidas, etc.). El documento enseña lo que pretende representar. Es decir, usando la terminología de Carnelutti, el documento *docet*, muestra su contenido representativo. “Documento es una cosa que sirve para representar otra”. O, como dice Siegel² al comienzo de su obra: “Documento es una exteriorización del pensamiento perceptible *con la vista*.” Por tanto, la fe pública dada a las cosas, sellos, marcas, monedas, etc., no tiene nada de extraordinario, porque todo documento es y ha sido siempre para el Derecho—y singularmente para la teoría de la prueba—una cosa.

1. NOTA DE LA REDACCIÓN.—Este estudio, escrito sin metáfora, a vuela pluma, se publica por nuestro deseo de ofrecer otro punto de vista sobre la fe pública, en contraste al mantenido por el Sr. Gallardo en el trabajo después inserto, para que así la información del lector sea más completa.

2. *Die privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, en el “*Archiv für die civilistische Praxis*”, 1914, pág. 5.

Aspectos del documento

a) Añade Siegel: "Frente al documento tiene el observador una doble posibilidad: contemplarlo en su aspecto exterior, olerlo, examinar la condición de la materia, en una palabra, hacerlo objeto de evidencia; pero puede también obtener una opinión de su contenido intelectual, esto es, por los *signos* de la escritura formarse una opinión sobre el contenido ideológico del autor." En el primer aspecto el documento es *en si* un *hecho por probar*; en el segundo es *fuerza de prueba*.

b) El documento como cosa corporal es un ente real perteneciente a la esfera del ser. Tiene ser, tiene espacialidad, temporalidad y causalidad. Calificado de público se le añade una cualidad irreal que en el mundo jurídico significa un grado de eficacia, un valor. Hemos pasado desde la esfera del ser a la de los valores. Cuando de una cosa decimos que es buena o mala, bella o fea, formulamos un juicio de valor. El valor es un grado de perfección del ser. Los valores no son impresiones subjetivas ni proyecciones sentimentales—que son indiscutibles, porque "de gustos no hay nada escrito"—, sino determinaciones objetivas fijadas en una *escala de valores externa a nosotros*. Para el jurista esta escala de valores la da el orden jurídico.

Ningún legislador ha inventado los valores, como ningún gramático ha inventado el idioma. El legislador recoge los valores jurídicos, siglo a siglo, de la historia y la dogmática. Matrimonio, filiación legítima, filiación ilegítima, adopción, herencia, fe pública, documento público, son valores y palabras que no ha inventado ningún legislador ni ningún gramático. Pero nadie puede salirse del contenido de esos valores, ni siquiera para negarlos. Así hay Códigos que dan los mismos derechos a todos los hijos, nazcan fuera o dentro de matrimonio. Mas esta formulación supone confirmar el valor conceptual de la polaridad "hijo legítimo-hijo ilegítimo".

Fe pública y falsedad

El documento como cosa es en si mismo indiferente. Para salir de este punto de indiferencia hay que partir en dos direcciones—positiva y negativa—opuestas y distantes: sobre cero y bajo cero. Se contraponen fe pública y falsedad. Es la postura de algunos penalistas, siguiendo a Filangieri, al clasificar la falsedad entre los delitos *contra* la fe pública. Donde hay falsedad es porque hay fe pública. Por eso los títulos valores tienen fe pública, fe pública objetiva, sin funcionario. Con el mismo argumento podríamos concluir que los documentos privados también tienen fe pública, porque el artículo 306 de nuestro vigente Código penal castiga como falsedad el cometer con *ánimo* de

perjudicar a tercero (*animo fraudandi*)³ en documento privado algunas de las falsedades definidas para el documento público. No ha cambiado de naturaleza el concepto falsedad, a pesar de la interferencia del fraude, y en cambio en el fondo del delito no hay fe pública. Cuando la ley me niega un concepto yo no creo nunca que la ley se equívoca ni que el legislador sea un cretino. Dudo de mí mismo. La fe pública y la falsedad no forman polaridad correcta. Lo exacto es contraponer verdad y falsedad. La falsedad destruye la fe pública siempre, como el agua al fuego. Pero caben falsedad y agua sin que haya ni fe pública ni fuego. El delito de falsedad en documento privado, que por definición carece de fe pública, niega que en todo caso para el legislador español la falsedad pregone la fe pública, aunque el único disolvente de la fe pública sea la falsedad.

Cabe también el delito de falsedad contra títulos-valores. ¿Tienen fe pública o están en el mismo caso que los documentos privados?

“Hay ciertos casos—dice Carrara, *Curso*, § 3.800—en los cuales también la escritura que proviene de un *particular*, bajo nombre privado y sin formas solemnes, da lugar, en caso de adulteración, al título de falsedad por causa de *favor*, por causa de *ficción* o por causa de *conexión*. Por causa de *favor* se asimilan a los documentos públicos las letras de cambio; por causa de *ficción* se asimilan a los documentos públicos los testamentos ológrafos; por causa de *conexión*, los papeles privados en ciertos casos.” “Fué *mero favor* hacia el comercio lo que llevó a identificar a los *presentes fines* las letras de cambio u otros papeles comerciales con los documentos públicos y a conminar contra el falsificador de aquéllos las penas establecidas para los falsificadores de éstos.” Esto lo dice Carrara, el insuperado penalista (con Carmignani y Roshirt), que más se atiene al concepto de falsedad de Filangieri como *delito contra la fe pública*, terminología que no usa nuestro Código penal: al hablar “De las falsedades” no se refiere para nada a los delitos contra la fe pública. Previamente el Código penal ha hablado de los delitos *contra* la seguridad exterior e interior del Estado, para después de tratar de las falsedades, recomponer nuevamente la simetría *a contrariis* con los “Delitos *contra* las personas, *contra* la honestidad, *contra* el honor, *contra* el estado civil de las personas, *contra* la libertad y seguridad, *contra* la propiedad”. En ese *adversus* lógico-sistemático, ¿por qué falta la fe pública?

“Los documentos públicos—dice Carnelutti (*Sistema*, edic. argentina, II, pág. 416)—se pueden distinguir en documentos públicos en *sentido estricto*, cuya formación representa el ejercicio de una actividad pública *específicamente dirigida a la documentación* (documento notarial), y documentos públicos en sentido amplio, los cuales se forman en el ejercicio de una *actividad pública diversa* de aquélla. Per-

3. El Código penal español de 1928 exigía en ciertos casos también el *animo fraudandi* para la tipicidad del delito de falsedad en documento público (363).

tenecen a este segundo grupo los certificados formados en el ejercicio de una función pública o de un servicio público y los documentos de crédito público, de los cuales el prototipo es el billete de Banco." En todo caso, en sentido amplio, para Carnelutti "documento público es el formado en el ejercicio de una actividad pública".

Forma funcionarista y fe pública objetiva

No hay que confundir los conceptos técnicos del capítulo de la *forma* con los del capítulo de la *prueba*. Del hecho jurídico interesa al Derecho: 1) la existencia o forma. 2) la persistencia o prueba. Se trata del mismo hecho en distinta dimensión: ha intervenido *el tiempo* dándole una dimensión más al hecho jurídico. En otro escrito mío, en el grupo de las llamadas formas *ad solemnitatem*, introduje una escisión, porque en él, histórica y conceptualmente, se mezclan, con error, las formas estrictamente ceremoniosas o litúrgicas, con las funcionaristas o de autoridad.

Las formas ceremoniosas o litúrgicas, sin funcionario de ninguna clase, consisten en palabras exactas y sacramentales, solas o interpoladas en actos rituales; frases, preguntas y respuestas y, a veces, una escena organizada. Es la forma dispuesta como espectáculo. (Testamento *per aes libram*, *confarreatio*, *mancipatio*, *stipulatio*.) A estas formas ceremoniosas se refería al formalismo, y contra ellas venció el *espiritualismo* del Derecho canónico y del Ordenamiento de Alcalá. Las formas funcionaristas se caracterizan por la presencia e intervención de un funcionario público o de autoridad. La *in iure cessio* en Roma, la *Auflassung* en Alemania, la *insinuación* en todo tiempo, las formas notariales, el matrimonio civil, etc.

Se puede hablar con corrección de forma funcionarista, pero nunca de fe pública funcionarista, so pena de involucrar la forma con la prueba. De la noción elemental y etimológica del documento como cosa, se deriva que esa cualificación de *público*, que le da un valor, un grado de eficacia llamado *fe pública*, no puede tener nunca un sentido subjetivista, funcionarista, sino objetivo, inherente a la cosa misma. La cosa—prueba—es el objeto valorado o portador de valor. La fe pública, el valor mismo que a la cosa da la ley. Por eso la fe pública se ha estudiado siempre entre las llamadas pruebas *reales*, jamás entre las *personales*. Nadie, al referirse al funcionario, puede decir que éste tenga fe pública, más que en sentido figurado, refiriéndose al autor del documento con fe pública, pues todo documento público, esto es, que hace fe porque lleva en sí fe pública, tiene necesariamente un autor en el ejercicio de una *actividad pública*. Otra cosa es confundir la seda con el gusano, y el sacramento con el ministro. El billete de banco tiene fe pública por el origen o fuente de donde mana, pues el Banco emisor produce documentos con fe pública, en cuanto tiene delegada por la Ley "la actividad pública" de *acuarlos* (*ius sigilli*).

Proyección de la forma sobre la prueba

La forma y la prueba son dos planos paralelos y superpuestos en estratos (existir y persistir). El mismo hecho jurídico en dimensión *tiempo*. Podría decirse que desde la capa superior a la inferior (o de la anterior a la posterior) hay filtraciones conceptuales e históricas, calcos y traslados, que denuncian una constante osmosis o capilaridad. Los fenómenos de un estrato tienen su correspondiente—en valor y fin—en el otro. Como históricamente la forma solemne, *ad substantiam*, ha precedido a la fe pública, los fenómenos de aquella—estrato de la forma—han producido sus isotopos en esta—estrato de la prueba—. El arte de escribir, enlazando forma y prueba, traza un linde diferencial; el papel ha sido la membrana osmótica que ha separado dos estratos, sin impedir la impronta de la forma en la prueba.

De esta correlación fenomenológica, recordaremos en el día de hoy, únicamente dos casos: la *intervención* funcionarista que se convierte en *narración*, y la *unidad de acto* que se transmuta en *integridad*.

a) *Intervención y narración*.—Para la forma solemne lo básico es el hecho de la *intervención* del funcionario—la forma tiene siempre algo de espectáculo—. Para la prueba, el documento en que el funcionario *NARRA* esa intervención. Para la forma, *intervenir*, o quizá *interziniendo*. Para la prueba, el *haber intervenido*, recogido, representado en un documento. Carnelutti (loc. cit.), criticando en el artículo 1.317 del viejo Código civil italiano la dición “el documento público hace plena fe de la convención y de los hechos *realizados a presencia* del notario”, dice: “En el sitio de los hechos *realizados a presencia* del notario de ponerse “los hechos *narrados* en el documento”, porque el presupuesto de la prueba no está en que un hecho haya ocurrido ante el notario, sino en haberlo ofrecido como tal, y así, aunque un hecho haya ocurrido realmente en estas condiciones, si no se *narra* el documento no lo prueba”.

Hay, pues, entre forma y prueba, una correlación de conceptos en distinto plano: en el de la forma, INTERVENCION; en el de la prueba, NARRACION.

b) *Unidad de acto e integridad documental*.—También la unidad de acto, típica de la forma *ad solemnitatem*, ha dejado su impronta en la fe pública: LA INTEGRIDAD.

Las formas solemnes tenían un requisito de extraordinaria rigidez: la unidad de acto. El negocio jurídico quedaba necesariamente completo: no había posibilidad de añadirlo, modificarlo o contradecirlo. Todo hecho que quedaba fuera del *único acto* era inexistente. Para contradecir o modificar el negocio solemne, regía el principio del *contrarius actus*, que no alteraba, sino que más bien cancelaba o substituía totalmente el negocio anterior. Se excluía así toda eficacia, incluso inter partes, de las que llamaron después CONTRE-LETTRES, y se consagraba

iuris et de iure, por la fuerza del sistema, una manifestación de la llamada en derecho material “presunción de permanencia”.

La escritura, al transmutar la *intervención en narración* (texto), convierte la unidad de acto en *unidad de texto o contexto*, llamada en derecho formal INTEGRIDAD, que con la *exactitud*, verdad o fidelidad constituyen la fe pública. Con la escritura—arte de escribir—la presunción de permanencia se vió amenazada por las *contre-lettres*; la narración de un primer *texto*, por la narración de otro texto, coetáneo o posterior. Entre la ineficacia o la validez de este segundo texto, el orden jurídico eligió la eficacia relativa *inter partes*: el texto documental es *íntegro* pero sólo para terceros. Las *contre-lettres* no perjudican a tercero (art. 1.321 Code Nap.). El Código civil español no ampara la integridad de la primera narración más que si ésta consta en escritura pública, lo mismo si la *contre-lettre* ha sido recogida en documento público que en documento privado. “Los documentos privados—dice el 1.230—hechos para alterar lo pactado en *escritura pública*, no producen efecto contra tercero.” “Las escrituras públicas—1.219—hechas para desvirtuar otras *escrituras* anteriores entre los mismos interesados, sólo producirán efecto contra tercero, cuando el contenido de aquellas hubiese sido anotado al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiere procedido el tercero ⁴. (Confrontar art. 996 Código civil argentino.) Esta anotación pasa a formar parte del texto documental para que éste siga siendo íntegro.

La integridad ha sido recogida con especial cuidado por los tradistas de títulos-valores, que se refieren a la fe pública, en sus dos aspectos de exactitud e integridad, con el nombre de “literalidad”. En Hamburgo, Brema y Lübeck, en que el asiento del primitivo Registro de la Propiedad era la *forma substancial única*, solemne y documental, de la *Auflassung*, el asiento tenía fe pública, y por tanto, *integridad*, la misma integridad que en el resto de Europa el documento público. El Registro de la Propiedad en el norte de Europa, el protocolo notarial en el Sur, y los títulos-valores por el *ius sigilli*, son tres manifestaciones del mismo fenómeno de la fe pública y los tres responden al mismo concepto de INTEGRIDAD, en beneficio de tercero.

Valor de la INTERVENCION y valor de la NARRACION

La Ley establece una escala de valores. Y consecuentemente valora la INTERVENCION del funcionario y valora su NARRACION. A veces, sin embargo, valora el hecho jurídico directamente. Habrá, pues que distinguir: a) Valoración del hecho jurídico directamente por la Ley. b) Valoración legal del hecho por su forma. c) Valoración de la narración documental de un hecho.

4. El mismo art. 1.219 contiene una excepción a la integridad del texto (“anotado en el Registro público correspondiente”) debida al principio de publicidad: nadie puede alegar ignorancia de lo que consta en un Registro público.

a) *Valoración directa del hecho por la Ley.*—Ejemplo: El nacimiento determina la personalidad (art. 29). Es el primer grado del valer, el valer mínimo que acompaña a la mera existencia del hecho jurídico “nacimiento” definido en el art. 30. Junto a este hecho jurídico hay otros hechos que determinan la amplitud y calidad de los efectos jurídicos del nacimiento: los hechos de la filiación. Así, podemos formar una escala de valores legales en la que clasificar ese mero hecho del nacimiento para obtener su valor, su jerarquía, su grado de eficacia: 1) Nacimiento de padres desconocidos. 2) Hijo ilegítimo no natural, en los supuestos del art. 140 del Código civil. 3) Hijo natural no reconocido pero reconocible por reunir los requisitos habilitantes del párrafo segundo del art. 119 y respecto de la madre por el hecho del parto y la identidad del hijo. (El llamado hijo natural reconocido deriva sus derechos de una forma: el reconocimiento voluntario, y no pertenece a esta escala de valores, sino a la siguiente.) 4) Hijo natural reconocido, que se halla en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos. 5) Hijo legítimo, si nace dentro o fuera de matrimonio, pero dentro de los plazos legales.

En todos estos casos el grado de eficacia lo da la *Ley directamente* al hecho jurídico. Del mero hecho, nace el derecho y la acción (acciones de estado civil, alimentos, herencia, etc.). La documentación, el Registro civil, etc., es algo extraño, posterior, y añadido al hecho jurídico. La documentación produce sus efectos, pero el hecho jurídico ya los producía por sí. El nacimiento y la muerte son hechos jurídicos que no dependen para nada de ningún papel ni del Registro civil.

b) *Valoración del hecho por su forma.*—Prescindiendo de aquellos casos en que la forma es exigida *ad substantiam* (donación de inmuebles, etc., *formas de ser*) veamos la escala en un supuesto del más puro sistema espiritualista. Compra-venta de inmuebles en cuantía superior a 1.500 pesetas. Para ser, para existir, basta el consentimiento de vendedor y comprador. Más para alcanzar cualquier grado superior de eficacia, necesita acogerse a una forma (forma de valer). Así, podemos marcar la siguiente jerarquía: 1) Compraventa verbal. 2) Compraventa de documento privado (1.280 in fine). 3) Compraventa en documento privado con fecha auténtica (1.227 Cc.). 4) Compraventa en escritura pública, sin inscribir (1.218). 5) Compraventa en escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. En todos estos casos, la intervención del funcionario va matizando los grados superiores de la jerarquía, frente a los inferiores en que no interviene.

c) *Valor de la narración documental de un hecho.*—Este valor depende de dos factores, perfectamente enlazados: 1) Autor de la narración. 2) Naturaleza convertible o inconvertible de la narración.

Autor de la narración. Jerarquía en la fe o credibilidad, por su origen

La fe en general, según una definición clásica es: *Credere quod non videmur propter testimonium dicentes.*

Un objeto, un hecho presente a nuestros ojos—*videntia*—a nuestro conocer directo, es una realidad *evidente*. Tenemos la evidencia de esa realidad percibida, y respecto de ella formulamos un juicio de razón, o acto de juicio. Asentimos al objeto afirmando su contenido. Este asentimiento se produce, no sólo en todo acto de juicio, sino también en todo *acto de fe*. Más en el juicio se asiente el objeto o hecho por su evidencia, y en el acto de fe a pesar de su no evidencia, *quod non videmur*. Cuando el objeto o hecho es evidente, esto es, cuando tiene presencia integral ante nuestra intuición intelectual, el asentimiento es acto de conocimiento. Basta conocer, sin que intervenga la voluntad, para pronunciar el juicio. Cuando el objeto o hecho no evidente, esto es, cuando está lejos de mí en el tiempo o en el espacio, o el acto de asentimiento no se verifica, o si se verifica es por *algo* que ajeno al objeto mismo y al sujeto incline y venza la voluntad a verificar necesariamente el acto de asentimiento. Ese *algo* extrínseco que logra y obtiene el asentimiento a un objeto u hecho no evidente, se llama en filosofía *autoridad*. El poder persuasivo o imperativo de la declaración, narración, relato o revelación de esa autoridad, varía, según el carácter u origen de dicha autoridad.

Por el origen de la autoridad, los actos de fe se dividen en actos de fe religiosa, revelados por Dios, y actos de fe humana, declarados por los hombres. A su vez la fe humana puede provenir de autoridad pública (en sentido filosófico y jurídico) y de autoridad (en sentido filosófico) privada, y ambas pueden manifestarse por escrito o verbalmente. *Verbalmente*, lo mismo la autoridad pública que la persona privada, producen el testimonio, son testigos. *Por escrito*, la autoridad pública en cuanto tal, es decir, en su *actividad pública* produce el documento público, y su fe o credibilidad se llama por lo mismo fe pública; y la persona privada, produce el documento privado que podrá tener cierto grado de fe, pero que no será jamás fe pública.

Objetivación de la fe pública

En el lado activo, la fe verbal o testimonio (bien de un particular, bien de un funcionario), reside en la conducta de una persona, y no en un texto documental; adyace al sujeto y a sus actos como una cualidad *moral* del mismo (lealtad, fidelidad, desinterés, pasión, percepción, retentiva). La fe *escrita*, debida a una *actividad pública*, es objetiva, se incorpora, penetra y vive autónoma en el papel o cosa.

En el lado pasivo o recepticio, la fe verbal o personal, depende del

sentimiento subjetivo que el Juez tenga de la veracidad del testigo. El acto de fe viene condicionado por un acto de estimación subjetiva. O lo que es lo mismo, la fe personal oscila entre dos subjetivismos: testigo y Juez. La fe pública está, más que estimada, valorada por la Ley porque, si en su aspecto activo se emancipa de su autor, objetivándose, en su aspecto pasivo, si no fuere debidamente estimada por el Juez, subsistiría íntegra, como hecho o documento auténtico, en casación (1.692, 7.º LEC). El Tribunal Supremo corregiría la ceguera del Juez para los valores legales.

El medio técnico de objetivación

No se trata de que el legislador crea más en ciertos funcionarios que en determinadas personas, si no de que el medio técnico de objetivación, el cauce legal de que se vale el funcionario para producir la *narratio*, le merece absoluta confianza. No es que el Juez de paz del último pueblecín español merezca más crédito que un sabio abogado de la capital. Pero el medio técnico de plazos, libros y formalidades, dan lugar a un acta, de nacimiento o defunción, que son hechos *in rerum natura*, que el juez ni siquiera presencia, pero que por el modo legal de llegar al Registro ha de tener por evidentes, y que recogidos en una *narración* hacen fe o prueba mientras no se decreta su falsedad. Hasta este momento, la narración subsiste en sí, adherida a una hoja de papel, objeto físico que previamente existe en sí (*Ansichsein*); y papel y narración coexisten. Mas la autonomía, objetividad y substantividad de la narración, es tan intensa que, la destrucción del acta como cosa, no impide que la misma narración vuelva a ser eficaz incorporada a otro papel después de seguidos los trámites legales para la reconstrucción de archivos y registros.

Hay pues, que centrar el calificativo *funcionarista*, en la forma o en las formalidades, que para la fe pública no son más que el origen o medio técnico. La actividad pública que da lugar a un documento público, es la causa de la narración; pero sólo causa *ocasional* o instrumental. La causa *eficiente* es siempre la misma Ley, que valora, no sólo el hecho jurídico—nacimiento o muerte—sino su narración documental en un folio del Registro civil. Existe un nexo entre hecho y prueba. “Si lógicamente el uno es distinto de la otra—dice Carnelutti (Teoría General del Derecho, pág. 366)—, prácticamente el hecho no sirve sin la prueba, y en cambio la prueba puede servir sin el hecho”. El Derecho substantivo o material de igual manera que a veces valora al hecho directamente, puede valorar una determinada prueba. Pero entonces—no hay que engañarse—los efectos jurídicos no los produce la existencia del hecho aparentemente generador del derecho, sino la existencia de la prueba como hecho jurídico autónomo e independiente. La prueba legal, en la época de la prueba tasada, convertía al Juez en

un preludio de la máquina de calcular. La mal llamada prueba legal de hoy día, en la mayoría de los casos, no es una substitución de la convicción del juez por la del legislador, sino una substitución legal de los hechos jurídicos generadores del derecho subjetivo. Los hechos en sí quedan substituidos por la narración, por el texto documental.

Convertibilidad de la narración

El acto de fe, en la fe humana, se refiere a un hecho no evidente, sin intermediación. Más este acto de fe lo hace el sujeto creyente en substitución de un acto de juicio, no realizado por él, pero sí por otro sujeto para el que el hecho ha sido evidente, esto es, con visión directa e inmediata.

Por ejemplo, yo no he visto un átomo. Creo en el átomo, para mí inevidente, porque unos sabios, dignos de todo crédito, me lo han testimoniado. Para mí el átomo es un acto de fe. Para ellos, objeto evidente y acto de razón. Acto de fe y acto de razón o de juicio, guardan entre sí una correlación análoga a la de prueba y forma, y son perfectamente canjeables. El acto de fe, como el billete de Banco de las épocas felices, es canjeable por el oro evidente de un juicio de razón. Yo puedo comprobar y hacer evidente para mí el átomo. Siempre que sea posible este canje entre el acto de fe y su correlativo acto de juicio, estamos en presencia de fe humana privada (testigos, testimonios). Cuando este canje entre el acto de fe y el acto de juicio no sea posible, cuando el acto de fe sea forzoso, impuesto por la Ley, estamos en supuestos de fe humana, pero no de fe pública. La fe pública exige un acto de fe de quienes no tuvieron la evidencia de un hecho—entre ellos, del juez—y sustituye *el hecho* objeto del acto de fe por *la narración* ESCRITA de ese hecho por el funcionario competente, de tal forma que, sin la sentencia civil o criminal de falsedad, en cuyo caso se destruye la fe pública, no será legalmente posible el canje de la *narración* (objeto inevidente para el lector) por el *hecho* objeto evidente. La fe pública es una narración eficaz por sí misma, un texto documental de curso forzoso, sin reintegro en evidencias concretas, sin reversión al hecho narrado.

Narración, representación, indicación

De esta manera queda de manifiesto una nota característica y esencial de la fe pública: la *narratio*, el *dictum*. El documento es una cosa que sirve para representar otra. El *hecho* está presente ante nosotros—evidencia inmediata o evidencia *stricto sensu*—, pero sólo en un momento del tiempo y en un punto del espacio. El hecho es fugaz. Para un momento o lugar distintos el hecho debe ser reproducido. El hecho pasado ha de hacerse presente: este es el punto de vista de la

prueba en juicio. El hecho presente ha de hacerse valer en el futuro: es el punto de vista de la prueba preconstituída. El hecho fugaz llena de incertidumbre la existencia del derecho subjetivo. Lo que partes y testigos reproducen *a posteriori* en juicio no es el hecho pasado, sino su recuerdo personalísimo de una imagen intelectual de ese hecho pasado. Lo que el documento recoge no es tampoco el mismo hecho, sino su representación. Leyendo el documento vivimos el hecho, pero sin intermediación, en actos de segundo grado. El documento conserva la existencia del hecho, proyectando su evidencia hacia el futuro: evidencia inmediata. El documento representa el hecho mediante *signos gráficos*, y no sólo con medios gráficos en un solo plano (diseño, pintura), sino también con medios plásticos (relieves, entalles, precintos, marcas, construcción de modelos, facsimiles, etc.). De cualquier manera, el documento *docet* enseña.

Sin embargo, este *enseñar* del documento puede ser una *representación* o una *indicación* del hecho. “Si yo muestro el retrato de una persona—dice Carnelutti, *Teoría del falso*, pág. 10—la represento; si pronuncio su nombre, la *indico*; las sensaciones suscitadas por el nombre no equivalen exactamente a aquéllas que determinaría la persona, pero sirven, por vía de experiencia y, por tanto, de la inteligencia—prueba crítica, presunciones—, para reclamarle. Un ejemplar clásico de la contraseña es la marca industrial o comercial, la cual no representa, pero indica, esto es, permite *argüir* que la mercancía ha sido fabricada o introducida en el comercio por un establecimiento dado; otro es el billete ferroviario o la entrada para espectáculos públicos; su diferencia con el título valor ha de basarse en la distinción entre la prueba crítica y la prueba documental.” El signo sobrepuesto a una persona o cosa se convierte en contraseña. Tales las antiguas marcas de los condenados, los tatuajes de pertenencia a una secta, la *tonsura seu corona clericalis*, etc., las marcas de fábricas, las marcas de los animales, etc.

Prescindiendo de todos estos supuestos de contraseñas, nos atenemos a los supuestos en que el *docet* del documento es autónomo, esto es, contiene una *fórmula narrativa*: “El hecho representativo constituye un equivalente sensible del hecho representado, haciéndolo presente en cuanto determina sensaciones análogas” (Carnelutti). Esa fórmula narrativa es lo que constituye el texto, la *cartalidad* o literalidad del documento.

Narración, exactitud, fe pública

A la adecuación del hecho—*actum*—con su narración documental—*dictum*—se le llama verdad o exactitud. A una protección especial del *dictum*, del texto, se llama fe pública. El *dictum* siempre representa al *actum*. Esta representación corrientemente es reversible; puede prescin-

dirse del *dictum* para atenerse al *actum*. *Dictum* y *actum* son dos hechos—representante y representado—intercambiables. Cuando la ley impide ese intercambio, cuando el *dictum* es irreversible, entonces estamos en presencia de la fe pública. La fe pública, ante todo y sobre todo, es un texto documental—*dictum*—. La ley afirma la adecuación exacta entre *actum* y *dictum*: he ahí la exactitud.

El Registro civil dice que una persona nació o murió tal día. Si el nacimiento o la muerte—hechos—no acontecieron, el texto del acta del Registro civil es falso. Sólo mediante impugnación por falsedad se puede destruir la fe pública. Lo que no quiere decir que allí donde hay posible falsedad es porque hay fe pública. Porque si bien la falsedad es contravalor y antídoto de la fe pública, fe pública y falsedad no forman polaridad, en sentido filosófico ni jurídico.

Las estimativas nulidad-falsedad

Desde luego, frente a la fe pública es correcto hablar de impugnación por falsedad, nunca de nulidad. Los hechos objeto de la fe pública existen o no existen—esfera del ser—y su narración es fiel—verdad—o infiel—falsedad—; pero los hechos *en sí* no son válidos o nulos—esfera del deber ser—. Una escritura conteniendo un contrato tiene dos aspectos: uno, en el de la realidad, los hechos narrados por el Notario; otro, en el de la legalidad, el contrato, que deberá ajustarse a la ley. Puede fracasar la impugnación planteada en el primer aspecto, fracasando la querrela (civil o criminal) de falsedad, y triunfar la impugnación en el segundo aspecto, la nulidad.

Así, por ejemplo, el consentimiento contractual tiene dos manifestaciones: a) En la esfera de la realidad el consentimiento como *hecho*, como existente en un momento dado, y que el Notario relata dando fe de que ha leído la escritura y de que, enterado el otorgante, presta su consentimiento (firme o no firme), y b) En la esfera de la *legalidad* el consentimiento en relación con la norma jurídica, en cuanto bastante y adecuado para el acto jurídico de que se trata. El consentimiento para la fe pública no es más que un *hecho*, el de su prestación ante Notario. Sólo se puede impugnar por falsedad. Pero puede el consentimiento ser *inválido* por no haberse ajustado a la ley. Este segundo aspecto cada día tiene menos importancia, precisamente por la decadencia del formalismo. En cambio, al centrar el espiritualismo toda eficacia en el consentimiento nudo o desnudo, pasa a primer plano el consentimiento como mero *hecho*. Si la narración de este hecho es falsa, el documento es totalmente ineficaz. Si siendo fiel y exacta el consentimiento está viciado, la nulidad hará ineficaz la *obligación*, pero no la *narración*, subsistiendo íntegra la fe pública y surtiendo su efecto en la medida en que sean eficaces los meros hechos del *dictum* (presencia de las partes, entregas de dinero, etc.).

La nulidad deja al *texto* documental íntegramente con su fe pública, porque no lo *sustituye*. Cuando la nulidad sustituye (arts. 30, 33, 40, *in fine*, Ley y 53 Reglamento hipotecario) al texto documental es que el texto carece de fe pública. Que es precisamente lo que sucede con el Registro de la propiedad español.

Fe pública en el Código civil alemán y fe pública en el Registro español

El mundo del Derecho hipotecario de origen germánico discurre por dos cauces:

- a) El del principio de publicidad; caracterizado por la eficacia exclusiva de la inscripción respecto de tercero (*Drittwirkung*); y
- b) El del principio de inscripción sustantiva, denominado *Grundbuchsystem*; *Prinzip der formalen Rechtskraft*; *Buchstandsprinzip*, en el que el texto, la *narratio*, el *dictum* del asiento, se sobrepone a todo y a todos, incluso a las partes⁵. Los asientos son la verdad única, la verdad impuesta (fe pública absoluta).

Esto no era una decisión caprichosa de la ley. Obedecía a un sistema. Se entendía que la transmisión se verificaba por cesión judicial (*Auflassung*) y que el asiento era su *forma sustancial* única. Entre asiento y *Auflassung* había la misma correlación que hay entre testamento abierto y voluntad del testador. Salvo nulidad por falta de consentimiento, no cabe invocar más voluntad que la expresada en el tenor literal (*texto*) del mismo testamento (C. c., 675).

Sin embargo, dentro de este sistema surgió la diferenciación. En primer lugar, las adquisiciones por ministerio de la ley, singularmente las hereditarias, no se producían por la inscripción ni desde la inscripción. La inscripción respecto de ellas tendría un valor documental, pero nunca sustantivo o constitutivo.

En segundo lugar, las renovaciones de las leyes hipotecarias de la primera mitad del siglo XIX dieron lugar en la misma Alemania a nuevos perfiles dogmáticos. Mientras en Bremen (ley en vigor desde 1.º de mayo de 1834) la inscripción sigue siendo la forma única y directa⁶ de la *Auflassung*, en Lübeck, dentro del más puro germanismo, por la ley de 6 de junio de 1818 (art. 2.º) se celebra la *Auflassung* ante el Tribunal en sesión pública (*actum Auflassung*), que es recogida en acta—dictum—por el proto-Notario, asistido de Secretario judicial. La copia de este acta se inscribe en el Registro de Actas (ar-

5. Artículo 7 del Estatuto de Hamburgo de 1605, por ejemplo. Brema y Lübeck tenían régimen semejante.

6. El artículo 17 de la citada Ley de 1.º de mayo de 1834 añadía: "... la propiedad entera y sin ningún engaño queda asegurada al propietario así investido. Ninguna reivindicación, ni oposición, ni pretensión de acreedores, puede ser formulada, a menos que se trate de reservas de propiedad inscritas".

título 3.º); la inscripción no es forma substancial del acto; el acuerdo del Tribunal, después de un procedimiento de edictos y purga, es lo que hace la adquisición inexpugnable, pero no la inscripción. Por eso el folio registral puede ser rectificado por error en vista de las actas del proto-Notario. El *actum*—la *Auflassung* en audiencia judicial—se sobrepone al *dictum*. El valor reposa sobre la homologación judicial y no sobre el texto exclusivo de la inscripción.

En tercer lugar, la dogmática civil afina y distingue a través de fuertes polémicas, de una parte, entre voluntad y declaración, entre negocio verdadero y simulación, entre realidad y apariencia, y de otra, entre el acto y su documentación, entre el *actum* y el *dictum*.

Consecuencia de todo ello fué que, incluso en el sistema del llamado *Prinzip der formalen Rechtskraft* o *Buchstandsprinzip* o de la fuerza probante de la inscripción, se distinguieron los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes* de aquellos otros en que podía ser corregido el asiento inexacto, porque lo sustantivo y principal era la *Auflassung* y no el asiento (Oldemburgo, Brunswick, Coburgo-Gotha, Schaumburgo-Lippe, Schwarzburgo, etc.). En los casos en que el *dictum* del asiento *facit ius erga omnes* el texto tiene fe pública. El *dictum* es incanjeable por el *actum*. Por el contrario, en los restantes casos el *actum*, se sobreponía siempre al *dictum*.

En el último tercio del siglo XIX, con la experiencia adquirida por los sistemas del principio de publicidad, del *Drittwirkung* (tercivalencia), una mentalidad de jurisprudencia salomónica concilió las dos tendencias dentro del *Grundbuchsystem* y creó el sistema de las leyes prusianas de 1872 y del B. G. B. La inscripción desciende de ser la forma sustancial única de la *Auflassung* hasta convertirse en un acto aparte que, sumado a la *Auflassung*, integre la transmisión de la propiedad. La inscripción es un elemento constitutivo, pero no la total forma solemne de la *Auflassung*. La inscripción no es válida más que precedida o seguida de la *Auflassung*. Sin *Auflassung*, la inscripción es una mera apariencia. La *Auflassung* influye, en definitiva, sobre la existencia o subsistencia de la inscripción. La verdad del Registro es una verdad meramente supuesta o presunta *erga omnes*. Valdrá siempre el *actum* sobre el *dictum*. la *Auflassung* sobre la inscripción, salvo el caso de que ese asiento claudicante hubiera seguido otro asiento a favor de un adquirente a título oneroso y de buena fe. En este caso la ley, ante la presencia del tercero en el asiento posterior, transforma el asiento precedente en su *total literalidad* en verdad definitiva, impuesta, *iuris et de iure*. Este asiento anterior, en beneficio del tercer adquirente cobijado en el asiento posterior, se cristaliza o petrifica y su *narratio* recobra la misma fe pública que tenía el *Grundbuchsystem* (principio de fe pública: *Oeffentlicher Glaube*). Respecto y en beneficio de tercero, el asiento precedente se ha convertido en un asiento del sistema de la inscripción sustantiva, con exactitud e integridad en su *narratio*.

A primera vista parece que la protección del tercero frente a acciones reivindicatorias o revocatorias no inscritas es la misma en el sistema del principio de publicidad y en el sistema de la fe pública. Aunque la diferencia práctica es sutil, en el sistema del principio de publicidad—España—nunca se convalida o petrifica, tanto si la nulidad es de forma (art. 30 Ley) como si es de fondo (art. 33), el asiento anterior inválido, que queda en todo caso anulado y sustituido (artículo 53 Reglamento hipotecario), y lo único que sucede es que esa nulidad no perjudica al tercero refugiado en el asiento posterior (arts. 31 y 34). En el sistema de la fe pública, el asiento que no se altera por causa del tercero es el precedente. La presencia del tercero convalida el texto del asiento de su transmitente: para tercero esa inscripción previa es siempre exacta e íntegra.

En España, el asiento impugnado, lejos de convertirse en *exacto* e *íntegro*, se anula y desaparece totalmente en su *texto* documental, porque la inscripción es el accesorio del título⁷, pero su desaparición no perjudica a un tercero que concreta y define el artículo 34. La Ley hipotecaria únicamente decreta la *ilección* del tercero, sin preocuparse de la subsistencia del asiento precedente.

Aunque estos últimos años anteriores a la reforma de 1946 se ha generalizado la expresión *fe pública registral* para expresar la inmunidad del tercero, teniendo en cuenta la historia dogmática del concepto fe pública registral, no resulta muy correcta la expresión. El principio de fe pública registral consagrado en el B. G. B. tiene las siguientes diferencias con la situación análoga de la ley española:

a) La fe pública del B. G. B. procede, como hemos dicho antes, del *Grundbuchsystem*, que dota de fe pública el asiento del transmitente, convirtiéndolo en un documento *íntegro* y *exacto* en beneficio del tercer adquirente de buena fe, que en su caso advendrá en un asiento posterior. La llamada fe pública en la Ley hipotecaria española procede del principio de publicidad, del *Drittwirkung*, de la efectividad respecto de tercero. En España, el asiento del transmitente, aun después de haber inscrito el tercero del artículo 34, puede desaparecer por nulidad de fondo (art. 33) o de forma (art. 31) o por ser declarado inexacto (art. 40). *No subsiste*, sin necesidad de que se haya alegado *falsedad*. Lo único que sucede es que la inexactitud o nulidad del asiento no perjudica a tercero. Al asiento nulo sustituye otro asiento nuevo, y vale siempre el contenido del nuevo asiento *en todo*, salvo en lo que perjudica a tercero. En España, pues, se trataría de una fe pública... *sin texto, sin documento, sin cosa*, porque el texto o documento, en el supuesto de nulidad, ha desaparecido.

b) La fe pública del B. G. B. convierte *iuris et de iure*, el asiento del transmitente en *exacto* e *íntegro*. Garantiza la adquisición del ter-

7. "Es principio elemental de Derecho hipotecario que la inscripción no altera la modalidad ni la eficacia del título inscrito" (S. T. S. 11 mayo 1927).

cero en el modo y sólo con las cargas que dice el *texto* de dicho asiento: Únicamente los *derechos reales* expresos en ese texto *existen* para el tercero. La fe pública del asiento implica *inexistencia total* de lo que no expresa su texto. En España, por el contrario, los derechos reales fuera del Registro existen (esfera del ser), pero *no perjudican* a tercero (esfera del valer). La fe pública del art. 34 de la Ley Hipotecaria, no niega la existencia a derechos reales que gravan la finca, y tampoco los excluye. De la existencia se encarga el Derecho civil y de la exclusión o postergación los arts. 13 y 32 de la Ley.

El art. 34 no comprende los *derechos subjetivos* de carácter real y únicamente se refiere a *derechos potestativos* (Gestaltungsrechte) de impugnación—nulidad o resolución—que afectan al dominio o a los derechos reales como objeto de la enajenación o gravamen, esto es, objeto de una sucesión intratabulos o emanación de un derecho matriz antecedente.

La exactitud ⁸ del art. 34 sólo se refiere:

1. A la existencia de la titularidad del transferente (art. 38): adquisición *a vero domino*.
2. A la facultad de enajenar del transmitente (arts. 27 y 34).
3. A la inexistencia de causas extintivas de la titularidad no expresadas en el Registro (art. 34).

Por otra parte, la fe pública del B. G. B. es un modo de adquirir (*a non domino*). La de la Ley española, un modo de *retener* o *mantener* (irrevindicación).

Adquisición a non domino e irrevindicabilidad

Se ha dicho en España que el efecto del art. 34 de la Ley es la adquisición *a non domino*. El texto de la Ley únicamente dice que el tercero será *mantenido* en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho. No cabe duda que para que este derecho sea mantenido, la adquisición tendrá que llegar a ser irrevocable *en manos* del tercero. Pero una cosa es la irrevindicabilidad y otra cosa diferente la adquisición *a non domino*. Es decir, se puede hablar en España de adquisición *a non domino* como consecuencia de la irrevindicabilidad, como en Alemania se puede hablar de irrevindicabilidad como un efecto de la adquisición *a non domino*.

“Después de la recepción del Derecho romano—dice Ewald ⁹—lle-

8. Podría decirse que, como en España se inscriben títulos, la exactitud e integridad del Registro se refiere también a títulos: a) *integridad*: los títulos sujetos a inscripción no inscritos no perjudican a tercero inscrito; b) *exactitud*: los títulos inscritos son los únicos que perjudican a tercero a tenor de la inscripción. Pero hay que poner de manifiesto el valor del *extracto* del título (inscripción) respecto a tercero.

9. *Der Rückwerb des Nichtberechtigten*, en el tomo 40 (1926) de los “*Jherings Jahrbücher*”. pág. 299.

gó a ser Derecho común el principio romano de la ilimitada persecución de la propiedad mueble. (Ubi rem meam invenio, ibi vindico.) Pero en muchos derechos particulares se conservó la irreivindicación de la propiedad mueble por el brocardo *Hand wahre Hand*. En un principio aparece la no persecución de la cosa mueble... como exclusión de la acción reivindicatoria. Quien adquiere de un comodatario, acreedor pignoraticio, depositario, etc., llega a ser poseedor inatacable, pero no propietario... Mas poco a poco se supone en interés, primero del tráfico comercial, y después del tráfico por negocio jurídico en general, que a consecuencia de la exclusión de la acción, el adquirente—de buena fe¹⁰—adviene propietario”. “Esta evolución se termina con las codificaciones modernas. Todavía “das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch¹¹” de Austria (§ 377) como el Código civil suizo (933, 714), ven en la exclusión de la acción reivindicatoria lo *primordial* de lo que, como una *mera consecuencia* aparece la adquisición de propiedad de buena fe. Mas el B. G. B. (§ 932) ha abandonado definitivamente el antiguo punto de vista; ha puesto abiertamente al servicio exclusivo del tráfico el principio *Hand wahre Hand* y lo ha transformado en una norma jurídica sobre la *adquisición* y *pérdida* de la propiedad. F. B. G. B. estima tan decisivo la *adquisición* de la propiedad por el adquirente de buena fe, que silencia totalmente la pérdida de la propiedad del antiguo propietario; tal pérdida es una consecuencia evidente de aquella adquisición”... “Lo que ahora vale para las cosas muebles tiene que valer también para las fincas. Más si para las cosas muebles se aplica el § 932 del B. G. B para las fincas el § 892 del B. G. B.”.

En los Derechos austriaco, suizo y español, no hay *directamente* adquisición a *non domino*. Únicamente, por vía de *consecuencia* y rebote de la *negatio actionis*. Sólo en el Derecho alemán existe la adquisición a *non domino* entre los medios de adquirir el dominio. La irreivindicación es una *consecuencia* en el B. G. B.; y un *principio* en Austria, Suiza y España. El asunto tiene importancia práctica. De entre los muchos ejemplos de Ewald, por su sencillez, escojo el siguiente: A, entrega en depósito su bicicleta a N, quien la enajena a Z, teniendo éste buena fe. Después de algún tiempo, Z entrega la bicicleta otra vez a N (no importa con qué motivo). Se presenta A en casa de N, y reclama y recibe su bicicleta. ¿A quién pertenece la propiedad? Según el sistema alemán de adquisición a *non domino*, y por consecuencia de esta adquisición perfecta de Z. A perdió la propiedad y la acción reivindicatoria. Z. tiene acción reivindicatoria, pues la entrega de N a A, no fué una enajenación sino una mera devolución de depósito. Según el sistema austriaco y suizo de irreivindicabilidad frente a tercero. Z *será mantenido* en su adquisición, pero no adquirió la propiedad en

10. Y agrega EWALD en nota: “El requisito de la buena fe surge también ahora por primera vez.”

11. Código civil austriaco.

ningún momento. Únicamente A, había perdido la acción reivindicatoria, pero exclusivamente frente a Z. Ahora A, no requiere de N su propiedad, porque A ya la tenía, sino solamente la posesión. El mismo mecanismo de readquisición de la propiedad se puede dar en el Registro a través de las transmisiones fiduciarias de fincas.

El art. 34 de la Ley Hipotecaria no recoge en modo alguno, el concepto técnico de fe pública registral. El Registro de la Propiedad español no pertenece al sistema de la fe pública registral. Lo siento, pero los conceptos técnicos son los conceptos técnicos y yo no intervino para nada en la redacción de dicho artículo. No tengo, sin embargo, ningún interés en que el Registro de la Propiedad carezca de fe pública. Si con mi buena voluntad, pudiera dar fe pública al Registro español, de muy grado se la daría. Todos saldríamos ganando. Porque si el art. 34 fuera la fe pública, sería la misma fe pública que tendrían los restantes documentos públicos españoles. No es admisible una fe pública superdotada, cuando emana de un asiento del Registro de la Propiedad, y una fe pública infraestimada, cuando se trata del Registro civil o de un documento notarial. En el B. G. B. la fe pública es concepto uniforme. El Código civil suizo con la rúbrica "Documentos públicos", dice: "Los registros públicos y los documentos auténticos hacen fe de los hechos que constatan", situando registros y documentos en cuanto a fe pública en la misma línea.

La fe pública de los títulos valores

El mundo feudal había creado el *ius sigilli*; la selladura (*Siegelung*). El anillo era el símbolo de la "investidura", de aquella intensa fracción de la soberanía que ejercían los señores feudales. Las órdenes de gobierno y las sentencias del juez, valían en cuanto selladas por el señor, que era parlamento, gobierno y juez en una pieza, pues no se conocía la "división de poderes". El sello fué el signo parlante de la alta justicia, de la suprema autoridad de reyes y magnates. Los grandes señores del poder civil y del eclesiástico daban fecha auténtica y carácter formal—formas extrínsecas—a los documentos que los particulares les presentaban, marcándolos con su sello. Después que el documento notarial fué título ejecutivo, la selladura llevó también aparejada ejecución.

La matriz del sello era, por lo general, una piedra preciosa grabada en hueco (entalle), engastada en un anillo. La costumbre de sellar con anillo fué común a todos los pueblos de la antigüedad: persas, egipcios, caldeos y babilonios, griegos y romanos (*annuli sigilaricii*). Pero si el sello no fué invento de la Edad Media, sí lo fué el *Derecho de sello*, el *ius sigilli*. "*Nam in legibus antiquis non habebatur de fide adhibenda litteris sigillatis*", dirá Gregorio López. En España, como

otras muchas cosas, fué un producto de la recepción de las costumbres feudales, "*Quod sigillum publicum, vel authenticum, etiam si principis sit, creditur de consuetudine magis quam de iure*", nos dice nuestro Matthaeu, en su *Tractatus de Re criminali* (Lugduni, 1702). El sello es el símbolo de la jurisdicción. Incluso a los obispos había que investirlos, no sólo con el báculo, sino con el anillo de sello. Sin embargo, hubo una manifestación del *ius sigilli* antes de la Edad Media: la acuñación de la moneda, el cuño del soberano sellando auténticamente el bronce (*aes rudae*) o los trozos de cuero de oveja (*pecunia, moneta signata*). Durante la Edad Media, se discute el derecho a acuñar moneda, a quién pertenece y en qué consiste. Se pone en relación la soberanía con el derecho de sellar. Los signos de muchos sellos reales son los mismos que los de sus troqueles monetarios.

El sello se stampa directamente sobre pergaminos (sello de placa) o colgada sobre cintas (sellos pendientes). En todo caso, se imprimía sobre cera (o mezclas resinosas) de colores, o sobre bolas de plomo (bulas), a manera de lo que hoy llamaríamos precinto. Todo el *ius sigilli* estaba sujeto a rito. Según la clase de documentos, variaba el color de la cera y los signos del entalle. Los breves pontificios, aún hoy día, deben ir sellados en cera roja con el anillo del Pescador (*sub anullum piscatorum*), a diferencia de otros documentos pontificios que se sellaban con plomo (bulas).

Hasta el siglo XII, el *ius sigilli* mantuvo su prestigio. En el siglo XIII, en plena decadencia, Alfonso X el Sabio lo recoge en las Partidas (título XX, Partida 3.^a), a continuación del título que regula "los escribanos"... ("pues que en título antes deste fablamos de los Escribanos, queremos decir en este de los Selladores". "E faxe prueba en juicio en todas cosas sello del Rey, o del Emperador, o de otro señor que haya dignidad, que sea puesto en alguna carta". "*Aut loquitur in sigillo Imperatores, vel Regis, seu alterius non recognocentis superiorum, et facit fidem sigillum etiam in his quae sunt in ejus favorem*". comenta Gregorio López. "E los sellos de los otros omes non pueden fazer prueba contra otro, si non contra aquellos cuyos son".

Para las Partidas, son pocas las personas que tienen el *ius sigilli* "e que non sellen carta ninguna, si non dixere en ella que la manda fazer el Rey, o Canciller, o Notario, o Alcalde". (Del *ius sigilli* notarial ha quedado al notariado el signo.)

En el siglo XIV encontramos el *ius sigilli* en las corporaciones, gildas o gremios. La jurisdicción mercantil tiene sus cónsules, sus priores, sus potestades con *ius sigilli*. Con él sellan las letras de cambio. Los documentos precursores de las actuales letras de cambio (*cambio cum carta, cambiun per literam*) que primitivamente se acogieron a la forma notarial, singularmente en las ciudades italianas, más adelante encontraron acomodo en la esfera del *ius sigilli* (Brunner, Freund, Briegleb), bien porque en muchas partes del centro y norte de Europa no había notarios, bien porque donde los había, el notario no podía in-

tervenir sin ver el fondo del asunto (*cum causa cognitione*) que frecuentemente era ilícito (exportación de dinero, usura, etc.), al paso que el *ius sigilli* de otras autoridades era una solemnidad externa y sobrepuesta al documento, pero que le dotaba de fuerza ejecutiva. Sin el "sello" las letras de cambio, no llevaban aparejada ejecución. El protesto no era un requerimiento de pago (que se hacía, incluso notarialmente, la víspera), sino el único medio de alegar la falsedad suspendiendo la eficacia del *ius sigilli*.

La fe pública del *ius sigilli* de las guildas y corporaciones, de las autoridades de las ciudades hanseáticas, y las de las grandes ferias internacionales, fueron una de las causas de la rápida difusión de los instrumentos de cambio en el naciente capitalismo. De esta etapa sigilar, como en seguida veremos, ha conservado la letra de cambio hasta nuestros días ciertos caracteres.

El *ius sigilli* tomó tres direcciones:

A) En la Europa del Norte, el auge de las ciudades *libres* (*non recognocentes superiorem*), al margen de todo señorío feudal, concentró las funciones soberanas, en sus corporaciones, singularmente en sus municipalidades o ayuntamientos. El alcalde o burgomaestre, y los consejeros o escabinos, gobernaban como podían y administraban justicia como querían. Y administraban también la selladura. La documentación pública—la cancillería—residía en los escabinos, bien por la selladura, bien por la necesidad de la intervención judicial en determinados actos y contratos (*Auflassung, Wahrchafts, Fertigung*). No hubo tabeliones, y las funciones notariales o se absorbieron en las judiciales, o se disolvieron en la selladura. La recepción del Derecho romano llevaba hacia la libertad de forma, al paso que las antiguas costumbres germánicas concentraban las formas en la intervención judicial. La ciudad, la naciente burguesía, significaba libertad. El aire de la ciudad hace libre. *Stadluftmacht frei*. Hasta el siervo se hace libre en la ciudad. Con el lema: El libre ciudadano tiene su propia cancillería (*Der freie Bürger hat seine eigene Kanslei*), se llegó a la selladura privada. Los actos formales no perdieron esta cualidad, continuaron como documentos sellados. Pero la *forma* de los contratos la daba el propio interesado con la auto-selladura que se consolida y subsiste en el Derecho anglosajón con el "dec". Ha subsistido la solemnidad, pero sin el funcionario. (Forma *ceremoniosa* sin funcionario.)

B) Otra dirección de la selladura se desenvuelve por cauces eclesiásticos. El carácter universal de la Iglesia católica dió a su *ius sigilli* un gran valor extraterritorial. Los documentos de los particulares que habían de surtir efecto en el extranjero se llevaban ordinariamente a la selladura eclesiástica o a las grandes hansas internacionales. Un residuo de este naufragio feudal es el notariado inglés: extravertido hacia el extranjero y colonias, los notarios de la Inglaterra actual son nombrados por el Arzobispo de Canterbury—nunca por el Gobierno inglés—y no intervienen en la contratación y testamen-

tos del interior del país, sino en la autorización de poderes y protestos que han de surtir efectos en el extranjero, y en la formalización de patentes y marcas de la propiedad industrial. Modernamente parece que levantan algunas actas con efectos para el interior, como las de sorteos de obligaciones—*deventures*—y otras.

C) Una tercera derivación del *ius sigilli* creó el papel sellado. Por la selladura se devengaban derechos fiscales, que ya regulaban las Partidas (loc. cit.). En los países latinos, en que el notariado a través de su injerto de los *iudices chartularii*, perfeccionó su técnica y arraigó firmemente, la selladura quedó poco a poco sin substancia jurídica y fué exigida únicamente como exacción fiscal. En esta pendiente crematística se llegó a vender el papel en blanco con la selladura previamente estampada. Nació así el papel de sello que durante siglos llevó impresa la cifra del año en que se vendía, como un último lamento del moribundo *ius sigilli*.

La letra de cambio ha conservado los caracteres que le imprimió el *ius sigilli*. Uno de ellos es la fuerza y transcendencia del impreso oficial con el timbre correspondiente. La falta de timbre priva a los efectos mercantiles de eficacia ejecutiva (art. 150 Ley del Timbre; sentencia T. S., Sala 1.ª, 18 nov. 1927), ni más ni menos que cuando el timbre—*ius sigilli*—era solemnidad y prueba y no impuesto. Nadie puede poseer efectos de comercio sin timbrar (152 Ley), como nadie puede poseer moneda falsa, y la inexistencia de efectos timbrados en los estancos, si bien permite excepcionalmente utilizar el papel común, es a condición de llevarse a la autoridad municipal para que lo autorice (95 Rglto. Timbre). La letra de cambio y los demás títulos de crédito tuvieron toda una gestación de siglos dentro de la fe pública notarial o sigilar. A ello debieron su fuerza ejecutiva. Por eso, repito, no es extraño que los títulos-valores tengan principios comunes con los documentos públicos.

Otra herencia que ha desarrollado perfectamente la teoría de los títulos-valores es el *principio de literalidad*, que no es otra cosa que la teoría del texto con fe pública en beneficio de tercero del B. G. B., pero sin Registro. El tenedor en virtud de *tratta* (tracto sucesivo, endoso) es tercero, y frente a él el aceptante no tiene más excepción que la de falsedad (480 C. Com.). Es decir, en este caso el *texto* de la letra aceptada tiene fe pública. El aceptante no está obligado ni a más ni a menos que lo que diga el texto, y si bien frente al librador—*giratta*—puede oponer excepciones (1.429 Ley Enjuiciamiento civil), porque *es parte*, frente al tenedor endosatario, que *es tercero*, sólo puede alegar la falsedad, la única excepción que existe contra la fe pública.

Tampoco, pues, me opongo a que la letra de cambio tenga fe pública. Es más, yo creo que el artículo 480 del Código de Comercio está bastante más cerca de la fe pública que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Consentimiento y forma

Nadie pone hoy en duda el papel del consentimiento en la perfección de todo negocio jurídico, incluso los formales. La forma, en el acto de mayor solemnidad, en el testamento notarial abierto, sin el consentimiento, no es nada. El 21 de abril de 1941 daba yo una conferencia en Barcelona, después publicada, en la que decía:

“La palabra voluntad en las fuentes romanas no es un concepto con densidad propia y fija; significa las pocas veces que, relativamente, se emplea en los textos *propósito, deseo, disposición práctica*, externa y visible, algo que la mayoría de las veces, en las fuentes mismas, se expresa con la palabra “animus”. La filosofía gótica planteó la lucha entre razón y voluntad, y empieza a tomar esta palabra un contenido y una intensidad desconocida para los romanos. Surge el concepto de voluntad como querer imperativo, como pretensión de dominio—dominio de la naturaleza, dominio de la vida contractual (la voluntad es decisiva en el nacimiento, interpretación, efectividad, impugnación, etcétera del contrato)—. En fin, surge el concepto fáustico de voluntad que había de culminar con Nietzsche y Schopenhauer en filosofía; en Derecho privado con Savigny, Zitelmann y Gierke y toda la llamada *Willenstheorie*, y en Derecho público con la teoría del contrato social de los *ius naturalistas* de la diosa Razón. Los romanos conocieron aisladamente un cierto número de contratos y los clasificaron con indudable acierto; pero no pensaron jamás en un concepto unitario del contrato y mucho menos en una construcción de la voluntad y el consentimiento informando y presidiendo no sólo el concepto, sino toda la vida del contrato, desde su nacimiento a su muerte. Post-glosadores y canonistas recogen de la filosofía gótica el concepto de voluntad, decisivo en la teología moral católica, y lo trasplantan al Derecho civil. La eficacia del contrato se basa en la voluntad concordada. “*Pacta quantunque nuda servanda sunt.*” Aquella sencilla clasificación de las obligaciones de Gayo, vista con el prisma de la voluntad, quedó llena de un contenido intenso y asombroso. Sin voluntad no hay contrato ni tampoco *maleficio* o delito, porque sin voluntad no hay ni pecado. Sin voluntad tampoco puede haber cuasi contrato ni cuasi delito.”

Consentimiento e inscripción constitutiva

Precisamente por ese papel absorbente de la voluntad no hay negocio jurídico ni derecho subjetivo voluntario—no nacido *ex lege*—que pueda tener un momento final *constitutivo*, sin voluntad. Que es precisamente el grave obstáculo del Registro español para lograr inscripciones *constitutivas*.

Superada por regla general en el Derecho privado moderno la teo-

ría de la unidad de acto—revivida tardíamente en el Derecho procesal con el llamado principio de concentración—, los hechos constitutivos de un negocio jurídico pueden acontecer, en vez de modo simultáneo, sucesivamente. La formación del negocio jurídico en este caso responde a un verdadero procedimiento. No hay plenitud de efectos jurídicos hasta que se consume el último requisito, hecho o evento (*Schlusstatsache*). Mientras éste llega puede suceder que no haya efecto jurídico alguno, que la etapa sea jurídicamente ineficaz. Pero puede suceder que cada estadio produzca sus propios efectos, que se llaman por la técnica *pre-efectos, ante efectos (Vorwirkungen)*.

La total efectividad no se logra hasta que el último evento se cumpla. Esto quiere decir que ese último evento es *conditio sine qua non* para una determinada efectividad, que es *necesario* o forzoso para lograr un resultado jurídico. Pero nunca que ese evento sea constitutivo si, en él y para él, no hay un consentimiento expreso. Punto de consentimiento, punto de constitución. Un ejemplo aclarará la cuestión: la *traditio*.

En los últimos lustros ha sido írecuente decir que los contratos únicamente producen efectos obligacionales entre las partes. Esto es así en Alemania, donde los Derechos reales y las obligaciones forman compartimentos estancos; y hay contratos obligacionales, que sólo crean obligaciones, y contratos reales, que únicamente producen derechos reales, y, por lo tanto, son abstractos. En España, el *contrato real*, en ese sentido, no existe, y además muy poca gente logra entenderlo.

Hay dos concepciones de la “*traditio*”: la hispano-bolonesa, de la *traditio hecho material* de ejecución de la compraventa—*Erfüllungshandlung*—, y la germánica del B. G. B., para los bienes muebles, en que la *traditio* es un negocio jurídico autónomo de ejecución (*Erfüllungsgeschäft*). En la primera basta el consentimiento en la compraventa. En la segunda, el consentimiento y la capacidad han de darse en el momento de la *traditio*, que consta de dos partes: una, negocio real abstracto de *traditio*: voluntad concorde de transmitir y adquirir, y otra, la entrega material. La entrega es parte integrante del negocio jurídico “*traditio*”, al paso que en Derecho español la entrega es el cumplimiento directo de la compraventa.

Una cosa es que se exija un algo más que el contrato, para producir ciertos efectos, y otra muy distinta que este algo sea un acto o negocio constitutivo. En España la *traditio* es necesaria para transmitir la propiedad. Pero la *traditio* no es un negocio jurídico, ni siquiera un acto material autónomo: es simplemente una *consecuencia* del contrato obligacional (art. 609 C. c.), una *peripicia del cumplimiento* de la obligación del vendedor de entregar la cosa (art. 1.462 del C. c.). No afecta para nada a la *perfección* de la compraventa traslativa, sino a su consumación. Esta consumación, como *hecho*, es lo que transmite el dominio.

La escritura, incluso en materia de derechos reales, es en España un negocio jurídico *autónomo y constitutivo*. Cierra y completa un ciclo de efectividad. Aunque después de firmada la escritura de hipoteca y antes de su inscripción fallezcan o caigan en incapacidad todos o algunos de los otorgantes, la inscripción se practica en el Registro como si conservaran su plena capacidad. El Registrador califica la capacidad y presencia de los otorgantes referida exclusivamente a la fecha de la escritura y no a la de la inscripción. El acto constitutivo viene referido por la técnica jurídica al instante de la prestación del consentimiento y, por lo tanto, al instante de la firma.

A causa de estas nociones técnicas, en el B. G. B. alemán, con independencia de un consentimiento para el contrato obligacional y otro para el acto real (bien *Einigung*, bien consentimiento formal), se exige consentimiento y capacidad de las partes en el momento de la *petición de inscripción*, que no puede, por lo tanto, realizar cualquiera, como en España en virtud del artículo 6.º de la Ley Hipotecaria y 39 de su Reglamento, que cierran el paso a todo sistema registral constitutivo. Por eso en España en las escrituras públicas, aunque documenten actos o contratos anteriores, se exige siempre en el momento de su firma nuevo consentimiento y capacidad de las partes, y en el matrimonio también es de esencia el consentimiento en el acto de la celebración, cualquiera que sea el expediente previamente tramitado y consentido. En el Código civil suizo, que proclama que sólo existe el derecho real *desde* la inscripción (aunque no *por* la inscripción, sino *por* el título), la mayoría de los autores, siguiendo a Von Tuhr¹², niegan que sea necesaria ninguna clase de consentimiento ni capacidad en el momento de la petición de inscripción, porque basta el consentimiento prestado en el título notarial, lo cual pone en grave peligro la tesis de que la inscripción en el Registro suizo sea constitutiva. Wieland, tildado de germanista entre los juriconsultos suizos, quiere apuntalar el dogma ruinoso de la inscripción constitutiva apoyando los puntales precisamente en la petición de inscripción, para la que exige un consentimiento distinto al del acto o contrato obligacional. Wieland ve claramente que sin consentimiento en el acto de la inscripción es muy dudoso que ésta pueda ser constitutiva, aunque la inscripción haya sustituido para los inmuebles totalmente a la *traditio*, como sucede no sólo en el Código suizo, sino en el austriaco y en España para la hipoteca.

La inscripción de la escritura de constitución de hipoteca es necesaria, con la misma necesidad de la *traditio* en el artículo 609 del C. c. *Traditio* e inscripción, aun en la misma línea de eficacia, jamás en Derecho español son constitutivas. Son requisitos adicionales de eficacia, externos y posteriores al negocio jurídico, y, por tanto, distantes de ese consentimiento que es, sin duda, la raíz de toda eficacia de actos y contratos.

12. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, N. F., 40, 1921.

Consentimiento e intermediación notarial

Recibir y configurar ese consentimiento dentro de la ley, redactar las declaraciones de voluntad, ha sido desde hace más de un milenio la labor de los Notarios. El notariado en la Europa del Sur, se vigoriza en la Historia a medida que decaen o desaparecen las formas ceremoniosas. El notariado es hijo del "espiritualismo" en la contratación. Los pobres legisladores de 1861 que se llamaron Cortina, Cárdenas y Gómez de la Serna, muertos en olor de sabiduría, cometieron un tremendo error. Creyeron que el Registrador debía inscribir y que el Notario debía "dar fe de los contratos y demás actos extrajudiciales" (artículo 1.º Ley Notariado). Los demás legisladores hipotecarios, hasta Aunós y Fernández Cuesta, han seguido "esta misma tendencia", que "entre el derecho y el Registro interpone la exigencia de una titulación formalista". Sin la "inscripción directa previa la necesaria calificación"—idea vieja que va desde Costa hasta Lezón—el Registro está en grave trance¹³.

Mas si todo eso aconteciera, ¿qué habría pasado? Una cosa muy sencilla: la calificación se habría transformado en autenticación notarial. El Registrador habría suplantado al Notario en la contratación de inmuebles. Pero con esto ni mengua ni crece la fe pública. Sería siempre la misma fe pública, que no iba a valer más por haber mudado de oficina. Aparte de que lo mismo se llega a esa meta registral

13. Cuando el encargado del Registro—que en Alemania, la meca del sistema, es el mismo Juez de distrito (como ocurre en España con el Registro civil), pues no hay funcionarios especiales—recibe directamente—principio de intermediación—el consentimiento de las partes, hay tramitación; pero no calificación ni principio de legalidad, que se refieren a documentos y no a personas presentes. Así HEDEMAN, en *Die Fortschritte des Zivilrechts in: XIX Jahrhundert*, tomo 2.º dice: "... el pesado principio de la legalidad fué superado, eligiéndose como base para la registración al consenso abstracto de las partes liberado de todo aparato de la "causa praecedens", pág. 258. "Aquella Auffassung... está ideada como una abstracta declaración de voluntad, completamente desligada de la causa (quiere dejar de ser propietario, quiero ser propietario, nada más), y entra así en oposición con el principio de la legalidad, por el cual el Registrador no se contenta con meras declaraciones abstractas de las partes, sino que investiga el negocio causal subyacente, quizá el convenio de compra, y examina su validez (principio de legalidad)". pág. 259.

En buena parte de Alemania no existió el notariado en sentido latino, y a veces en ningún sentido, y sus funciones las desempeñaba el Juez territorial o de distrito o alcaldes o escabinos en funciones judiciales. Que el B. G. B. encomendara Registro y *Einigung* al Juez como encargado del Registro no era más que seguir el padrón tradicional. En Baviera, donde había un fuerte notariado de tipo latino, se suspendió la entrada en vigor del B. G. B. en cuanto al Registro de la Propiedad y las hipotecas hasta 1910, en que por Ley se dió al Notario la intervención exclusiva en la *Einigung*, consentimientos formales, etc., quedando las cosas en un estado casi igual al del Código suizo, que en la práctica de notaría y registro apenas se diferencia de la española. En Baden los Registros se llevan por empleados municipales, bajo la dirección e inspección de los Notarios.

haciendo a los Registradores Notarios que a los Notarios Registradores. Y si de lo que se trata es de simplificar y concentrar oficinas en bien del público, lo lógico sería llevarlo todo al Catastro, que, al fin y al cabo, la finca es el eje del sistema. Una oficina maravillosa que concentre lo que hoy es Catastro, Abogacía del Estado, Notaría y Registro, y en vez del ejercicio privado de la función notarial en despachos llenos de intimidación y recogimiento, un régimen de ventanilla y cola, característica esencial de todo buen servicio público, mostraría a los otorgantes las excelencias de la nueva fe pública registral. Lo que no es fácilmente comprensible es que la fe pública en cuanto la maneje un Notario sea una pobre presunción *iuris tantum* y en cuanto la maneje un Registrador sea una imponente presunción *iuris et de iure*; que el consentimiento de las partes se proclame lo esencial y los artifices seculares de ese consentimiento queden cesantes para entregar sus mismas funciones típicas a otros funcionarios que no las han tenido nunca, y que como corporación, según me consta, expresamente rechazan.

Contratos de Adhesión⁽¹⁾

MIGUEL ROYO MARTINEZ

Catedrático de Derecho Civil y
Abogado del I. C. de Sevilla

Los Códigos civiles y de Comercio redactados durante el siglo XIX son—especialmente en lo que a la doctrina de las obligaciones toca—hijos de Roma, a través del pandectismo, y dan reglas sobre los contratos, partiendo del supuesto de una contratación individualizada, lenta y prolija en su etapa preparatoria, como esa contratación campesina que se eterniza entre parsimonioso liar de pitillos y morosas rondas de vino.

En parte, por sumisión al imperio, a la sazón absoluto, de los dogmas de la Economía liberal, con su ficción del hombre que siempre sabe muy bien lo que quiere y siempre puede escoger a su arbitrio entre contratar o buscar a través de la competencia mejores condiciones; y en parte, también, porque en aquel entonces las que hoy son entidades gigantes de la Economía estaban aún en mantillas, los legisladores del siglo XIX no tuvieron la perspicacia—que hubiera necesitado ser punto menos que profética—de prever los resultados de las grandes concentraciones de capital ni las consecuencias de las empresas que han de valerse de herramental e instalaciones de valor ingente, cuya propia magnitud, cuando no una previa concesión administrativa, les proporciona un monopolio, al menos de hecho, sea internacional, nacional o local.

Tampoco previeron los codificadores del siglo XIX que los gigantes, por ser, en definitiva, pocos, podrían no luchar entre sí y ponerse de acuerdo para eliminar la competencia, único freno con el que los economistas liberales pensaban domeñarles. No contaron, en fin, con esta prisa, cifra de nuestra época, tan avara del tiempo para lo importante como pródiga de él para lo baladí.

Y así, con las grandes empresas de transportes y de electricidad, con las poderosas entidades bancarias y compañías de seguros, por no citar sino los supuestos de mayor relieve, y, sobre todo, con sus monopolios de hecho o con la eliminación de la competencia entre

1. Conferencia pronunciada por el autor el 27 de noviembre de 1948 en la Universidad de Granada.

ellas a través de convenios normativos, carteles y truts, surge un tipo de contratación que pudiéramos llamar *deshumanizada*, una contratación de cola y mostrador o ventanilla, de formulario impreso y de fichero, en la que ya no hay "parroquianos", sino números y siglas; una contratación en la que no se discute, porque el contrato está ya redactado y no hay sino firmarlo.

Este peculiar fenómeno, de cuya significación habremos de ocuparnos más tarde, llamó la atención a los estudiosos del Derecho; pero, al asignarle una denominación, surge la **primera diversidad: la terminológica.**

En efecto, al comenzar nuestro siglo, exactamente en 1901, publicase en París la conocida obra del reputado profesor francés SALEILLES sobre la "Declaración de Voluntad", y en ella inventa, para designar al tipo de contratación que descrito queda, la expresión "contrats d'adhésion" o contratos de adhesión¹.

DEREUX sigue después (1910)² esta terminología, con la leve variante de sustituir la preposición, y les denomina "contrats par adhésion", fórmula que mejora, a mi juicio, la creada por SALEILLES.

En una u otra de estas dos variantes, la terminología es aceptada por los países latinos, y se generaliza en Francia, Italia, España e incluso en la América española.

La doctrina germánica alude al mismo problema, denominándole "cuestión de las *allgemeine Geschäftsbedingungen*", es decir, de las "condiciones generales del negocio" (o contrato), y esta denominación es seguida unánimemente por los tratadistas alemanes, hasta el punto de que jamás se encuentra en sus obras la palabra "adhesión" (Anhang, Anhänglichkeit o Adhäsion) puesta en relación con la de "negocio" o "contrato". Y vale la pena de señalar que la terminología tedesca ha sido aceptada por el Código civil de Mussolini, cuyo artículo 1.341 habla ya de "condizioni generali di contratto".

Aclarada la doble terminología, emplearé en lo sucesivo una u otra denominación.

Conviene ahora exponer **en qué se cifra el interés del problema y cuáles son sus rasgos distintivos.**

Si el fenómeno de la contratación por adhesión no presentase otras particularidades que las externas ya descritas (formulario impreso, carencia de discusión previa, etc.) no constituiría un problema para la Ciencia del Derecho, sino, a lo sumo, una anécdota de la misma. Pero es el caso que las peculiaridades externas encubren importantes consecuencias de fondo o contenido, porque siempre fué grande y por lo mismo *rara* virtud en el poderoso la moderación espontánea en el uso de su poder, y en el inteligente, no aprovechar su sagacidad para obtener ventajas sobre los menos avisados.

1. SALEILLES: *La déclaration de volonté*. París, 1901, pág. 229, núm. 89.

2. DEREUX: *De la nature juridique des contrats d'adhésion*, en Rev. trim. de Droit civil, 1910.

Y las grandes empresas tienen el poder de su propia magnitud económica, y éste, además, les permite sufragar el más celoso y eficiente asesoramiento técnico de ingenieros, abogados y demás profesionales. Reúnen, pues, el poder y la inteligencia, y no es raro que cedan a la tentación de abusar de uno y otra, con detrimento, a veces grave, de los simples individuos particulares que con ellas contratan.

Dos son, en consecuencia, **las cuestiones fundamentales** entre las varias que la contratación por adhesión suscita: una, la de hasta qué punto puede decirse que el contratante con la gran empresa ha prestado un verdadero y eficaz consentimiento respecto de las cláusulas o condiciones generales insertas en el contrato; otra, la del medio que puede servir para evitar que la desproporción efectiva entre la potencia económica y la preparación técnica de ambos contratantes redunde en daño del simple particular.

Estas dos cuestiones no son, permitidme que insista en ello, las únicas que entraña la contratación por adhesión del particular a las condiciones generales del contrato fijadas por la empresa. Hay muchas más; pero ya es bastante poner a prueba vuestra paciencia con el examen de las principales, y, aunque sea tentador el estudio exhaustivo del tema, no he de sobrepasar los linderos de lo tolerable, para llegar al abuso de vuestra cortesía.

Mas, antes de entrar decididamente en materia, algo hay que advertir todavía. Lo primero, que la contratación en masa y tipificada, por propensa que sea a engendrar abusos, es en absoluto insuprimible. En esto están de acuerdo cuantos tratan del fenómeno. El ritmo de la gran empresa, su planteamiento sobre la base de amplias estadísticas, toda su organización, en fin, requieren la rapidez en el perfeccionamiento de sus contratos y la uniformidad normativa de sus relaciones jurídicas con millares y millares de abonados o consumidores. Hay que eliminar, por absurda, la posibilidad de que cada viajero, cada remitente de mercancías, cada abonado telefónico, etc., puedan emprender en la taquilla una laboriosa negociación y que ésta desemboque en la fijación de precios y condiciones diversas para cada uno de aquéllos.

La segunda advertencia previa es que, al abordar el estudio de la contratación por adhesión, no se invade, contra lo que alguien pudiera suponer, un campo extraño al Derecho civil, pues si bien es cierto que las grandes empresas son entidades mercantiles, también es verdad que el fenómeno no es exclusivamente comercial, y resulta, además, manifiesto que la remisión al Derecho común, en cuanto supletorio del especial, contenida en el artículo 50 del Código de Comercio, así como la aplicación de los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil a la interpretación de los contratos mercantiles, son pruebas evidentes de que no se debe de llamar prófugo ni invasor al civilista que aborda el tema.

Hechas estas salvedades, entraremos en el estudio de la primera cuestión antes acotada.

Comencemos por considerar el **momento inicial de las relaciones entre las partes.**

La oferta presenta en la contratación por adhesión la característica de que no es una invitación para el comienzo de las discusiones previas al contrato, sino, sencillamente, para la repulsa o aceptación en bloque de todo el contenido normativo redactado por la empresa.

En la mayor parte de los casos, la invitación suele ser dirigida por la empresa al público en general, es decir, a persona indeterminada, que sólo se concreta e individualiza en el momento de la perfección de cada contrato en particular. Y como oferta dirigida al público, suele llegar a conocimiento de éste a través de medios publicitarios, tales como anuncios en prensa o radio y hojas volantes o folletos en los que no figuran normalmente sino los datos de mayor interés sobre el servicio o suministro. Los anuncios y prospectos suelen estar redactados con dolo, siquiera sea el "dolos bonus" típico de la publicidad mercantil, según la cual todos los hoteles son "suntuosos", todos los servicios son "esmerados", todos los vehículos son "rápidos y confortables", todas las pólizas de seguros son "amparo inexcusable del hogar y de la vejez", etc., etc. Ciertamente, este dolo suele quedar neutralizado por el escepticismo que la saturación de la propaganda en general produce e incrementa cada día en el público; pero no cabe, con todo, desconocer la eficacia captatoria de un feliz "slogan" de publicidad.

La invitación suele ser formulada con el carácter de permanente o como duradera por un estimable plazo.

Cuando un monopolio, de hecho o de derecho, pone a la empresa a cubierto de la competencia, y cuando lo que ésta suministra es un artículo de primera necesidad, como la energía eléctrica, el gas, el agua, el teléfono, etc., suele faltar la invitación publicitaria, y es el particular quien, acosado por la necesidad, propone, y no pocas veces implora, la celebración del contrato, sean cualesquiera las condiciones que en el mismo se le impongan.

Tal es la forma preparatoria típica de la contratación por adhesión, lo que no excluye posibles variantes, como la formulación de la oferta por medio de agentes o comisionistas, la remisión directa de catálogos y tantas otras posibles combinaciones.

Advirtamos que, en verdad, no toda campaña publicitaria implica una *oferta* en riguroso sentido técnico-jurídico, pues que no suele, por lo común, vincular al anunciante; si he aludido a este periodo precontractual, el fin de la referencia es señalar que el "dolos bonus", las rosadas promesas y brillantes hipérbolos de la propaganda son el primer hilo de la tela de araña en la que puede quedar prendido el contratante a través de las condiciones generales del contrato, que en bloque le son presentadas.

Atraído el cliente por la propaganda, o bien impulsado hacia la empresa por la apetencia o la necesidad de los artículos que proporciona o de los servicios que presta, llega el **momento de la perfec-**

ción del contrato. En instante tan cardinal muéstrase con todo relieve la característica de la contratación por adhesión. Es la empresa quien fija las condiciones del contrato, en términos tales que a la otra parte queda tan sólo la alternativa de *adherirse* (y de aquí la denominación latina) o renunciar a contratar; es la empresa quien fija las *condiciones uniformes para todos o gran número de contratos* que con ella quieran celebrar los particulares, y este rasgo es el recogido por la terminología germánica.

La oferta, ya en sentido propio, se comunica por la empresa a quien desea contratar, principalmente a través de una de estas dos formas: una, muy usual, consiste en la entrega o exhibición al cliente de un modelo o formulario impreso en el que sólo quedan en blanco los huecos destinados a escribir los nombres, apellidos, señas y demás datos que resulten necesarios para cada contrato particular. Alguna vez los modelos o formularios permiten añadir una o varias, siempre pocas, cláusulas especiales directamente discutidas entre las partes; en este caso pueden surgir problemas de interés, según veremos más tarde, derivados de las posibles y en la realidad no raras contradicciones entre las condiciones generales impresas y las especialmente pactadas.

La segunda de las dos formas ha poco aludidas consiste en que en el impreso no se consignan las condiciones generales del contrato y se inserta una cláusula de aceptación de las mismas mediante remisión o referencia de los contratantes a las condiciones generales dadas a conocer en la prensa, en reglamentos internos de la empresa, en catálogos o folletos e, incluso, en anuncios o carteles fijados en las oficinas o locales de la empresa. Este sistema es frecuente, y lo emplean no sólo las entidades concesionarias de servicios públicos, *verbi gratia*, las Compañías de ferrocarriles, sino también muchas otras entidades puramente particulares. El sistema de carteles o anuncios en el propio local es especialmente usado para expresar cláusulas o condiciones que exoneran de responsabilidad a la empresa en caso de daños.

Antes de entrar en la valoración jurídica del consentimiento, pensemos, en breve digresión, cómo se forman, es decir, **de dónde proceden estos complejos de normas contractuales.**

Las condiciones generales del contrato suelen ser en su formación, según brillante metáfora de RAISER, "un bien traslaticio, y se extienden como las epidemias"³, es decir, por contagio: quien halla entre los documentos que llegan a sus manos una cláusula que le parece eficaz en su alcance y no tan agresiva en su apariencia como para espantar a los clientes, la incorpora definitivamente a sus propios contratos ulteriores.

Esta formación, por acarreo o copia, no es exclusiva de las cláusulas generales de las grandes empresas, pues no de otro modo se

3. RAISER: *Die allgemeine Geschäftsbedingungen*, 1935, pág. 42.

suelen formar los poderes para pleitos, los estatutos de sociedades y tantos otros documentos.

No obstante lo dicho, cabe distinguir, atendiendo a la razón inmediata que motiva la inserción de las cláusulas generales en los contratos, cuatro grupos principales:

1.º Cláusulas que, copiadas o no de otros contratos, son peculiares de cada empresa.

2.º Cláusulas que provienen de acuerdo previo entre las empresas de un mismo ramo, y cuya misión es uniformar los formularios para evitar o reducir la competencia. Estas cláusulas se derivan, pues, no tanto de la voluntad específica de la empresa, cuanto de la "Veereinbarung" o convención normativa previa a los contratos particulares.

3.º Cláusulas que provienen de persona distinta de la empresa; tales son las cláusulas que inserta en el contrato un mediador profesional; por ejemplo, las llamadas por los alemanes "Maklerbedingungen" o condiciones de corredor, es decir, las condiciones que un corredor inserta en todos los contratos que por su mediación celebran sus clientes. Aquí cabría también clasificar las condiciones que los abogados y notarios insertamos en los contratos cuya redacción se nos encomienda, aun cuando los clientes no nos hayan dado orden expresa de incluirlas. También puede ser el tercero redactor de las condiciones generales un organismo corporativo; *verbi gratia*, una Cámara de la Propiedad que imprime formularios de contratos de arrendamiento.

4.º Cláusulas, por último, que superan ya la linde de lo puramente contractual, para trocarse en sumisión a preceptos jurídicos imperativos o en remisión a normas jurídicas supletorias e interpretativas; por ejemplo, las remisiones a preceptos reglamentarios aprobados por las Autoridades en el uso de sus correspondientes prerrogativas.

Los dos últimos grupos de cláusulas generales, y especialmente el tercero, nos muestran la posibilidad de una contratación por adhesión bilateral, a la que corresponden problemas en los que no hemos de entrar.

Cerremos este inciso y volvamos a la línea general del tema, que nos sitúa ahora ante una nueva interrogación: **¿cuál es la naturaleza jurídica de la relación trabada "inter partes" a través de la adhesión?**

La doctrina francesa ve en la fijación de las condiciones generales por la empresa un *acto unilateral y de naturaleza reglamentaria*. Entre los defensores de esta tesis figuran, con variantes de matiz, HAURIOU, DOLLAT y DUGUIT; dentro de España se inclina hacia ella FERNÁNDEZ DE VELASCO.

La doctrina alemana prefiere unánimemente la *tesis clásica o contractualista*. La contratación por adhesión es, para este criterio, una forma peculiar de perfección del contrato; pero *sólo eso*. Tal es la

opinión de LEUCKFELD-MATHIES, HAMELBECK, MICHEL, SENCKPIEHL y KAISER. Esta doctrina ha de estimarse como la dominante, pues cuenta también con partidarios en Francia, tales PLANIOL y RIPERT; en Italia, por ejemplo, MOSSA y DI PACE, y es también la más extendida entre nosotros; creo poder incluir en el grupo de tratadistas españoles que se suman a la tesis contractualista a GARRIGUES, PÉREZ SERRANO, VALVERDE y POLO.

Y, ¿cómo iba a faltar la *tesis ecléctica*? En efecto. DEREUX y BOURCART, ambos franceses, ven en el negocio por adhesión una *base contractual sobre un fondo reglamentario*.

Como es lógico, no intentaremos resolver la cuestión por una especie de democracia científica, mediante el recuento de votos, por muy autorizados que todos ellos sean.

Veamos las **razones**—a mi modesto juicio, decisivas—**que apoyan a la tesis contractualista**. Es la primera el peso del precedente, la importancia de lo tradicional ya arraigado. Mucho antes de que los franceses se enardeciesen con la reforma de sus creaciones administrativistas y se emocionasen con su descubrimiento de la “Institución”, existían ya las pólizas de seguros y los contratos de suministro de agua, de gas y de transporte, y tales relaciones jurídicas siempre fueron consideradas como contratos.

Además, la desigualdad económica entre las partes no borra la idea del contrato, ni es exclusiva de los negocios por adhesión; es, antes bien, muy frecuente en la contratación más normal y ordinaria, y casi el obligado subsuelo de contratos tan corrientes como el mutuo.

De otra parte, la aceptación de la teoría anticontractualista lleva a la forzosa admisión de una inevitable duplicidad en la asignación de naturaleza y régimen a relaciones jurídicas que son unas, en esencia. Así, el transporte habrá de ser acto unilateral y reglamentario si se contrata con una Compañía ferroviaria, y será contrato si se concierta con un transportista más modesto.

Por último, hay buenas razones para poner en duda la conveniencia de establecer una equiparación entre la potestad estatal reglamentaria y la voluntad, en definitiva, *privada* de una empresa, por muy poderosa que tal entidad sea. Un verdadero reglamento, como acto del Poder Público, habrá de ser interpretado sobre el presupuesto de que es norma imparcial y objetiva en sus designios; y precisamente hay que sospechar todo lo contrario del complejo normativo redactado unilateralmente por una empresa.

Sin una razón decisiva, en fin, no se debe sustraer una relación jurídica al régimen que tradicionalmente se le ha reconocido, para aproximarla, tan sólo mediante una forzada analogía, a un régimen tan distinto como es del Derecho público.

Todas estas razones me mueven a la aceptación de la teoría clásica o contractualista.

El problema principal que plantea la contratación por adhesión—una vez encuadrada sólidamente en el campo del Derecho privado—

es el de la **valoración del consentimiento prestado por el particular** a los efectos de la eficacia y de la perfección e interpretación del contrato.

Es un principio fundamental de Derecho de Obligaciones que el contrato ha de ser siempre considerado como un todo o complejo orgánico no susceptible de desmembración ni de fraccionamiento. El consentimiento, referido exclusivamente a alguna de las prestaciones pactadas, es, en principio, insuficiente para perfeccionar el contrato. Una cláusula contractual no debe de ser interpretada sin tener en cuenta su relación funcional con las restantes.

Pero la realidad psicológica, que trasciende a la esfera de lo jurídico, es que, por lo común, en el contrato por adhesión no existe la unidad volitiva, y el contenido contractual se excinde en un núcleo o médula, en el que se comprenden las prestaciones cardinales, que resulta, efectivamente, conocido y querido, y una especie de cola o adición, una periferia, de las que el contratante no tiene noción o es en absoluto insuficiente para servir de base a un eficaz consentimiento. Esta zona periférica está creada por las condiciones generales del contrato.

Quien, por citar algún ejemplo, celebra un contrato de seguro, no ignora haber concertado con la compañía un seguro de vida, por tal capital y por cierta prima al año; éste es el núcleo conocido y aceptado. Pero no cabe pensar con igual certidumbre que el asegurado ha conocido, medido el alcance, previsto las consecuencias y aceptado, tras la necesaria deliberación, todo el complejo normativo que hemos llamado periférico, es decir, todo el inmenso fárrago de cláusulas que la póliza suele contener, impresas en letra microscópica, cuajadas de términos técnicos de difícil inteligencia para el profano, y pensadas y redactadas por la compañía con toda suerte de reservas mentales.

Y precisamente en esas cláusulas generales, en esa parte no leída o no entendida del contrato, se suelen ocultar, como el alacrán en su agujero, las estipulaciones de caducidad, los pactos comisorios, las exoneraciones de responsabilidad a favor de la compañía, las posibilidades de desistimiento unilateral y tantas otras asechanzas premeditadas contra los intereses del hombre sencillo e ingenuo.

No de otro modo suceden las cosas cuando el contrato encierra la remisión a condiciones generales no insertas en él. ¿Quién, no siendo comerciante avezado, busca y lee, antes de facturar un bulto, todo el reglamento interno de la compañía de transportes? El remitente, por regla general, se limita a entregar el paquete y a cerciorarse de lo que cuesta el porte y del tiempo que tardará la mercancía en llegar a su destino. Pero es en aquel reglamento donde están las ni sospechadas por el cliente cláusulas de apreciación rigurosamente unilateral sobre la suficiencia del embalaje, de las que surge luego la irresponsabilidad por daños, las salvedades de irresponsabilidad por retrasos, las limitaciones de indemnización en caso de hurto o extravío, la

caducidad fulminante si no se formulan las reclamaciones en plazo brevísimo, la sumisión a Juzgados muy distantes del lugar de expedición, etc., etc.

La falta de tiempo, la indiferencia fatalista, la confianza inmoderada, la escasa experiencia negocial, la carencia de conocimientos técnicos y jurídicos, todo ello típico del hombre medio, determinan su desinterés sobre el contenido de las condiciones generales del contrato. Y, por otra parte, aun en el supuesto de que sea persona más culta y más diligente, ha de rendirse muchas veces a exigencias inmoderadas, ante la apremiante necesidad de viajar, de tener teléfono, de contar con electricidad o con agua corriente. Tal entrega incondicional no se puede eludir cuando la empresa goza de monopolio, de hecho o de derecho, en el suministro o cuando el previo acuerdo de todas las empresas del mismo ramo unifica los formularios de los contratos que todas ellas presentan.

Tal es el problema en sus más crudos, pero, desgraciadamente, no exagerados términos. Si no fuera impropio de una conferencia, yo podría presentaros casos concretos numerosos, algunos sangrientos, que directamente he conocido a través de mi modesto bufete.

Hay, pues—permitidme repetirlo—, en la contratación por adhesión un consentimiento indudable respecto de las prestaciones básicas que forman el que antes hemos llamado núcleo o médula contractual, y una ausencia total de conciencia y de volición respecto del resto, es decir, respecto de las cláusulas o condiciones generales, a las que antes denominamos zona periférica.

Esta realidad psicológica choca con el enunciado principio de la unidad orgánica del contrato.

Ahora bien, la declaración de nulidad por defecto en el consentimiento no sólo es técnicamente difícil y de prueba muy ardua, sino que resulta, además, de una absoluta insuficiencia práctica. Unas veces, porque la asechanza oculta en cualquiera de las cláusulas generales se pone de manifiesto únicamente cuando cualquier circunstancia anómala producida durante la vigencia del contrato hace que tal condición entre en juego, y entonces suele ser tarde para que resulte útil la declaración de nulidad de todo el contrato. Y otras veces, porque, aun advertida a tiempo la condición leonina de una cláusula general, la declaración de nulidad privaría al particular de artículos o servicios que inexorablemente necesita; por ejemplo, la luz o el agua.

En los contratos de adhesión ha de partirse, pues, de un principio al que Lorenzo MOSSA ha llamado "principio de la persistencia del contrato"⁴, es decir, ha de ser corregido el abuso sin romper el vínculo contractual.

Varios son los medios que pueden coadyuvar a la represión de los abusos que las condiciones generales de los contratos suelen

4. MOSSA: *Principios de Derecho económico*, trad. esp. 1935, pág. 44.

encerrar, y, al proceder a su exposición, entramos ya en la segunda parte de esta conferencia.

Tales medios son: 1.º, la agrupación de consumidores; 2.º, la promulgación de normas jurídicas *generales* de Derecho privado, ende-rezadas con el carácter de "ius cogens" a eliminar "ab initio" las cláusulas abusivas; 3.º, la corrección por vía interpretativa, principal-mente jurisprudencial, de cada contrato concreto cuando sobre él se promueve contienda judicial; y 4.º, la intervención administrativa mediante normas *específicas* para cada ramo o aprobación de los for-mularios.

No hay, en principio, inconveniente en que estos medios coexis-tan y recíprocamente se apoyen y completen.

El **primero** de los enunciados resulta de gran eficacia, pero sólo es aplicable en muy contados casos, porque si, como dije al comienzo, los gigantes pueden concertarse, ya que son pocos y su función es permanente, los consumidores son, en cambio, millares, dispersos, de condición social y cultura muy variadas, y para ellos la relación con la empresa es o meramente fugaz, como en el transporte, o una entre las varias relaciones de suministro concertadas con otras tantas em-presas que le proporcionan luz, agua, gas, teléfono, etc. Y aunque todos los consumidores sean víctimas y se lamenten del abuso, es punto menos que utópica la esperanza de reunirles y unificar sus cri-terios. Esto sin contar con que precisamente habría que reunir no a quienes ya han contratado, sino a quienes se propongan hacerlo.

Salvo algún supuesto especial, como la sindicación de trabajado-res (me refiero al régimen de asociaciones paritarias) o como la pugna entre grupos de empresas de suministro y de consumo, este remedio es prácticamente imposible.

El **remedio por vía legislativa general** tiene un gran interés, y como el más distinguido de sus ejemplos cabe citar al Código civil mussoliniano, que en el Libro de las Obligaciones, artículo 1.341, dispone: "Las condiciones generales de contrato preestablecidas por uno de los contratantes son eficaces respecto del otro si, al tiempo de perfeccionar el contrato, las conoció o debió de haberlas conocido, usando de una ordinaria diligencia. En ningún caso serán válidas, a menos que hayan sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establezcan a favor de quien las ha redactado, limi-taciones de responsabilidad, la facultad de rescindir el contrato o de suspender su ejecución, o bien que establezcan para el otro contra-tante caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones de su libertad para contratar con terceros, prórroga tá-cita o renovaciones del contrato, cláusulas de sumisión a arbitraje o amigables componedores ("clause compromissoire" dice el texto italiano) o derogaciones de la competencia de las autoridades judi-ciales."

Efecto inmediato de este artículo es poner coto a la pseudoaccep-tación, a través de mera remisión en el contrato, a cláusulas generales.

cuyo contenido sea el indicado y que no figuren en el texto contractual, sino en reglamentos internos, avisos de ventanilla, catálogos, et-cétera.

En cuanto a las cláusulas que figuren consignadas en el impreso, que el sujeto contratante firma, el alcance que puede ser asignado a la aceptación global de contrato depende de la significación que se atribuya al adverbio "específicamente" respecto de la "aprobación por escrito". No parece que tal adverbio implique la exigencia de que estas cláusulas hayan de ser expresamente firmadas y aceptadas una por una; pero sí es, en cambio, preciso que la empresa dé lugar al cliente para que pueda conocer tales cláusulas mediante el desarrollo de una "ordinaria diligencia".

Este texto del Código italiano, unido a los que, según veremos más tarde, consagra el mismo cuerpo legal al consignar reglas interpretativas aplicables a las condiciones generales del contrato, hace que la codificación mussoliniana sea verdadero ejemplo en la regulación del tema que nos ocupa.

La **corrección de los abusos por vía jurisprudencial** ha de ser necesariamente el medio más extendido de protección al particular, y ello, en primer término, porque la mayoría de los Códigos civiles y de Comercio no contienen preceptos especiales aplicables a la contratación por adhesión, y, en segundo lugar, porque, aunque exista una ley general, es imprescindible la aplicación al caso concreto a través de la jurisprudencia.

Es de advertir que la vía jurisprudencial adolece de inevitables e importantes limitaciones, porque *no permite una fiscalización preventiva*, es decir, anterior a la perfección del contrato, y es un remedio sólo aplicable "a posteriori", cuando surge la desavenencia entre las partes; *tampoco posee la jurisprudencia una fuerza normativa general*—al menos no la posee directa—, pues la sentencia, formalmente hablando, sólo es eficaz respecto del caso concreto que suscita el fallo, y no afecta a los demás, aunque sean análogos e incluso idénticos.

Tales limitaciones no dejan de ir acompañadas por una ventaja: el juez, precisamente por la concreción de su labor al caso determinado que se le somete, tiene un amplio margen de flexibilidad. Por otra parte, las descritas limitaciones se atenúan en la vida real y práctica, ya que si la jurisprudencia es uniforme y reiterada y muestra un criterio interpretativo claro y firme, la doctrina legal formada no tarda en ser recogida y aplicada, ni suele pasar inadvertida para aquellos a quienes favorece.

Veamos, pues, la línea trazada por **la jurisprudencia y la doctrina de Alemania** en cuanto a la interpretación de las condiciones generales.

Los tribunales alemanes, dado el silencio del B. G. B., comenaron la lucha contra los abusos contenidos en las condiciones generales

mediante la aplicación del § 138 del citado cuerpo legal⁵, según el cual es nulo el negocio jurídico contrario a las buenas costumbres.

Es de recordar, para que nadie pueda ser inducido a una estimación equivocada, que si bien nosotros propendemos a restringir el sentido de la expresión "buenas costumbres", y la aplicamos casi exclusivamente a las reglas cardinales de la moral sexual y de la conducta familiar, los alemanes, en cambio, dan a su expresión "guten Sitten" un alcance mucho más vasto, lo que les permite reprimir como contrarios a las "buenas costumbres" los supuestos de usura y de "laesio aenormis" causada con abuso de la inexperiencia o de la necesidad ajenas.

Llegó así la jurisprudencia alemana a crear la figura del "abuso de monopolio".

Fué invocado también, con propósito de represión, el § 242 del B. G. B.⁶, según el cual las obligaciones han de ser cumplidas con sujeción a los dictados de la buena fe y a los buenos usos del tráfico.

Por último, ya bajo el régimen nazi, se llegó a centrar el fundamento para la corrección de abusos a través del contrato de adhesión en el clásico principio de la prelación y supremacía del bien o utilidad común sobre el bien o utilidad particular, hasta forjar la figura del "abuso de la libertad de contratación".

Además, concepciones germánicas modernas sobre el contrato, de las que me ocupado en otros trabajos⁷, pero cuya exposición y fundamentación impondrían ahora un inciso demasiado largo, permitieron a la jurisprudencia alemana cohonestar la represión del abuso e invalidación de las cláusulas que lo encubren con la subsistencia del contrato, mediante la reforma judicial del mismo, sin declaración de su nulidad. Y no nos extraña demasiado esta concepción, porque no es sino la generalización del principio que entre nosotros es especial para el contrato de trabajo, según el cual la inserción, aun la indudablemente consentida, de condiciones contrarias, siquiera sea por defecto, a la ley o a las bases, no determina la nulidad del contrato, sino la sustitución de las condiciones no legales por otras que lo sean o simplemente la supresión de las mismas.

La doctrina científica alemana señaló varias directrices para la interpretación de las cláusulas generales.

5. B. G. B., § 138: "Es nulo el negocio jurídico contrario a las buenas costumbres. Es nulo, especialmente, el negocio por virtud del cual una persona se aprovecha del estado de necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otra, y logra o se hace prometer, para sí o para un tercero, una prestación que encierra ventajas económicas que notoriamente superan el valor de la contraprestación, en términos que, habida cuenta de las circunstancias, la desproporción resulta evidente."

6. B. G. B., § 242: "El deudor está obligado a realizar su prestación según las reglas de la buena fe y con sujeción a los buenos usos del tráfico."

7. ROYO MARTÍNEZ: *La transformación del concepto del contrato en el Derecho moderno*. Rev. Gral. de Leg. y Jur., fasc. febrero 1945.

Veamos algunas:

Las cláusulas o condiciones generales del contrato dictadas por un empresario, pese a que su generalidad y consiguiente aplicabilidad a un indefinido número de relaciones concretas le da cierto parecido con la Ley, no sirven como ésta a la Justicia, sino, en la mayor parte de las veces, al interés exclusivo del empresario, y el intérprete ha de tener esto siempre bien presente.

Las cláusulas generales han de ser valoradas por el Juez en cuanto crean una "situación típica" que afecta a todo el complejo de clientes de la empresa; el Juez tendrá en cuenta, a través del caso concreto, el interés común del complejo de clientes.

Por vía jurisprudencial se llegó también a crear en Alemania una regla interpretativa, que es entre nosotros legal, a saber: La obscuridad y la anfibología de una cláusula han de ser resueltas mediante la apreciación del sentido más favorable para quien no tuvo parte en la redacción de tal cláusula. Por esta misma razón, las palabras empleadas en el contrato serán entendidas en su acepción usual u ordinaria y no en la especial o técnica, a menos que el contratante particular debiera y pudiera darse cuenta al contratar de que estaban empleadas en el contrato en una especial acepción.

El Código civil italiano, antes aludido, completa la norma del artículo 1.341 con dos reglas interpretativas que se contienen en los artículos 1.342 y 1.370.

El artículo 1.342 dice: "En los contratos perfeccionados mediante la firma de módulos o formularios preparados para regir de una manera uniforme determinadas relaciones contractuales, las cláusulas añadidas al módulo o formulario prevalecen sobre las generales consignadas en él, siempre que resulten incompatibles y aun cuando las generales no hubieran sido tachadas." Vemos aquí resuelto el problema aludido al principio, de la incompatibilidad entre una condición general y otra especial del contrato concreto.

La regla del artículo 1.370 nos es ya conocida, y reza: "Las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en módulos o formularios preparados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra parte."

Ocupémonos ahora, para acercar esta disertación a su fin, que muy probablemente ya apeteceís, de los remedios que nos brindan **nuestro derecho y nuestra jurisprudencia**, siempre por vía de interpretación.

Regla legal interpretativa de importancia básica para el problema que nos ocupa, aunque no pensada para él por el legislador, es el artículo 1.288 del Código civil, norma que, como sabéis y ya dijimos, es también directamente aplicable a la interpretación de los contratos mercantiles.

El artículo 1.288 dice, según recordaréis: "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la obscuridad."

Este artículo o, mejor, el precepto interpretativo que en él se encierra, es un viejo aventurero, nada menos que un indiano, cuya **historia** vamos a seguir a grandes rasgos.

La regla interpretativa que el artículo 1.288 contiene se encuentra receptadamente consignada en el Digesto; unos textos (45-1-38-18; 45-1-69, y 34-5-26) * le atribuyen carácter general para todos los supuestos de "stipulatio". Otros textos (2-14-39; 18-1-33, y 50-17-172-*principium*)⁸ la enuncian con referencia exclusiva al contrato de compraventa o al de arrendamiento.

Nuestras Partidas (VII-33-2) toman la regla con el carácter general que le atribuye el primer grupo de textos romanos: "El juez debe interpretar la duda contra aquel que dixo la palabra, o el pleyto escuramente, á daño de él é á pro de la otra parte."

El Código civil francés, fuente y modelo primordialísimo del nuestro, recoge también la regla, pero no del primer grupo de textos, sino del segundo, y por ello le da carácter especial circunscrito a la compraventa (art. 1.602)¹⁰.

Pero es el caso—y aquí llega lo interesante de la historia—que los redactores del Código de la Luisiana¹¹, decano de los de América y único en los Estados Unidos del Norte, los codificadores de 1825, se apartaron del Código francés, que también era su mentor, y siguieron el criterio español, al dar a la regla interpretativa un carácter general a través del artículo 1.953¹². Y lo más curioso es que GARCÍA GOYENA, al mantener en su Proyecto de 1851, a través del artícu-

8. Digesto, 45-1-38-18: Ulpianus libro quadragensino nono ad Sabinum. "In stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt."

Digesto, 45-1-99: Celsus libro trigensimo octavo digestorum. "Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secundum promissorem interpretatur, quia stipulatorem liberum fuit verba late concipere."

Digesto, 34-5-26: Celsus libro vicesimo sexto digestorum. "Cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est."

9. Digesto, 2-14-39: Papinianus libro quinto quaestionum. "Veteribus placet pactationem obscuram vel ambiguum venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere."

Digesto, 18-1-33: Pomponius libro trigensimo tertio ad Sabinum. "Cum lege venditionis ita sit scriptum: flumina stilicidia uti nunc sunt, ut ita sint, nec additur, quae flumina vel stilicidia, primum spectari oportet, quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur quod venditori nocet: ambigua enim oratio est."

Digesto, 50-17-172: Paulus libro quinto ad plautium. "In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est."

10. Código civil francés, artículo 1.602: "El vendedor ha de explicar claramente a qué se obliga. Todo pacto oscuro o ambiguo se interpreta contra el vendedor".

11. ROYO MARTÍNEZ: *Influjo del Código civil de La Luisiana en el Código civil español*, en Anuario de la Escuela de Estudios Hispano-Americanos, de Sevilla, vol. correspondiente a 1947 (en prensa).

12. Código civil de La Luisiana, artículo 1.953: "Si la duda proviene de falta de explicación, de la negligencia o falta de una parte, se interpretará el acto favorablemente a la otra."

lo 1.021, § 1³, la citada norma interpretativa con el carácter de regla general aplicable a todos los contratos, invoca como uno de los más directos e inmediatos precedentes al artículo 1.053 del Código civil de la Luisiana¹⁴.

El notable itinerario histórico de esta norma, en cuanto precepto interpretativo general, tiene, por lo tanto, los siguientes extraños jalones: la Roma clásica, la Corte castellana del Rey Sabio, la codificación americana de Nueva Orleans, el Proyecto madrileño del 51 y el artículo 1.288 vigente.

Espero que me perdonaréis la digresión, pues, en definitiva, nos explica cómo ha llegado hasta los juzgadores de nuestros días una norma que, por ser genérica para la interpretación de toda clase de contratos, brinda un punto de apoyo a nuestra jurisprudencia para abordar problemas tan modernos como el de la contratación por adhesión.

Ciertamente, no ha desaprovechado nuestro Tribunal Supremo las posibilidades que le ofrece el artículo 1.288. En **sentencia de 13 de diciembre de 1934** declaró que, "si pudiera estimarse que la condición 18.^a de la póliza de seguro envolvía alguna obscuridad, habrá de ser tenido en cuenta que el seguro es, prácticamente, un contrato de los llamados de adhesión, y, por consiguiente, en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de una póliza—redactadas por las Compañías sin intervención alguna de sus clientes—se ha de adoptar, de acuerdo con el artículo 1.288 del Código civil, la interpretación más favorable al asegurado, ya que la obscuridad es imputable a la empresa aseguradora, que debía de haberse explicado más claramente".

Otro caso concordante de aplicación, también a un contrato de seguro, del artículo 1.288 se encuentra en la **sentencia de 27 de febrero de 1942**, cuya importancia es extraordinaria, porque, en unión de la anterior, sienta ya doctrina legal invocable en casación.

La sentencia de 1942 establece como doctrina que los atentados cubiertos por la póliza del seguro constituyen la regla general que le da origen y razón de ser, mientras que los casos excluidos tienen el carácter de excepción, y a la parte demandada incumbe probar la excepción; y, en caso de duda o de obscuridad, ni la presunción puede caer del lado de los casos excepcionales, si no existen razones para ello, ni la obscuridad, según el artículo 1.288 del Código civil, debe de favorecer a la parte que la ocasionó, que en este caso es la Compañía demandada, pues sólo ella redactó la cláusula general oscura.

También tiene resuelto nuestro Supremo Tribunal, aunque en una

13. Proyecto de 1851, artículo 1.021, § 1: "En caso de duda, la interpretación de cualquiera cláusula se hará contra la parte que, por su falta de explicación, hubiere ocasionado la oscuridad."

14. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios*, 1852, vol. III, páginas 56-57.

sola sentencia—que yo sepa—, el problema de la contradicción entre las cláusulas generales y las especiales de un mismo contrato. Efectivamente, en **sentencia de 18 de enero de 1909** declaró que, hallándose en oposición una cláusula general, impresa en la póliza, con otra particular manuscrita, en la que se contiene una verdadera excepción, perfectamente lícita, por ésta se debe resolver cualquier oposición o duda que pudiera surgir, y esto con mayor razón si la última reviste un carácter especial con el que se adicionan las de carácter general. Esta cláusula, como singular y particularmente concertada para contrato determinado, es la que real y verdaderamente revela la deliberada y manifiesta intención de las partes..., derogando o anulando de esta manera lo consignado en las condiciones generales.

Era el **cuarto de los remedios** antes enumerados **la intervención administrativa**, que consiste en la previa aprobación por los organismos oficiales correspondientes de las condiciones generales que las empresas se propongan consignar en los formularios de sus contratos.

La eficacia de este remedio es grande y tiene las ventajas de que es aplicado *preventivamente* y con alcance, si no tan general como el precepto abstracto que puede y debe de contener un Código, si lo bastante amplio como para salvaguardar a todos los contratos concretos que haya de celebrar cada suministrador con sus clientes.

La Administración puede, además, discutir con las entidades los formularios, proponer modificaciones, y, en una palabra, tiene una gran flexibilidad.

La intervención administrativa permite que un Organismo oficial se erija en defensor de los clientes y consumidores, cuya unión, según vimos, es pura utopía en la mayor parte de los casos.

Pero, junto con las descritas ventajas, este remedio presenta inconvenientes que no cabe desconocer ni menospreciar. La intervención administrativa—y más en tiempos en que ya de por sí es tan frondosa—pesa sobre la vida económica hasta asfixiarla, hasta esterilizar muchas iniciativas que podrían ser fecundas.

En ninguna actividad impera tan absolutamente la ley psíquica del menor esfuerzo como en la burocracia, y la vida negocial requiere el estímulo de innovaciones continuas.

Por estas razones, la intervención administrativa puede ser un remedio necesario, combinado con los restantes, para la contratación de empresas concesionarias de servicios públicos o de monopolios formalmente otorgados; pero no parece deseable la extensión desmesurada de este remedio a la contratación de todas las empresas.

* * *

En definitiva, y para recapitular, diremos que sólo el juego armónico de los remedios descritos, con predominio relativo de uno u otro, según los casos, puede conducir a la resolución del problema.

No abominemos de la contratación por adhesión. Como su progeneradora, la gran industria, no es en sí misma y necesariamente mala.

Esta contratación tipificada y en masa, tan expresiva y reveladora de los rasgos de nuestro tiempo, es imprescindible, aunque esté preñada de peligros como todo lo que procede de una gran fuerza y canaliza una poderosa fuente de energía.

Por estas razones, la intervención administrativa puede ser un necesitada de freno, la contratación por adhesión es uno de los exponentes actuales de esa fermentación perpetua en que se encuentra el Derecho civil, fermentación que no es sino la pugna interminable entre una justicia eterna y las pasiones y los apetitos que, aunque en cada época adopten un ropaje, son tan viejos y serán tan largos como la vida del hombre sobre la tierra.

BIBLIOGRAFIA

- BOURCART: Nota a la sentencia de casación civil (francesa) de 4 de enero de 1910, en "Sirey". 1911, I, 521.
- DEREUX: *De la nature juridique des contrats d'adhésion*, en Rev. trim. d. Droit civil. Año 1910.
- DI PACE: *Il negozio di adesione nel Diritto Privato*, en Riv. d. Dir. Comm., 1941, vol. I.
- GARRIGUES: *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I, 1936, págs. 20 ss.
- HAMELBECK: *Begriff, Arten und Verbindlichkeit der allgemeine Geschäftsbedingungen*. 1939.
- LEUCKFELD-MATHIES: *Allgemeine Lieferungsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand*. 1932.
- MICHEL: *Die allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil in der Rechtsprechung*. 1932.
- MOSSA: *Principios de Derecho Económico*, trad. esp. 1935, págs. 40 ss.
- PÉREZ SERRANO: *El contrato de hospedaje*, 1930, págs. 170 ss.
- PLANIOL-RIPERT: *Traité élémentaire de Droit Civil*. 10.^a ed. T. II. n.º 972 bis.
- POLO: Comentario a la sentencia 27 feb. 1942, en Rev. Der. Priv., fasc. noviembre 1942.
- RAISER: *Das Recht der allgemeine Geschäftsbedingungen*. 1935.
- SENCKPIEL: *Allgemeine Geschäftsbedingungen*, en "Verkehrsrechtliche Abhandlungen, T. I. 1932.

Fe pública y seguridad jurídica

ARTURO GALLARDO RUEDA

Registrador de la Propiedad, Secretario de la Sección de Derecho Inmobiliario y Notarial del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos

Apartándose incluso de la significación etimológica de la palabra “fe” o de la locución completa “fe pública”, como creencia pública, nota objetiva que podría caracterizarla, hay quien, como ORELLANO, sólo alude a tal efecto en función de la autoridad de que está revestido determinado funcionario, a cuya presencia han tenido lugar los hechos o actos jurídicos publicados. De este modo el concepto fe pública, más que representar un instituto en la teoría general del Derecho civil o procesal, es simple instrumento al servicio de la caracterización y definición de un grupo de funcionarios. Por eso se ha dicho que es “un atributo de la propia calidad de notario, y éste, con sólo intervenir y autorizar un acto *cualquiera con su firma*, le impone autenticidad”. Muy extraordinario debió parecer al propio autor que, para llegar al concepto abstracto de fe pública, hubiera que derivarlo de una nota definitoria funcionarista, apresurándose a añadir un inciso final, a tenor del cual la intervención del escribano reviste al documento “de autenticidad, que es lo que, en el fondo, implica la fe notarial de que es depositario”¹.

Realmente, por este camino podría llegarse a consecuencias sorprendentes en todos los institutos jurídicos. El Registro de la Propiedad sería tan sólo una derivación objetivada de una cualidad casi personal atribuida a determinado grupo funcional. Y el texto de la Instituta que define “*Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur*”², fácilmente serviría de argumento para fundamentar toda la teoría de la Justicia en el “*imperium*” de los magistrados. Estamos, pues, en presencia de una doctrina o un grupo de doctrinas que en lugar de ver en el ejercicio de la fe pública por uno

1. ORELLANO: *Curso de Derecho Notarial*. Montevideo, 1938, I, pág. 69.

2. GAIO: IV, 103.

o varios grupos de hombres la simple aplicación práctica de una idea necesaria a la Justicia o a la seguridad jurídica; en vez de estimar a esos hombres como simples instrumentos de realización de una abstracción que, sin instrumentación en la vida real, en el comercio jurídico, carecería de otra eficacia que la de una especulación teórica, construyen su concepto, induciéndolo de la nota subjetiva del modo de su realización. Ni el "ius negotia per aes et libram" aparece con el nacimiento de un "librepens" de mágico poder, ni el "ius actorum confidendorum" responde a la exigencia de dar aplicabilidad a una personalísima cualidad del primer tabelión. El primero es consecuencia de la institución del cobre como rudimentaria moneda (aes rude) substitutoria del "pecus", módulo del valor de cambio, y el segundo nace al debilitarse el régimen de oralidad en que se desenvolvía la "stipulatio"³, hacia la decadencia del período republicano clásico.

Es más notorio que el escribano comparte con otros empleados públicos esa autoridad de que él y los demás invisten a determinados actos o documentos⁴; se hace preciso aducir cómo esa misma autoridad de lo legítimo es compartida por meros objetos materiales, en cuya estructuración ni elaboración (en sentido jurídico) no interviene funcionario alguno que los invista del pretendido carácter sacramental destilado de sus manos: aludimos a la moneda, los títulos, valores, etcétera.

El Estado es quien otorga fe pública y reconoce eficacia legal de toda índole a los títulos u objetos investidos de ella. Lo prueba el castigo que aquél lleva a los Códigos penales y a las leyes especiales contra la falsificación. MOMSEN encuentra las primeras normas romanas punitivas en punto a deslealtades en el comercio dinerario, en la época de Mario, aunque es en la "Lex Cornelia de falsis" donde la estructuración de los atentados contra la fe—bien jurídico objetivo—de que se reviste la moneda acuñada. En un estatuto local de la ciudad de Mylasa, en Karia, perteneciente a la época de Severo, se reputa falsificación el ejercicio libre de la profesión monopolizada de banquero y cambista; y en tiempo de Constantino estos delitos fueron incluidos en el número de aquellos que consistían en arrogarse facultades propias de los magistrados, y, como tales, de lesa majestad, y sus autores eran castigados con la pena de muerte, agravada por la forma de ejecución⁵. El Código penal español configura entre las falsedades tipos delictuales que, como la falsificación de la estampilla

3. BÓNIFANTE: *Corso de Dir. rom.*, III, pág. 135. y *Scév. D.* 45. 1.122. y *Paulo*, D. 45, 1.126, 2.

4. AZPEITIA: *Legislación Notarial*, 1932, pág. 61 y siguientes. Aparte esto, debe pensarse en los que la Ley de Enjuiciamiento civil califica de "títulos que llevan aparejada ejecución" (art. 1.429), en que al lado de los notariales se reconoce la misma eficacia y solemnidad a determinados actos realizados ante el Juez, y a los "solemnizados" por agentes de cambio y corredores de comercio, todo ello sin contar la letra de cambio cuya significación aludimos en el texto y a continuación.

5. MOMSEN: *Derecho penal romano*, trad. esp. Dorado, s. í., II, págs. 144-145.

o sello del Jefe del Estado o sus Ministros, el sello de una representación extranjera en España, el de las marcas de fieles contrastes el de las contraseñas de Tribunales, Oficinas públicas, Empresas privadas y monedas, pueden calificarse de verdaderos delitos contra la fe pública. La simple circunstancia de negarse a admitir moneda o papel moneda reputado legítimo por el Estado acarrea sanción para quien pone en peligro la seguridad jurídica general, negando la fe pública de que éste ha investido a su módulo de cambio.

Otro tanto podríamos decir cuando la duda se refiere a documentos típicos calificables de títulos de valores. Destaquemos en este punto la significación de la letra de cambio, que, revestida de efectos procesales máximos en la Ley de Enjuiciamiento civil (art. 1.429, 5.º), no han sido solemnizadas por funcionario alguno y sí sólo por las firmas del librador y aceptante como esenciales. La naturaleza de la fe pública como bien jurídico objetivo que el Estado confiere en vista de circunstancias ajenas a la presencia de un funcionario aparece clara. De igual modo de la moneda, la letra de cambio tiene una autenticidad insita en su propia naturaleza y función, y, a menos de admitir que todas las personas capaces de suscribir una letra están investidas de fe pública, hay que pensar que ésta deriva de un simple mandato legal, sin que contradiga esta conclusión la exigencia en su forma de ciertos requisitos que son propios de los documentos típicos⁶.

Esta posición del problema nos sitúa entre quienes objetivan el concepto de la fe pública como creencia común acerca de algunos hechos o actos y digna de tutelarse por la Ley (FILANGIERI)⁷, como fe sancionada por el Estado (PESSINA), como una realidad cuya positivación nace de la interposición de la soberanía (CARRARA), para desembocar recientemente en la nota de coacción del Estado como base de la fe pública (SANAHERA)⁸.

Ello implica un paralelo de conceptos insitos en la misma idea. El del artículo 415 del Z. P. O. germánico, para quien a la fe impuesta coactivamente a la sociedad por el Estado debe corresponder una buena fe en quienes la ostentan como facultad funcional. Es decir, que junto a la "fe pública-creencia colectiva" funciona la "fe pública-probidad en quien usa de ella", doctrina que, elaborada por el Derecho civil⁹, ha sido aceptada por los Códigos penales, que sólo amparan bajo su ámbito punitivo los bienes jurídicos realmente dignos de protección. La falta de verdad por el funcionario que hubiere intervenido en el otorgamiento de un documento público implica la

6. El art. 444 del Código de Comercio cumple, respecto a la letra, idénticas funciones que el 147 y siguientes del Reglamento notarial en cuanto a los instrumentos públicos, y el 9 de la Ley Hipotecaria y 61 de su Reglamento, en función de las inscripciones registrales.

7. NAVARRO AZPEITIA: *Teoría de la autenticación notarial*, Revista de Derecho Privado, 1942, pág. 678.

8. SANAHERA SOLER: *Tratado de Derecho Notarial*, 1945, pág. 15.

9. GORPHE: *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928. SILVEIRA: *A boa fe no direito civil*, S. Paulo, 1941.

sanción penal correspondiente y origina una responsabilidad disciplinaria civil (arts. 143 y 146 R. N.), independientemente de la ineficacia del documento. También en las leyes municipales de comienzo del Imperio romano y en las Constituciones de éste se castigaba como irregularidad en el ejercicio de funciones públicas el llevar el protocolo de modo inconveniente¹⁰, aparte las sanciones aparejadas en la llamada "Lex Cornelia de testamentis" o "de falsis", a que ya hemos anteriormente aludido.

Acabamos, pues, de referirnos a las dos posturas extremas que fundamentan la fe pública, para inducir más tarde su concepto. Las notas características utilizadas han sido subjetiva (autoridad nacida de la presencia de un funcionario investido de facultades extraordinarias) u objetiva (coacción del Estado que obliga a creer en la verdad de ciertos signos materiales y documentarios); por nuestra parte, no hallamos contradicción ni antinomia entre ambas posturas, que, en definitiva, no son sino aspectos distintos de una raíz común al problema de la seguridad jurídica.

Parece comprobado que tal vez la más poderosa influencia recibida por el ordenamiento jurídico de entre los elementos metajurídicos es la de la Moral. En el Derecho romano primitivo se constante ésta en las llamadas "boni mores", cuya presencia aparece como permanente y se revela en los textos del Digesto que distinguen entre lo lícito y lo honesto como sinónimos de lo "justo legal" y lo "justo moral"¹¹. Esta misma distinción implica ya el concepto de la fe—la buena fe en este caso—como instrumento para y de la realización del Derecho. No es preciso recordar la trascendencia ulterior y del concepto tanto en los institutos jurídicos relativos a las cosas y los derechos constituídos sobre ellos (v. g.: la "praescriptio" y la "usucapio") como en la clasificación y efectos de las obligaciones. Pero es que, además de la buena fe jugando como presupuesto de la voluntad originadora de efectos jurídicos, por extensión del concepto, puede hallarse una nueva significación de la "fides", singularmente útil a nuestro estudio. En este sentido, "fides" equivaldría a "vinculación", designando primitivamente el acto por el cual una persona se entregaba a la potestad de otra; más tarde "encerraría en su significación las razones o causas que justificaban esta vinculación, siendo equivalente a "tengo fe, confianza", y de aquí, en una consideración de reciprocidad, "merezo la fe de alguno"¹².

10. MOMSEM: Op. cit., pág. 333.

11. PAULO: D. 50. 17, 144. pr.

12. URSICINO ALVAREZ recuerda, para llegar a esta conclusión, la tesis de Fraenkel, Heinze y Beseler, y el significado de las frases "fidem alicutus me dedo" (yo me entrego a otro fin de que éste quede vinculado a mí), "fidem alicui habeo" (tengo fe en alguno) y "fidem alicui facio" (merezo la fe de alguien). "Fides" representa, en la mitología romana, la garantía divina del cumplimiento de las obligaciones, aunque estuviesen desprovistas de protección jurídica, hasta el punto de que Ennio encuentra una adecuada sinonimia entre "fides" y "alma",

Sin este fundamento sacramental, la fe, la buena fe y la creencia en lo que está revestido de autoridad respaldada en la verdad o en una presunción "iuris et de iure", es uno de los conceptos pantónomos en que se basa todo el sistema jurídico. La "possessio" desempeña análoga misión respecto a la prueba del dominio de cosas muebles; la simple tenencia de un título valor al portador es justificación suficiente para el ejercicio de los derechos de él nacidos; la prescripción adquisitiva instantánea de las cosas compradas en tiendas o establecimientos abiertos al público, y el mismo fundamento de la sucesión intestada, basada en una voluntad presunta, son otros tantos jalones en una carrera de "ficciones necesarias" sobre que edificar el Derecho.

No hemos de intentar penetrar nosotros—juristas, no filósofos—en la raíz última de la ficción "bona fides". El concepto en sí es metajurídico y a nosotros sólo interesa en cuanto influye en las relaciones del Derecho. Lo que sí debe admitirse como positivo es su necesidad para el servicio de la "seguridad jurídica", el fin inmediato del Derecho, aunque para ello haya que sacrificar algo del fin mediano, la realización de la Justicia. Ciertamente que, como antes hemos recordado con las frases de Paulo, puede haber grave distancia entre lo "lícito" y lo "honesto"; por duro que sea confesarlo, por expuesto que se halle quien tal afirme a ser tachado de adscripción a un positivismo trasnochado, reconozcamos que en la antinomia no probada—y en ocasiones también en la probada, art. 34 L. H.—el jurista ha de atenerse a lo justo legal, sin penetrar, sino en cuanto la propia ley lo permita, en el terreno de la "aequitas". De no ser así padecería la confianza pública en los mandatos coactivos del Estado, en el orden jurídico mismo y en el Derecho, en fin.

Explicando la Instituta los casos en que se da la "actio de peculio", afirma: "In primis itaque si iussu patris dominive negotium gestium erit, in solidum praetor actionem in patrem dominive comparavit, et recte quia qui ita negotium gerit, magis patris quam filii ser vive fidem sequitur". Y es que si efectivamente el pretor otorga una acción amplia contra el padre o el dueño que autorizó el negocio, es justo, "porque el que hace el negocio en estas condiciones, lo hace fiándose más del padre o del dueño que del hijo o del esclavo"¹³. La simple posesión del peculio por parte de cualquiera de éstos permite a quien con ellos se obliga a suponer que la responsabilidad de sus actos es derivada por la Ley a aquel de quien reciben capacidad y bienes, de aquel a quien—provisionalmente—representan. La interposición de la voluntad de "pater familias" se presume. Así lo aclara el propio GAIUS en otro texto al explicar el juego de las acciones "exercitoria" e "institutoria". "Tunc autem exercitoria locum habet,

y en el templo de la primera se custodiaban los "diplomata militaria" y otros documentos.

13. GAIUS: IV, 69 y 70.

cum pater dominusue filium seruinae magistrum nauis preposuerit et quid cum eo eius rei gratia, cui prepositus fuerit, negotium gestum erit. Cum enim ea quoque res ex uoluntate patris dominusue contrahi uideatur, acquissimum esse uisum est in solidum actionem darie..."; lo que también se estima justo, porque ese negocio "parece que se ha hecho" con la voluntad del padre o del dueño¹⁴.

Tienden estos ejemplos a demostrar nuestra tesis de que la seguridad jurídica se construye unas veces de normas prohibitivas, inderogables por la voluntad individual o colectiva, a la cual se superponen cualitativa y, tal vez, cronológicamente: otras, de simples "invitaciones a creer" en hechos o actos jurídicos y, a veces, en simples hechos materiales, a los que la necesidad de estructurar coactivamente la sociedad atribuye consecuencias en la esfera normativa. Por eso hemos calificado antes estos "presupuestos" como conceptos pantómonos, lo que, si no implica una autonomía ideológica porque tienen su raíz en otros, sí hace alusión a su carácter de pilares sobre los que edificar necesariamente el edificio jurídico. Del mismo modo que en el terreno de lo trascendente hay unos principios incommovibles y cuya significación y alcance no nos es, en ocasiones, revelada, principios sin los cuales es imposible avanzar un paso por el camino de la fe, así también vemos nosotros, en las ficciones a que obliga la seguridad jurídica, los "presupuestos" de que partir, y que, si no son indiscutibles, sólo pueden contradecirse probando su falsedad, en el caso concreto en que juegan, salvándose, no obstante, su subsistencia para el sistema jurídico abstracto.

Entre estos presupuestos y al lado de verdaderos artículos de fe, como el de la soberanía del Estado para exigir el cumplimiento de las normas jurídicas y la restauración del orden violado, funcionarán otros presuntivos: el de la exclusión de la ignorancia como posible eximente de responsabilidad por aquellas mismas violaciones, el de la buena fe jugando, como antes apuntábamos, en muchas instituciones reales y obligaciones, y el de la fe o creencia en la veracidad de determinados documentos reveladores de actos o negocios jurídicos; en definitiva, el principio de la fe pública, cuya misma naturaleza presuntiva le impide regir frente a las realidades contrarias. Es decir, que si, como ya hemos dicho, la soberanía coercitiva es "per se" indiscutible, las presunciones como las que protegen la fe pública son sólo "invitaciones" a creer, según las hemos calificado, aun cuando estas presunciones no deriven de un simple juicio lógico, sino de las consecuencias vinculatorias que el ordenamiento otorga a éste.

Si, por nuestra parte, hubiéramos de propugnar un concepto de la fe pública, no dudáramos en adscribirnos al grupo de quienes la fundamentan en consideraciones puramente objetivas, independizándola del dato que proporciona su ejercicio por determinado grupo funcionarista. La fe pública podría así estimarse como presunción

14. *Instituta*, IV. 71.

que, fundándose en la propia soberanía del Estado, obliga provisionalmente a creer como auténticos determinados signos, o como ciertos los documentos que reflejan determinados negocios jurídicos formales, a fin de servir al fin inmediato del Derecho: la seguridad jurídica¹⁵.

Nos damos perfecta cuenta de la tendencia descriptiva de nuestra definición y las objeciones metodológicas que, por ello, puede merecer. Sin embargo, nos parece haber destacado suficientemente las notas que pueden perfilarla en que a nuestro estudio interesa.

En el examen de sus notas caracterizadoras prescindiremos de la idea que vincula su naturaleza al instituto procesal de las "presunciones", por entenderlo suficientemente explicado. Baste solamente decir que cuando usamos de este término aludimos a las denominadas "iuris tantum", porque, aun sin recoger el problema de si las "iuris et de iure" comparten la misma naturaleza o si constituyen normas prohibitivas, son las que más directamente se relacionan con la provisional veracidad que se presta a las declaraciones o a los signos investidos de fe pública. Naturalmente, tampoco deseamos las últimas, porque no en vano hemos afirmado antes que esa veracidad provisoria, esa coerción del Estado para imponerla, se hace también efectiva a través de normas prohibitivas civiles y penales.

Cuando hablamos de caracterización objetiva del concepto de fe pública, insinuamos dos eliminaciones de otras tantas ideas:

15. A título informativo, recogemos distintas definiciones formuladas, que transcribe GIMENEZ ARNAU, *Introducción al Derecho Notarial*, Madrid, 1944, pág. 23 y siguientes. Así resulta que en el concepto de ESCRICHE (*Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*, t. II, pág. 976) la fe pública tiene las acepciones siguientes: "Creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice: la palabra que se da o la promesa que se hace a otro con ciertas solemnidades o autenticidad; la fidelidad en el cumplimiento de las promesas; la confianza y seguridad que uno tiene de conseguir la cosa deseada o prometida; el dictamen de la conciencia, en cuya acepción se llama fe; la persuasión en que uno está de que una cosa es suya o ajena; la equidad considerada en los contratos (contratos de buena fe); la seguridad o aseveración de que una cosa es cierta y el testimonio o certificado en que se da certeza de alguna cosa."

FERNÁNDEZ CASADO (*Tratado...*, t. I, pág. 142) ha afirmado de ella que es "relación de verdad entre el hecho y el dicho".

GONZALO DE LAS CASAS (*Diccionario*, t. V, págs. 105 a 107) vuelve al criterio subjetivo definiéndola como "presunción de veracidad respecto a ciertos funcionarios, a quienes la Ley reconoce como probos y veraderos, facultándoles para darla a hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos".

MORÓN LIMINIANA—en un trabajo inédito cit. por LAS CASAS—señala como elementos integrantes del concepto los de testimonio, solemnidad y presunción de veracidad. Lamentamos no haber podido disponer de este trabajo que tanto se aproxima, en su última nota, a nuestra concepción de la fe pública.

TIRSO DE LA TORRE descubre dos aspectos en la voz fe pública (*Comentarios*, pág. 97): "En su significación jurídica, el concepto de dar fe equivale a atestiguar solemnemente; en un sentido puramente gramatical, dar fe no es afirmar un hecho, sino dar crédito a lo que otra persona o entidad manifiesta. De un lado, el dar fe supone acción; del otro, pasividad; afirmar es acto positivo, creer lo que otro afirma es meramente pasivo..."

a) La concepción de la fe pública como derivación de un personal privilegiado. Ya hemos aludido a la razón fundamental de que aquélla se presta también a signos (monedas, títulos, valores, billetes de Banco) en cuya circulación o puesta en marcha no interviene ningún funcionario; pero anotemos también lo mismo que ha sido en la historia jurídica la atribución exclusiva de la facultad interpretativa de las leyes a determinados individuos y a título personal¹⁶.

b) La confusión de las ideas "buena fe" y "fe pública", que, si hacen relación a dos aspectos distintos de la misma institución especulativa (fe), acusan una perfecta inarmonía en cuanto a su trascendencia en el campo jurídico.

Con acierto se ha escrito que la buena fe es un estado psicológico individual o colectivo, una cierta forma de salud espiritual que hace que los hombres crean en la realidad de las apariencias. En este sentido viene a ser como un concepto social insito en la vida jurídica.

Por el contrario, la fe pública es también un estado de creencia, pero no espontánea, que, protegida por la coacción, nos obliga a creer en los signos o solemnidades que la configuran, en la veracidad de lo que a su amparo se declara. Aquí viene tan fácilmente a las mentes el contraste, que parece imposible soslayarlo: la fe pública no es un concepto social insito en la vida jurídica, sino un concepto jurídico exclusivamente.

Buena fe es, pues, un concepto subjetivo, una creencia espontánea que en esa misma espontaneidad fundamenta su eficacia y la de los actos jurídicos en que media; fe pública es una idea objetiva, que se apoya en la de "autoridad" que—forzadamente—otorga calidad.

Aunque parece que fueran dos conceptos tan distanciados y de órbitas de actuación tan distintas, es lo cierto que, en ocasiones, entran en colisión. La solución de los conflictos acusa una tendencia favorable al prevalecimiento de la buena fe sobre la coacción que obliga a creer. Aludimos a los efectos llamados legitimadores de la inscripción, singularmente recogidos en los artículos 34 L. H. y 1.743 C. c.¹⁷.

16. Contra una situación parecida, en que buena parte del Derecho se ha transformado en materia atribuida a los Pontífices (determinación de los días "fastos", y de las "res religiosae"; devolución de los "sacra privata" en caso de sucesión, etc.), reacciona CNEO FLAVIO, esclavo y secretario de APPIO CLAUDIO CAECO, al divulgar las fórmulas sacramentales de nacimiento a un derecho nuevo, el "ius flavianum", a mediados del siglo v. que se completa con la divulgación llevada a cabo por SEXTO AELIO, el curul y censor hacia el 536. También su nombre se incorpora por influencia del eco popular a una nueva denominación del Derecho, el "ius aelianum" o "tripertita", que comprende ya el texto de las XII Tablas, la interpretatio y los ritos de las "legis actiones" (CICERÓN, *Pro numeria*, II; POMPONIO, D. I, 2, 2, 6; D. I, 2, 22, 7 y 38). CICERÓN atribuye al jurista una función principal "agere"—llenar la misión de defensa y petición—y otra accesoria "cavere"—redactar los actos jurídicos, componer fórmulas (*De oratore*, L. 48 y III, 33)—.

17. G. DEREUX: *De l'interprétation des actes juridiques privés*, 1905, página 301.

La Ley prusiana de 5 de mayo de 1872 mantiene las exigencias de la buena fe para consolidar las adquisiciones por virtud de la inscripción (art. 9); el Código civil germánico deniega la protección del Registro a quien haya conocido su inexactitud (art. 892); el suizo extiende la exclusión de ella al tercero que ha conocido o debido conocer la inscripción (art. 974), y el Código civil húngaro exceptúa de la protección derivada de la "fides publica" a quien no hubiera obrado inspirándose en la buena fe por saber que el contenido del Registro no era exacto o no estaba completo¹⁸.

La Exposición de Motivos de la Ley Reformadora de 30 de diciembre de 1944 se orienta en el mismo sentido al extender la protección legitimadora a quien contrata de buena fe según el Registro; porque "la ficción jurídica de considerar que la inscripción es exacta e íntegra, en los casos en que no concuerda con la verdad, sólo puede ser mantenida hasta donde lo exija la indispensable salvaguardia del comercio inmobiliario".

Pero, para no adelantar ideas, y antes de precisar las relaciones entre los conceptos "fe pública" y "fe pública registral", conviene referirse a la posición de aquélla en la situación jurídica.

Antes dijimos que esa posición se insertaba, bien en la teoría del acto jurídico, bien en la de la prueba, porque, en definitiva, la idea misma de fe pública, derivándose de la de "calidad" o "presunción vinculada a solemnidades", se adscribirá a una u otra en función de la substantividad que se le otorgue; es decir, que si dichas solemnidades operan como requisito constitutivo del acto insito, nos hallaremos en la primera de aquellas posiciones, y si sólo están encaminados a preconstituir una prueba del mismo, aceptaremos forzosamente la segunda. Examinemos cada uno de ellos:

A) Las solemnidades insitas en la fe pública y la doctrina del negocio jurídico. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1947, dictada en recurso de casación por infracción de ley, contiene la siguiente doctrina: "Que confunde el recurso, de una parte, el concepto de existencia del dominio con el de su inscripción en el Registro, y, de otra, la celebración del contrato, con la formalización del mismo en escritura pública, debiendo tenerse en cuenta que...—salvo las especiales normas establecidas para la hipoteca—la inscripción en el Registro de la Propiedad no es constitutiva de derecho, sino declarativa, o sea que los derechos reales nacen, se transmiten y se extinguen fuera del Registro, aunque mediante la inscripción se fortalezca la posición jurídica de sus titulares, y siendo de recordar, en cuanto al segundo de los aludidos extremos, que, a tenor del artículo 1.278 del Código civil, los contratos tienen fuerza de obli-

18. DON JERONIMO GONZÁLEZ ha sintetizado la situación del problema con la siguiente frase: "... de igual modo que la contratación sobre muebles gira alrededor de la posesión de buena fe, la protección hipotecaria se desenvuelve sobre la inscripción y la buena fe", *Principios Hipotecarios*, en la edición completa de sus obras, Ed. M. Justicia, t. I, pág. 400; 1948. Vid. S. 11-II-1946.

gar, cualquiera que sea su forma, siempre que en ellos concurren los requisitos esenciales para su validez...”

Una tal doctrina jurisprudencial zanja “ab initio” cualquier intento de atribuir a las solemnidades de forma—y consiguientemente a las que invisten un acto de “fides pública”—transcendencia distinta de la de un simple requisito no esencial. Podríamos adentrar nuestras consideraciones por el camino de la significación de la forma en la doctrina actual e histórica, con abundancia irrefragable de datos en contra. Sin embargo, limitaremos nuestro intento a una breve alusión, tomada de una nota publicada por nuestra modesta pluma ¹⁹.

Participando ya de la tesis que más arriba hemos expuesto, decíamos entonces cómo en el campo jurídico privado la publicidad contribuye de modo importante al fin de seguridad jurídica, que la teleología tradicional atribuye al Derecho. Preciso es que los derechos y las obligaciones sean perfectamente conocidos en su extensión y límites, no sólo por el propio interesado o interesados, sino también por la sociedad toda que, activa o pasivamente, funciona en los llamados derechos absolutos.

Las propias normas jurídicas necesitan de esa publicidad. Para asegurarla, procedíase en Roma a fijarlas en lugares públicos ²⁰, y nuestro Código civil ordena su inserción en los periódicos oficiales, como punto de partida para la necesaria ficción de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento.

Del mismo modo el hombre ha tratado siempre de revestir de solemnidades públicas sus relaciones jurídicas. Cuando la pesada del cobre dejó de ser práctica por la introducción del dinero amonedado, Roma conserva aún la intervención del “libripens” y los testigos, como forma de publicidad primitiva. Y a igual razón debióse probablemente que el Derecho civil exigiera la “mancipatio” o la “in iure cessio” para la enajenación de las “res mancipi” de gran valor. Las mismas solemnidades con que se contraía la obligación en el “nexum” ²¹ a la seguridad en el deudor una responsabilidad más rigurosa ²¹.

Ciertamente que en las legislaciones modernas domina la idea de que la validez de los negocios jurídicos no debe subordinarse a la observancia de cualquier forma en particular, salvo prescripción especial de la Ley (art. II del C. suizo de las Obligaciones); pero, como reconoce el profesor ALVAREZ, “el orden jurídico exige muchas veces que la voluntad de las partes se exteriorice en una forma determinada, con tipos datos, y sin cumplir los cuales no logra revestirse de sanción, ni producir efectos jurídicos válidos” ²². Por ello los ordenamientos actuales usan del imperativo de la forma como medio para

19. A. GALLARDO: *Publicidad y firma en el Derecho inmobiliario actual*, en el Bol. Inform. Minist. Justicia, junio 1947.

20. R. MONIER: *Manuel élémentaire de Droit romain*, I, 1941, pág. 548.

21. BUCKLAND: *Ritual acts and words*, en *Zeitschrift Koschaker*, 1939, I, pág. 19. HUSSERL: *Mancipatio*, en *Z., der Sav.* 1930, pág. 478.

22. U. ALVAREZ: *Apuntes de Derecho romano*, 1944, pág. 307.

la consecución de fines políticos jurídicos: como garantía de prueba para lo futuro, para asegurar la publicidad de ciertas relaciones de interés general, para aumentar la capacidad de circulación de los derechos de crédito representados gráficamente en los títulos de valores, o, sencillamente, para excluir defectos psicológicos en ciertos negocios, cuya perfección impremeditada puede aparejar consecuencias perjudiciales para ambos o uno sólo de los contratantes²³.

Pero en las etapas más atrasadas de la evolución jurídica, la forma tiene una significación totalmente distinta. En ellas no es una creación artificial del legislador—se afirma—, no es algo que se inserta en el negocio, por sí simple, sino la expresión necesaria del negocio mismo. En un cierto estado de éstos, no es posible un obrar jurídico de otra manera que mediante formas; sólo la palabra solemne, el acto ceremonial, tiene efectos jurídicos. El Derecho romano pasó largo tiempo por la etapa de rigor formalista, y muchos residuos de ella persistieron, debido al carácter conservador que le define. Esto aclara el que en la época clásica puedan contemplarse, al lado de unos tipos de negocios jurídicos nuevos, completamente libres de forma, una multitud de los antiguos solemnes²⁴.

No es sino por un progreso lento y continuo cómo las solemnidades primitivas de que estaban rodeadas las convenciones han debido simplificarse, y cómo el Derecho romano, sea por el perfeccionamiento de sus propias instituciones, sea por influencia de los usos y costumbres de los pueblos vecinos, ha llegado a sancionar en las cuatro clases de negocios jurídicos contractuales “*verbis*”, “*litteris*”, “*re*” y “*solo consensu*”. Para confirmar nuestra tesis de la fe pública inserta en la idea de la necesidad jurídica y del orden público, es utilizable el ejemplo de la “*stipulatio*”, que arranca su carácter de un firmísimo abo-lengo religioso que ha puesto de manifiesto Dionisio de Halicarnaso y que recoge la *Instituta*²⁵.

Así, ha podido reconocerse que, en determinado momento de la historia jurídica, la eficacia del negocio jurídico se basa no en el consentimiento prestado, sino en las solemnidades adoptadas, que vienen a constituir durante muchos años la verdadera causa de la obligación.

Ahora bien, MITTEIS y STEINACKER han puesto de manifiesto cómo la forma escrita tuvo escasa transcendencia hasta fines de la República, extendiéndose entonces no sólo a los contratos de suyo escritos (literales), sino también a las donaciones de cierta cuantía, al libelo de repudio y aun a los negocios típicamente orales, como la estipulación y la “*mancipatio*”, que, a partir de ese momento, suelen ser objeto de documentación²⁶. Pero nótese que, no obstante, jamás en Roma la forma escrita tuvo carácter constitutivo, revistiendo únicamente el carácter de prueba privilegiada de la existencia del negocio

23. JÖRS-KUNKEL: *Derecho privado romano*, 1937, pág. 131.

24. DE FRANCISCI: *Il Trasferimento de la proprietà*, 1942, pág. 129.

25. GATO: III, 93, *infine*.

26. MITTEIS: *Römisches Privatrecht*, I, 1908, pág. 290 y s.

jurídico²⁷. En lo que a la publicidad documental hace referencia, parece admitido que hasta el siglo III después de Cristo Roma sólo conoció el escrito privado notificado a los particulares, mediante la exposición en lugares concurridos. A partir de aquella época se inicia la documentación pública (Severo, *Fr. Vat.* 266), y es el Derecho imperial quien instituye funcionarios especiales investidos de la potestad de dar fe en los contratos pasados entre particulares (“*ius actorum confideciendorum*”).

Pero el requisito de la publicidad escrita sigue sin ser esencial para la existencia del negocio jurídico, salvo en casos excepcionales (insinuación de las donaciones superiores a quinientos sueldos, en el Derecho justiniano; el “*libellus repudii*”, desde Teodosio II y Valentiniano III)²⁸. La utilización de los papiros no se consagró hasta fines de la época imperial²⁹.

CORNIL ha sostenido que la insinuación solemne (“*allegatio apud acta*”) llegó a constituir solemnidad análoga a la actual inscripción en los protocolos notariales o en los registros públicos, toda vez que dotaba de carácter presuntamente veraz no sólo a la fecha del acto insinuado, sino a su total contenido. En razón de esta ventaja, la insinuación que, como se ha dicho, sólo era necesaria para donaciones excepcionales, bien pronto fué utilizada para formalizar distintos actos jurídicos, porque “las actas públicas—dice STOUFF—presentaban sobre los escritos privados una gran superioridad, que hizo general el uso de la insinuación”. En la mayor parte de los contratos del siglo VI se encuentra una cláusula relativa a ella, en la que se la prevé como medio privilegiado de prevenir la prueba, caso de discrepancia acerca del cumplimiento de la obligación contenida, de su existencia o de la interpretación de sus actos. En realidad, el documento privado podía ser ocultado o falseado. Si el autor de un “*chirographum*” negaba su escritura, había de procederse al cotejo literal e incluso a la “*collatio instrumentorum*”. Para evitar estas dificultades, Justiniano aconseja a las partes publicar sus convenciones ante los Magistrados que poseen el “*ius actorum*”³⁰. Los numerosos actos de venta, permuta, pago, traditio, etc., que se poseen demuestran la no excesiva aceptación de este consejo del Emperador.

No obstante, CORNIL aporta un documento de tradición inmobiliaria, que demuestra cómo—cuando no era aludida a través de una cláusula de “*constitutum possessorium*”—la solemnización del acto se cumplía en la siguiente forma: Por lo general, el comprador, provisto de un escrito emanado del vendedor (“*epistola traditionis*”), comparecía ante el Magistrado con jurisdicción en el lugar donde el inmueble estaba sito, a fin de que se procediese a la “*corporalis intro-*

27. PAULO: Sen. 5. 7. 2; C. 8, 37, 14, e I. 3, 19 y 12.

28. C. 5, 17, 8, pr.

29. BIZARRI (Dina): *Gli studi sul documento privato*, en Arch. Guir. Serafini, CXIII, 1935, pág. 135, citada por N. LAGOS.

30. Nov. LXXIII, VII, 3.

ductio" del adquirente ("solemnen traditionem celebrari") y se substituyese en los Registros fiscales el nombre del vendedor por el suyo propio, insinuándose a continuación la carta de tradición con el acto de venta ³¹.

Para acabar de fijar la situación y trascendencia de la solemnización de los negocios jurídicos en Roma, a efectos de la fe pública, parece interesante destacar cómo al lado del "nomem transcriptium" y de su correspondiente anotación en el "codex" del acreedor con consentimiento del deudor, existen ya en la época de Gaio otras dos formas de contraer obligaciones "litteris". Aludimos a los "Chyrographa" y "synagrapha", que, presentados por algunos autores como modos singulares de obligarse, han sido finalmente reconocidos como simplemente aptos para los peregrinos a quienes estaba negado el "nomina transcripta". Así lo recoge la Instituta al decir ³²: "Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et synagraphis id est inquis debet se, aut daturum se scribat, at scilicet si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationes populi peregrinorum est." Pero, por lo que a su efecto obligatorio hace relación, hásele opuesto una objeción deducida de la redacción gramatical del propio texto. Efectivamente, la frase "si eo nomine stipulatio non fiat" sólo es explicable si el Chyrographum no es más que un medio de prueba, pues si hay estipulación, es evidente que el deudor se obliga "verbis" y no "litteris". Sin embargo, los partidarios de la substantividad de las nuevas formas solemnes y escritas para obligarse han hallado bajo Justiniano elementos suficientes para sostener su opinión, frente a la nuestra, de la significación de simple medio de prueba. Si el deudor deja de usar durante dos años de la facultad que tiene para oponer al Chyrographum la "exceptio nom numeratse pecuniae", queda irrevocablemente ligado, del mismo modo que lo estaría por la estipulación ³³.

Muy otra es la significación de los procesos fingidos, utilizados para solemnizar, con la intervención del Magistrado, un negocio jurídico. La "in iure cessio" constituye, como antes hemos dicho, el tipo de "litis" fingida; pero a su lado pueden citarse la "confessio in iure" y el "ius iurandum in iure delatum", que NÚÑEZ LAGOS califica de primeras "formas de autoridad", afirmando que es en el siglo IV cuando se generaliza la escritura en los negocios jurídicos. "De este modo, afirma, Roma llegó a conocer las formas escritas públicas". Pero, admitiendo probablemente lo demasiado dogmático del aserto, acepta a continuación que, por ser fruto tardío, nunca llegó a una elaboración de ellas tan acabada y perfecta como de otras instituciones. El propio autor niega substantividad a la fe pública extrajudicial, al afiliarse entre quienes le atribuyen un origen judicial a la "in iure

31. GEORGES CORNIL: *Etude de la publicité*. París, s. f.

32. GAIUS: III, 134.

33. D. 3, 21, pr.: "Sic fit ut hodie, dum quae erit non potest, scriptura obligetur et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione".

cessio" romana, la "aufassung" germánica, las "recongnizances" inglesas y el "praeceptum de solvendo" o la "confessio apud acta ante litis contestationem" del proceso medieval. Ciertamente que con él podemos decir que "el Poder judicial es el árbol de que se ha desgajado, en cuanto al fondo, la eficacia de las formas y documentos públicos". Y, con él también, admitimos sin dificultad que "estaba reservado a la Edad Media y al Renacimiento la elaboración de la dogmática sobre la eficacia del documento público" ³⁴.

Por nuestra parte, nos atrevemos a añadir que ni siquiera en el Renacimiento y en las fases cronológicamente siguientes, la forma, las solemnidades, en cuanto tales, vuelven a recobrar la significación causal que tuvieron en el periodo casi religioso del primitivo Derecho romano; la forma ya no es causa de la obligación; es meramente aceptada como facultativa o exigida excepcionalmente como obligatoria, en virtud de aquellas consideraciones de orden público que impone la inexcusable seguridad pública.

Para llegar a esta conclusión, parécenos interesante precisar más algunas de las ideas que le sirven de premisas, singularmente las que hacen referencia a la substitución del formalismo en la manifestación de voluntad, raíz última del negocio jurídico. El problema debe, pues, centrarse ahora en la eficacia respectiva de la voluntad manifestada y la del instrumento para su representación; en definitiva, el problema de la voluntad real y el de la voluntad declarada, de tan honda tradición en la doctrina de hace ya algunos años ³⁵.

Sin embargo, no nos interesa de ella sino en cuanto instrumento para la determinación del alcance y ámbito de la fe pública, porque si, en definitiva, el papel preponderante corresponde a la voluntad manifestada y no a la forma externa de su manifestación, sin otras excepciones que las derivadas del respeto a los derechos de terceros, habremos sentado una primera base de nuestra doctrina, que conecta la ficción insita en aquella con la doctrina misma del orden público. La fe pública no será ya una verdad impuesta, sino tan sólo una verdad presunta—para utilizar la teoría de NÚÑEZ LAGOS ³⁶—, de alcance legalmente limitado y de condición subordinada dentro de la doctrina del negocio jurídico.

34. NÚÑEZ LAGOS: *Documento público y autenticidad de fondo*, en separata de la Revista del Notariado. Buenos Aires, 1947, pág. 13; el mismo autor *Estudio sobre el valor jurídico del documento notarial*, Madrid, 1945, pág. 44 y siguientes. SINTENIS: *Der simulierte prozes*, en *Z. fur d. C.*, vol. 30, 1902, pág. 362.

35. SALEILLES: *De la déclaration de volonté*, 1901, pág. VII. PLANTOL-RIPERT: *Traité pratique de Droit civil français*, 1925-1931, t. VI, pág. 212. BONNECASE: *Traité théorique et pratique de Droit civil français*, por G. Gaudry-Lacantinerie, 1924-29, t. II, núm. 412. THON: *Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1876, pág. 354; aparte otras obras clásicas como *Lebrbuch*, t. I, pág. 754, de WINDSCHEID-KIPP, donde se cita abundante bibliografía, DERNBURG, SCHOLLSMANN, etc.

36. Op. cit., pág. 23.

Desde luego, no es posible trasladar al Derecho privado la concepción kantiana de "forma universal, en sí misma, de la Ley moral" ³⁷. La voluntad no tiene entre los juristas esa significación de módulo universal de conductas; instrumento libérrimo en manos de cada individuo, porque no interesa un mayor ámbito que el puramente jurídico. Pero centrada su función y su campo, todas las escuelas otorgan a la voluntad el carácter de clave de las obligaciones, de esencia del vínculo, de substratum de la relación jurídica, mientras que a nadie se le ocurre situar el centro de gravedad de los negocios normativos en la forma ni en sí, ni en cuanto solemnización de esa misma voluntad. Problema distinto es, desde luego, el de si esa voluntad, si esa libre capacidad de consentir, actúa mediata o inmediatamente en la originación de los derechos y las obligaciones. SAVIGNY habla de la voluntad "como base fundamental de las relaciones jurídicas" ^{37 bis}, y WINDSCHEID afirma que "el derecho nace, se modifica y se extiende; es decir, que la situación de hecho a la cual el ordenamiento jurídico vincula el ser o no ser se realiza concretamente...; y el factor principal de esa realización es la disposición de la voluntad ligada a aquella situación táctica" ³⁸. Bien lejanas están, pues, estas posiciones de aquella kantiana del poder originario de la voluntad para crear, modificar o extinguir derechos, porque el propio SAVIGNY ha trazado la línea diferenciadora de que si bien el derecho subjetivo es producto de la voluntad, la "fuerza de esa voluntad individual no es originaria, inicial, inherente a la voluntad misma, sino que es una fuerza secundaria, apoyada en la Ley". Y concluye que "situar en igual rango las leyes y los contratos, considerar a los últimos como fuente de derechos, es confundir las ideas" ³⁹.

Y ciertamente que también, por lo que al objeto de nuestro estudio interesa, es confundir voluntaria o involuntariamente las ideas al colocar en el mismo plano substantivo la voluntad y la forma en la doctrina del negocio jurídico.

Reconocemos que el tema no es original en la literatura jurídica. Aparte las obras clásicas en la materia (SAVIGNY, WINDSCHEID-KIPP, SALEILLES, etc.), podrían citarse numerosas monografías que, con uno u otro título, lo estudian de modo principal o tangencial. Entre las más conocidas, están las de GOUNOT ⁴⁰, GRASSERIE ⁴¹, WORMS ⁴².

37. DELBOS: *La philosophie pratique de Kant*, 1905.

37 bis. SAVIGNY: *Traité de Droit romain*, trad. fr. de Genaux, 1840, t. I página 381.

38. WINDSCHEID: *Lehrbuch des Bandektenrechts*, 1906, pág. 68.

39. SAVIGNY: Op. cit., t. I, pág. 12.

40. *Le principe de l'autonomie de la volonté en Droit privé*. Dijón. 1912.

41. *De la volonté comme source du Droit*, en *Rev. Critique*, 1911, pág. 300 y sig., 397 y sig.; y 1912, 281 y sig.

42. *De la volonté unilaterale considéré comme source d'obligations en Droit romain et en Droit français*. Paris. 1891.

HOUSSAY ⁴³, JELLINEK ⁴⁴, LAPIE ⁴⁵, MAHER ⁴⁶, MAY ⁴⁷, MORÍN ⁴⁸, PÉ-
RICH ⁴⁹, PONCEAU ⁵⁰, RENARD ⁵¹, TROUILLER ⁵²; y recientemente ha
tratado el tema con acierto ROCAMORA ⁵³.

Por nuestra parte, también hemos aludido mejor o peor a estos
problemas en dos artículos ⁵⁴, ya publicados, y que nos exhoneran de
una más amplia exposición, reñida, tal vez, con la línea fundamental
del presente trabajo. Bástenos, pues, con volver a la afirmación del
papel primario de la voluntad en la perfección de los negocios jurí-
dicos, independientemente de su forma de manifestación exterior, y
que si excepcionalmente se impone esta última, ello sólo es posible en
razón a consideraciones de orden público o al respeto debido a los
derechos de quien contrató al amparo de una seguridad jurídica ex-
terior que, protegida por el propio ordenamiento, le indujo a error.

Volvemos, pues, a aquella primitiva afirmación que hacía depender
y entroncar la fe pública y sus efectos a la idea de la seguridad jurí-
dica, que, si por razones de necesidad del tráfico, obliga a crear en
la autoridad de ciertos signos o documentos, ha de mantener y regu-
lar después el alcance de su propia ficción.

Ello nos lleva a desechar la fe pública que se vincula a determi-
nadas solemnidades notariales o registrales, como un negocio jurídico
de valor en sí mismo y con carácter general, incluso anteponiéndose
en eficacia a la voluntad misma. Estamos, pues, ante una nueva doc-
trina que, en la discrepancia entre la voluntad interna y la manifes-
tada, atribuye superior eficacia a la segunda. Esta vez se atribuye al
documento manifestados la naturaleza de una "renovatio contractus"
que "implica por voluntad de las partes una fusión de los materiales
del primer acuerdo, una nueva prestación de consentimientos y una
refundición de las declaraciones de voluntad" ⁵⁵.

Como ha dicho BARASSI, la voluntad es por sí misma suficiente
para la adquisición de los derechos reales, y las formas perfecciona-
doras se integran, sin anularlo, en el principio de la voluntad ⁵⁶. Sin

43. *Force et cause*. París, 1920.

44. *System der Subjectiven Offentlichen Rech.* Friburgo, 1892.

45. *Logique de la volonté*. París, 1902.

46. *Le l'autonomie de la volonté individuelle quant aux modifications des
contrats*. Montpequier, 1913.

47. *Introduction a la Science du Droit*. París, 1925.

48. *La loi et le contrat*. París, 1927.

49. *La volonté des particuliers comme créatrice des droits privés*. Rev. trim.
D. c. p., 1929.

50. *La volonté dans le contrat*. Lyon, 1921.

51. *Le Droit, la Justice et la volonté*. París, 1924.

52. *Du rôle du consentement dans la formation des actes juridiques*. Gre-
noble, 1894.

53. ROCAMORA: *Libertad y voluntad en el Derecho*. Madrid, 1947.

54. GALLARDO RUEDA: Op. cit. y *Notas doctrinales, etc.*

55. COTURE: *El concepto de la fe pública*, en la Rev. de la As. de Escrib. de
Uruguay, Montevideo, enero-febrero 1947, siguiendo a NÚÑEZ LAGOS, op. cit., y
a SIEGEL, CAMDIAN y CARNELUTTI, citados por éste.

56. LUDOVICO BARASSI: *I Diritti reali nel nuovo Codice civile*, 1943, pág. 388.

embargo, es el propio autor quien recuerda la especial adscripción del Derecho inmobiliario germánico al sistema formalista, que se contraponen con el consensualismo latino, que BARASSI hace derivar del "ius gentium" asimilado por Roma y desenvuelto a partir del siglo XII. Anotemos que mientras la escuela histórica vinculaba la transmisión de la propiedad a un principio formal, la "traditio" que justificaba como los romanos en la "naturalis ratio", los iusnaturalistas ven en ésta un acto puramente casual, sucesivo o simultáneo a la expresión de la voluntad, frente y raíz definitiva y última de los derechos transmitidos.

Si, por otra parte, se tiene en cuenta que el iusnaturalismo elabora, en definitiva, el Código civil francés, se comprende la posición de éste favorable a la transmisión por simple acuerdo de voluntades, principio alabado por todos los comentaristas galos al referirse al artículo 1.138⁵⁷.

BARASSI recuerda que la formulación del principio consensualista no es perfecta en el Código napoleónico porque, al menos para un efecto—responsabilidad por percimientos—, la "traditio" es tomada fundamentalmente en consideración. Mucho más exacto le parece la que se llevó al Código civil fascista, en cuyo artículo 1.376 se proclama que en los contratos que tienen por objeto la transmisión o constitución de un derecho real, tales efectos tienen lugar por el consentimiento de las partes legítimamente manifestado. Y buena prueba de la escasa significación constitutiva de la forma externa de dicha manifestación hállase ya en el Código justinianeo, cuando equipara el instrumento a la simple prueba testifical⁵⁸, principio recogido más tarde en nuestra legislación intermedia, al equiparar los notarios a los testigos públicos "en los pleitos y en las posturas que los omnes facen entre sí"⁵⁹.

Si de las doctrinas italiana y francesa pasamos al sistema británico, la transcendencia del requisito de documentación pública queda aún relegado a papel menos transcendente, salvo en los llamados "contratos de record"—"judgement" y "recognizance", ambos de carácter judicial—: La Ley de propiedad de 1925, que vino a reemplazar parcialmente al Statute of Frauds de 1677, se limita a disponer en su sec. 40 que "no producirá acción ningún contrato de venta ni ningún otro acto de disposición sobre bienes inmuebles sino cuando haya sido escrito y firmado por el obligado a persona por él autorizada para obrar en su nombre". Y comentando esta norma reveladora de la escasa trascendencia de la solemnidad como requisito constitutivo de la contratación inglesa sobre inmuebles, entiende ME-

57. RANDA: *Das Eigentumsrecht*, pág. 267, citado por BARASSI, 390.

58. Cód. 4, 21, 20: "Item est charta, quae profertur ex archivo publico, testimonium publicum habet"; y en 4, 20, 22: "iuramento tantum eius rei fidem faciat".

59. Part. III, Ley 3.ª, Tit. III.

GARRY⁶⁰ que el contrato en sí mismo queda perfeccionado simplemente en forma oral; el requisito de la escritura—"memorandum" o "note"—hace tan sólo relación a su prueba si judicialmente fuese discutida la existencia. "El documento—ha declarado la jurisprudencia británica—no es la intención misma de las partes, sino una evidencia a favor o en contra de ellas". Ni siquiera la subsistencia de los aludidos contratos de "record" antes aludidos revela la existencia de una fe pública extrajudicial autónoma y sustantiva. La purificación de estos contratos a través del procedimiento judicial más o menos fingido se inspira en razones de orden público o en la conveniencia de substituir con tal solemnidad la prueba de una "consideration" inexcusable en los contratos no formales.

Tampoco implican contradicción con nuestra tesis los llamados "deeds", que, aunque firmados, sellados y entregados por una parte a otra—"a document signed, sealed and delivered", según la definición tradicional—, tampoco implican la presencia o intervención de un funcionario investido de facultades solemnizadoras. El "sello" que los confiere fe pública, en unión de la firma del obligado, es un "mero formulismo, reminiscencia de los tiempos primitivos, en que el arte de escribir estaba poco extendido y constituía el único medio de identificar a las partes. Hoy día, por regla general, cuando un contrato de esta naturaleza ha de otorgarse, se fija previamente sobre el documento un sello en seco, y el otorgante, después de firmar, pone su mano sobre el sello, pronunciando al tiempo las palabras "I deliver this as my act and deed", que expresan su intención de otorgarle la eficacia de "contrato bajo sello" y, añadimos nosotros, de obligarse, independientemente de la causa y sólo en función de aquella solemnidad⁶¹. No quiere esto decir que el "deed" pueda asimilarse a uno de los contratos abstractos de nuestra técnica civil de los penúltimos años⁶²; pero demuestra suficientemente que si la eficacia deriva de la forma, esa forma viene determinada por la concurrencia de un sello y unas palabras solemnes, no por la presencia de un funcionario especializado—ni siquiera el "artorney" en los documentos destinados al extranjero—, porque a éste no corresponde sino un simple poder certificante de alcance tan limitado que en ningún caso puede parangonarse a la amplia fe pública notarial latina. Resumiendo, parece interesante recordar la frase de BLANCKSTONE—"Commentaries of the laws of England", L. 2, Cap. XXI—, cuando afirma que la eficacia de un documento no depende en Inglaterra "del acta misma, sino del valor que le otorga el Tribunal".

60. R. E. MEGARRY: *The law of real property*, 1947, págs. 333 y 334.

61. OSSORIO MORALES: *La doctrina de la "consideration" en el Derecho contractual inglés*, en *Estudios de Derecho Privado*, 1942, págs. 15 y 16, donde cita en su apoyo a ANSON, LEE, MILES, HOLDSWORTH, JENKS, BERREIDALE, KEITH, PAULIAN, ESMEIN, e incluso al propio IHERING.

62. Contra estas abstracciones reacciona en los últimos años la doctrina civilista estimándolas inútiles e innecesarias M. AURELIO RISOLIA.

Por lo que al Derecho civil suizo hace referencia, conviene distinguir la eficacia de la forma a los fines de simple perfección de la obligación de entregar la cosa vendida, y a efectos de capacidad para disponer por acto inter vivos o *cortis causa*. Considerando aislado el precepto que lleva el número 216 del Código federal de las Obligaciones es fácil llegar a conclusiones un tanto precipitadas. En efecto, literalmente dice el artículo: "las ventas de inmuebles no son válidas si no constan en acto auténtico"; pero si se coordina dicha norma con lo dispuesto en el Código civil, art. 656, resultará que "la inscripción en el Registro es necesaria para la adquisición de la propiedad inmueble"⁶³.

Y nos permitimos insistir en cuanto a los distintos efectos de la documentación—trascendente sólo en el terreno obligacional—y la inscripción—de trascendencia real—porque así resulta de otros dos preceptos del propio Código civil suizo. Basta para arribar a esta conclusión contemplar los arts. 665 y 661. Según el primero, quien tiene a su favor un título de adquisición de un inmueble carece de facultades dispositivas sobre el mismo y únicamente le competen acciones para solicitar la inscripción o la declaración judicial de su derecho de propiedad⁶⁴. Por el contrario, y según el 661, los derechos del titular inscrito no pueden ser negados cuando ha poseído de buena fe, sin interrupción y pacíficamente el inmueble, durante diez años. Reconocemos lo sencillo de la objeción que puede centrarse en la aparente necesidad de que en la protección registral coincidan la inscripción y la prescripción adquisitiva. Nada menos cierto, tanto porque el citado precepto sólo se refiere a inscripciones debidamente verificadas⁶⁵, cuanto porque los arts. 971, 972 y 973 clarifican definitivamente el problema con dos afirmaciones:

1.º Condicionando la existencia del derecho real a la inscripción y no al otorgamiento del título.

2.º Protegiendo absolutamente bajo fe registral a quien adquiere de buena fe, fundándose en la inscripción⁶⁶.

63. VIRGILE JEAN y ANDRÉ ROSSEL.

64. Literalmente, dice el 665. 1.º: "El beneficiado por un título de adquisición puede exigir que el propietario pida la inscripción; caso negativo, puede demandar al Juez la atribución de su derecho de propiedad."

65. El texto del 661 es: "Los derechos del inscrito sin causa legítima en el Registro, como propietario de un inmueble, no pueden ser combatidos si ha poseído el inmueble de buena fe, sin interrupción y pacíficamente, durante diez años."

66. Dice el art. 971: "Todo derecho cuya constitución está legalmente subordinada a una inscripción en el Registro no existe como derecho real sino cuando aquella inscripción ha tenido lugar."

El 972 afirma: "Los derechos reales nacen, adquieren su rango y su fecha por la inscripción."

Por su parte, los 973 y 974 proclaman el principio de la legitimación registral, en estos términos "El que adquiere la propiedad u otro derecho real fundándose de buena fe en la inscripción registral, es mantenido en su adquisición", y "cuando un derecho real ha sido inscrito, la inscripción no puede ser invocada por los terceros que han conocido o debido conocer los vicios".

BARASSI—citado ya anteriormente—llega a formular dos fases sucesivas en la vida del negocio jurídico real. La primera implicada en el negocio jurídico inicial, en la Ley, o en el acto administrativo de donde recibe su ulterior impulso. La segunda, integrada por la tradición en las cosas muebles o la publicidad inmobiliaria en las inmuebles⁶⁷. La relación entre ambas fases es más o menos íntima en función de que se acepte o no el principio del consentimiento como medio de transmisión o éste haya de ir seguido de tradición o inscripción. Es menos íntima en los sistemas como el francés, cuyo centro de gravedad está desplazado al consentimiento transitorio. Lo es más en aquellos que sólo acusan la transmisión con efectos jurídicos—para terceros solamente o también para las partes—cuando ha sido objeto de inscripción.

Este régimen, cuyos antecedentes comunes pueden hallarse en la “investidura”⁶⁸, se sintetiza en el principio germánico de que sólo la declaración judicial transcrita en un registro atribuye los derechos reales inmobiliarios. Así se operó en Alemania hasta la recepción del Derecho romano, y así renace la fórmula en el Código prusiano de 5 de febrero de 1794. Otro tanto podemos decir de la legislación austriaca, que, con el Código puesto en vigor el 1.º de enero de 1812, consagra legislativamente una tradición que en pro de la inscripción como único modo de transmisión y constitución de Derechos reales regia en Bohemia desde el siglo XIII⁶⁹.

Otro tanto puede afirmarse a la vista del Código civil alemán, en cuyo artículo 873 se exige para adquirir o transmitir un derecho real el consentimiento de los interesados y la inscripción en el Registro inmobiliario, del mismo modo que la transmisión de bienes muebles exige otro requisito constitutivo cual es la tradición (art. 929).

Por lo que a Italia hace referencia, parece interesante recordar la influencia que a través de Austria, y singularmente en las dos Venecias, tiene el sistema germánico de la Ley de 25 de julio de 1871, que coordina con cierta perfección el catastro topográfico y el Registro, logrando así la coordinación de “ambas verdades”: material y presunta, características de los regímenes latinos y mixtos⁷⁰.

Volviendo ahora a la documentación extrarregistral como presunto requisito necesario para su existencia y eficacia, merece mencionarse una de aquellas construcciones que el ingenio mordaz de RENNARD ha calificado de “verdaderos estupefacientes jurídicos”⁷¹. Aludimos

67. LUDOVICO BARASSI: *I diritti reali*. Milán, 1943, pág. 398.

68. Es interesante destacar esta interpretación de BARASSI, sobre el carácter judicial de la “investidura”, no siempre reconocido por otros autores.

69. El art. 431 exige que para transferir la propiedad de inmuebles conste el consentimiento de los interesados en el Registro.

70. MAZZOLENI: *In sistema tacolare nella legislazione italiana*. Pavia, 1929, página 14 y sigs.

71. G. RENNARD: *Le Droit; la Logique, le bon sens*. París, 1925, pág. 188. Las ficciones—piadosamente calificadas a veces de mentiras útiles—no son para

a la distinción entre documento y negocio jurídico conocida a través de los trabajos de STAMPE⁷², GANDIAN⁷³, CARNELUTTI⁷⁴, SIEGEL⁷⁵ y, singularmente, de los interesantísimos trabajos de NÚÑEZ LAGOS⁷⁶.

Inténtase en ellas construir la función de la escritura solemne descomponiendo la prestación del consentimiento de los contratantes en dos momentos de análogo valor. Es decir, que en tanto aquélla no se otorga, sólo puede estimarse prestada una anuencia provisoria, ruda, desdibujada, imperfecta; un a modo de consentimiento en abstracto, que luego habrá de ser perfilado, precisado y ratificado en la escritura, a la que se denomina "negocio de ayuda" (Hiligeschaft), "reproductivo" (reproduzierenden Vertrag) o "de fijación".

Ciertamente que parte esta doctrina de un hecho normalmente innegable, y es el de que el convenio entre las partes precede al otorgamiento. Cuando deciden hacerlo constar en un documento público, es porque el contrato "per se" estaba ya aceptado en su voluntad. La función que así se atribuye a la escritura no es, pues, la de creación del derecho, sino su fijación y delimitación prácticas, a fin de dotar de perfecta claridad los términos del rudimentario negocio causal.

Resulta innecesario insistir en la exposición de estas doctrinas admirablemente recogidas por los autores citados⁷⁷.

Por nuestra parte, nos limitamos a destacar lo que en otra ocasión expusimos respecto a la eficacia de los desdoblamientos del consentimiento⁷⁸. Contemplábamos entonces una doctrina calificada de "original" con tanta justeza como ineficacia para la órbita del Derecho civil. Aludimos a la de FAGGELLA, que llega a descomponer el consensus en tres fases cuyos respectivos efectos obligatorios no parecen excesivamente claros en la propia construcción⁷⁹. Veía el citado autor, ante todo, en la mayor parte de los contratos de importancia económica, una primera fase constituida por las negociaciones preliminares propiamente dichas. Cada parte se propone durante ellas el examen rápido de las contraproposiciones, en sus puntos esenciales, al

este autor sino "verdaderos estupefacientes conceptuales, dignos de verse públicamente afrentados..."

72. STAMPE: *Das Causa. Problema des Civilrechts*, 1904, citado por BARASSI.

73. *Documento e negozio giuridico*. Parma, 1925, y *Uouve riflessione sulle dichiarazioni reproduttive nei nepozzi giuridici*, en Riv. Dir. Proc. civ., 1930.

74. *Documento e negozio giuridico*, en Riv. Dit. proc. civ., 1926. Trab. esp. en Rev. Unv. Autónoma, Méjico.

75. *Der Privatrechtlichen Funktionen der Urkunde*, en Archiv. fur die Civilistische Praxis, III, 1914.

76. *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, en los Anales de la Acd. Matritense del Notariado, Madrid, 1945.

77. NÚÑEZ LAGOS: *Estudios*, op. cit., pág. 24 y sig.

78. ARTURO GALLARDO RUEDA: *Notas doctrinales sobre la responsabilidad precontractual*, en la Revista "Estudios Jurídicos", del Instituto Francisco de Vitoria, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1943, Madrid, pág. 12.

79. GABELLE FAGGELLA: *Dei periodi precontractuali et della loro vera ed essata costruzione scientifica*, en Studi giuridici in onore de Carlo Fadda. Nápoles, 1906, vol. III, pág. 271 y sig.

menos. Puede afirmarse que hay entonces una serie de proposiciones sucesivas, y, por consecuencia, de acuerdos parciales múltiples de simple valor provisional. No hay aún convenciones generadoras de obligaciones, y, menos aún, verdaderos contratos, aunque, en la opinión de SALEILLES, pueden tales acuerdos revestir la significación de pactos de contraendo o de contratos preliminares⁸⁰.

Téngase presente que en ningún momento de toda esta serie de interpretaciones las partes tienden a obligarse. Sus actividades no pasan de ser sondeos preparatorios para llegar, sin compromisos prematuros, a un acuerdo efectivo. Labor, pues, de gestación del contrato, subordinada y condicionada en todo caso y en toda su eficacia a la ulterior perfección del mismo en su totalidad. Así las convenciones parciales respecto a puntos más o menos esenciales pueden ser rectificadas, y aun revocadas, en reuniones y conversaciones ulteriores, sin que en ningún caso tengan valor definitivo.

No hay aquí verdaderas declaraciones de voluntad en sentido técnico; las partes sólo desean elaborar un proyecto de valor eventual.

A dicha primera fase sigue una segunda, que FAGGELLA caracteriza como destinada a la concreción y formulación de la oferta definitiva por una de las partes a la otra en calidad de verdadera proposición formal de contrato. El único dato que permite diferenciarla de la anterior es el de que el fin perseguido consiste en hallar una fórmula que concrete las conversaciones preliminares.

La última fase contiene ya una verdadera declaración de voluntad dinámica, formulada y apta para recoger la adhesión de la otra parte a quien se dirige⁸¹.

Lo artificioso de esta construcción, en que la simple prestación del consentimiento se divide en fases internas y externas, y, dentro de éstas, en subfases superpuestas, cuya finalidad específica ni cuya necesidad parecen claras, inspiró a SALEILLES el reproche de la segunda fase, ésta amenazada de confundirse con la primera—si continúa refiriéndose a la fijación del proyecto de contrato—o con la tercera—si es ya una verdadera emisión de oferta—.

Por nuestra parte, no negamos la originalidad de una construcción que distingue las simples manifestaciones de las auténticas declaraciones de voluntad, y, entre aquéllas y éstas, sitúa efectos jurídicos independientes de ambas y con propia substantividad (expresión de sentimientos, etc.). Pero tampoco negamos que, en definitiva, ese consentimiento, con toda su complicada subdivisión en fases, no es sino el consensus contractual mismo, adelantado cronológicamente. No es que cada una de las fases tenga valor jurídico propio, sino que el consentimiento contractual pleno, propio de la fase final,

80. SALEILLES: *La responsabilité precontractuelle*, en *Revue Trim. Droit civil*, París, 1907, pág. 705 y sig. La totalidad del tema se desarrolla a partir de la pág. 607.

81. VON TUHR: *Trat. de las Oblig.*, I. Madrid, 1934, pág. 135, y las referencias bibliográficas allí citadas.

proyecta su sombra a todos los actos preparatorios, para originar responsabilidades, independientemente de si el contrato llega o no a celebrarse. Aun a trueque de caer en un clasicismo demasiado agrio, no compartimos la posición de quienes se esfuerzan en demostrar la existencia y necesidad de figuras jurídicas "intermedias" en el terreno de la contratación. No es que todo el "comercio jurídico" haya de adaptarse al molde del contrato⁸². es que las doctrinas, incluso más extremas en torno al problema del consentimiento, se niegan a sustituirlo con una mera apariencia, que es a lo que vendría reducido el negocio causal mismo si su substantividad queda remitida y condicionada a la del "de fijación", en la tesis que venimos examinando.

Cosa distinta es lo que significa el negocio solemne otorgado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 1.279 C. c., es decir, la elevación de un documento privado o un simple negocio verbal a escritura pública, porque, en efecto, no estamos aquí ante una arbitraria fraccionamiento del "consensus", sino ante una forma de "cumplimiento" de una obligación de "hacer", anteriormente convenida y que queda satisfecha con la simple actuación del obligado, a diferencia de lo que sucede con las obligaciones de dar o entregar⁸³.

Y problema distinto es también el de los actos o negocios jurídicos donde, por exigencia de la Ley, el requisito de solemnización escrituraria aparece como inherente a la existencia misma del acto, cual sucede con la hipoteca, aunque en tales casos tampoco puede hablarse de un fraccionamiento del consentimiento con trascendencia jurídica, ya que el otorgamiento del documento no es negocio de convalidación de otro anterior, sino el negocio mismo. Lo prueba así no sólo el empleo del verbo "constituir" en el número 1.º del art. 145 de la Ley Hipotecaria, sino también la falta de eficacia de que según el art. 144 del mismo Cuerpo legal están revestidos los "convenios" con que las partes pretendan alterar la eficacia de una obligación hipotecaria anterior.

Se ha intentado, finalmente, construir la naturaleza jurídica de la fe pública insertándola en la doctrina procesal de la prueba y calificándola acertadamente de prueba legal de valor tasado⁸⁴. Pero como también se ha dicho con acierto "la prueba está más cerca de la paz que de la justicia". Reducir la consideración y estudio de la fe pública al de la escritura como medio de prueba es, por de pronto, confundir un problema de naturaleza jurídica con uno de simple eficacia de una de las formas, la documental, en que aquélla plasma. Cosas bien distintas son fe pública y documento, y relación de especie a gé-

82. DUGUIT: *El pragmatismo jurídico*. Madrid, s. f., pág. 88.

83. Sobre la naturaleza de este acto es interesante la sentencia de 18-XI-1944 y la bibliografía siguiente: LIEBMAN, *Proceso de execução*, San Paulo 1946, página 323; y SALVAT, *Tratado de Derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones*, Bs. As., 1946, pág. 78.

También son relevantes las SS. de 21-VI-1932, 28-IV-1934 y 20-IV-1936.

84. COTURE: *Op. cit.*, pág. 61 y sig., y DONÁ: *Elementi di diritto notariale*. Milán, 1933, pág. 62, además de los Tratados habituales en el Derecho procesal civil. Vid. SS. 11-XI-1943, 3-VII-1936, 29-XI-1935, 29-IV-1934 y 6-II-1933.

nero guardan entre ellos. El documento está dotado de fe pública, pero no agota el concepto de ésta, que, como hemos apuntado, es una presunción de veracidad vinculada a multitud de signos; pero como en la vida del Derecho privado, y singularmente patrimonial, priva fundamentalmente el deseo en cada individuo de consolidar su derecho situándolo al margen de toda incertidumbre, los conceptos “derecho subjetivo patrimonial”, especialmente sobre cosas inmuebles, y “título escrito y solemne” suelen confundirse⁸⁵. Ello es inadmisibile:

1.º Porque desde el punto de vista del Derecho material la fase formal en el otorgamiento de los actos y contratos ha sido históricamente superada hace mucho tiempo. La doctrina de nuestros artículos 1.278, 1.280 C. c. no es el resultado de una nota insita en la esencia misma del contrato de transmisión, como lo demuestra el propio 1.279 C. c., sino que responde a necesidad o conveniencias de seguridad para los contratantes y para terceros, en definitiva, que responde a aquella consideración de orden público que situábamos en el centro del concepto fe pública. En frase de PUIG PEÑA, “el puro criterio espiritualista tiene también consecuencias perjudiciales para las necesidades del tráfico; y la contemplación del derecho de terceros, así como la seguridad en general, hicieron ver la necesidad de hacer una sobreestimación de la forma en determinadas circunstancias⁸⁶.”

2.º Confirma aquella regla el carácter excepcional la exigencia de la forma “ad solemnitatem” en determinados actos o negocios jurídico civiles: Donación de inmuebles (art. 663 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 21 de diciembre de 1943, entre las más modernas), censo enfiteútico (art. 1.628 y Res. de 21 de julio de 1920 y S. de 4 de marzo de 1924), constitución de hipoteca (artículo 1.875 y SS. de 22 de junio de 1931, 17 de octubre de 1932 y Res. de 9 de agosto de 1943), capitulaciones matrimoniales (art. 1.321 y Res. de 20 de diciembre de 1899 y S. de 10 de junio de 1912), repudiación de la herencia (art. 1.008. S. de 20 de noviembre de 1915 y Res. de 26 de diciembre de 1930)⁸⁷, renuncia a los gananciales (artículo 1.394, Res. de 9 de febrero de 1917, 8 de agosto de 1918, 13 de noviembre de 1926 y S. de 25 de noviembre de 1925) y otros.

3.º Porque la escritura como requisito esencial para la existencia del contrato tampoco es tradicional en nuestra historia jurídica, y lo prueba no sólo la conocida Ley 1.ª, Tit. 1.º, Libro 10 de la Novísima Recopilación, sino también porque—como dicen GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, comentando el precepto contenido en ella—“no obsta, al contrato u obligación, la falta de escribano público o de estipulación solem-

85. DEL VECCHIO: *L'homo juridicus e l'insufficienza del Diritto come regola della vita*. Roma, 1936, trad. es. 1943.

86. FEDERICO PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, vol. II. Madrid, 1946, pág. 36.

87. El artículo 1.008 constituye uno de los ejemplos en que se trasluce más claramente en nuestro Código el carácter judicial de la fe pública, de conformidad con los antecedentes históricos a que hemos aludido antes.

ne..."⁸⁸, entendiendo por aquélla derogada la Ley, Tit. 2.º de la Partida V, que prohibía la simple promesa como solemnidad contractual.

Por otra parte, el propio Código alfoncino recoge la doctrina romana de la no tradición instrumental al declarar en las Leyes 47, Tit. 28, y 6.ª, 7.ª y 8.ª del Tit. 30 de la Partida III, que por el solo contrato u obligación no se transfiere el dominio de la cosa, a no mediar entrega de ésta, verdadera o fingida.

Los mismos GARCÍA GOYENA y AGUIRRE, comentando el concepto que del escribano puede obtenerse en nuestro Derecho anterior al Código⁸⁹, lo califican de "testigo público en los pleitos, funcionario nombrado para llevar y conservar esas especies de actas generales de todo aquello que a los individuos particulares conviene hacer constar para siempre, con la mayor autenticidad y solemnidad posibles". Por donde se infiere la escasa trascendencia pública que se otorga a los documentos así solemnizados.

Esta confusión entre "derecho" y "título" no puede, sin embargo, tener trascendencia fuera del círculo de las gentes que, incapaces de concebir abstracciones, necesitan ver materialmente plasmadas en un documento representativo las facultades dominicales o de otra índole que les están conferidas por el Ordenamiento.

Lo que ya parece intolerable es que esta misma tendencia se haya llevado a nuestras leyes inmobiliarias, ininterrumpidamente desde la primitiva de 1861, en que el título se ha elevado a la categoría de exigencia del sistema⁹⁰, creando así una tremenda serie de falsas ideas. Anotemos, entre ellas:

A) La antinomia que se instituye entre un Código civil de tipo espiritualista en materia contractual (art. 1.255 con 1.278, entre otros) y una Ley inmobiliaria apegada a un parcial formalismo (art. 3.º) y sin que valga contra esta afirmación la tesis de lo cronológicamente anterior de la Ley Hipotecaria, porque, reformada ésta, ha se mantenido con todo rigor el principio en 1869 y 1909⁹¹ y posteriores.

B) La confusión entre los principios registrales de legalidad y publicidad con el procesal de escritura. En efecto, el primero debe ser centrado en que, como dice un pasaje de la Exposición, "no deba recibir el sello de un archivo público más que lo que no deje lugar a

88. FLORENCIO GARCÍA GOYENA y JOAQUÍN AGUIRRE: *Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*, Madrid, 1841, tomo III, pág. 112.

89. Op. cit., tomo VI, 1842, pág. 80.

90. La Comisión redactora de la Exposición de Motivos parte de la idea de que admitir a su inscripción documentos no públicos empeoraría la condición de la propiedad inmueble en vez de mejorarla.—Exp. Mot., 1861, "Motivos especiales", epigrafe "Títulos sujetos a inscripción".

91. La Ley de 3 de diciembre de 1869, que autorizaba al Gobierno para llevar a cabo la reforma proyectada, decía, no obstante, en su Exposición que "... además de esto, se faculta a los que carecen de título de dominio inscrito para justificarlo e inscribirlo mediante la instrucción del oportuno expediente... y se establece el modo de dar autenticidad a los documentos privados anteriores a..." Principio espiritualista.

dudas de su legitimidad", porque esta norma más entronca con la función calificadora del acto que con la forma, escrita o no, del derecho que pretende inscribirse; y en cuanto a lo segundo, no puede olvidarse que, como recordábamos al principio de estas notas, el art. 225 de la Ley Hipotecaria vincula la eficacia judicial y extrajudicial de los gravámenes a lo que resulte del Registro y no a lo que aparezca del título, aunque éste haya sido inscrito. Y debe anotarse que este precepto tiene carácter bien alejado de mera fuerza presuntiva que se atribuye a los asientos registrales⁹².

C) La excesiva vinculación de los conceptos derecho subjetivo y título inscribible ha fortalecido la progresión creciente y geométrica la disociación entre el Registro y la realidad⁹³. Realidades de orden práctico que no es posible desconocer, ni siquiera en un trabajo de índole doctrinal, muestran lo difícil que es restablecer el tracto interrumpido en uno de sus eslabones. La reconstrucción solemne y costosa de una titulación adecuada aleja a los interesados del Registro y, en definitiva lo que importa, sume a la propiedad en una zona de claroscuro incompatible con la nitidez que exige la seguridad jurídica general y las orientaciones del crédito territorial. Todas nuestras leyes hipotecarias han reconocido la certeza de éstas aseveraciones e instituido una "titulación supletoria"—expedientes de información posesoria en la Ley de 1861 y de dominio también en la de 1869; y Títulos VI de la Ley y Reglamento de 1946, intitulados abiertamente "De la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica"—y que constituye uno de los más graves atentados contra las bases sobre que se asienta nuestro sistema inmobiliario, en el terreno de los principios puros e independientemente de su necesidad.

En nuestro sentir, ese penoso balance del régimen hipotecario español debe atribuirse en buena parte a aquella misma excesiva vinculación entre el derecho y el título que carece de arraigo en nuestro Derecho civil espiritualista⁹⁴.

Decrece la inscripción con mengua para el crédito territorial, porque entre el derecho y el Registro se interpone la exigencia de una

92. J. GONZÁLEZ: *Estudios de D. Hip. y D. c.*, tomo I, 1948, pág. 380.

93. R. NÚÑEZ LAGOS: *Realidad y Registro*, Madrid, 1945, pág. 2, afirma: "La posesión es la quietra del sistema inmobiliario del Registro..."—RAFAEL CHINCHILLA: *Breves reflexiones sobre el dogma de la inscripción*, en *Rev. Crit. Dro. Inmb.*, agosto 1943, Madrid, pág. 497.

94. La propia Exposición de Motivos de la Ley de 1861 lo reconoce amargamente: "La Comisión (redactora) no podía hacer caso omiso de un hecho demasiado general, por desgracia, en nuestra patria. Es este la falta de títulos que tienen muchos para acreditar la propiedad u otros derechos reales que legítimamente les corresponden. Debido es esto, ya a la subdivisión excesiva del suelo en algunas de nuestras provincias, ya a las guerras civiles y extranjeras que han ensangrentado el territorio español, ya a los incendios y ruinas que en la serie de los siglos han tenido lugar, ya al poco esmero en la conservación de los archivos, ya, por último, a la incuria de los propietarios. Pero cualesquiera que sean las causas, no puede desconocerse que esta falta de titulación hace disminuir mucho a la propiedad.

titulación formalística en contradicción con las necesidades prácticas, con nuestro Derecho civil tradicional y con la finalidad misma de la institución hipotecaria.

Sin duda es necesaria la titulación solemnizada cuando los derechos que contiene se deriven de actos judiciales o administrativos, porque las leyes substantivas y procesales imponen que las declaraciones o reconocimientos de derechos y obligaciones en vía judicial plasmen en oportuna y “documentada” resolución, porque lo exige el carácter contradictorio del procedimiento contencioso en que se dictó—o su expedición es el fin propuesto en la mayoría de los de jurisdicción voluntaria—, porque lo exige la “maiestas” del Tribunal o del Gobierno o sus agentes que las dictan. Pero no aparece la misma necesidad en los derechos inscribibles derivados de actos otorgados entre particulares o personas jurídicas actuando con carácter privado, porque si, en definitiva, el derecho nace de un negocio jurídico válido y delineado con la necesaria claridad en simple escrito hecho por las partes, si al acceso a los libros inmobiliarios ha de preceder la calificación y si, finalmente, lo que ha de hacer fe en cuanto al historial jurídico de la finca ha de ser el Registro, por ninguna parte se justifica la interposición de unas solemnidades que son innecesarias al negocio mismo—como no sea para dotarle de la estructuración externa y gráfica que deriva de la intervención de un profesional del Derecho⁹⁵—y sólo artificialmente son importantes desde el punto de vista registral⁹⁶.

Como reconoce don JERÓNIMO GONZÁLEZ, en nuestra historia jurídica nunca el otorgamiento del título sustituyó a la entrega material de los inmuebles trasmitidos, e incluso se hace preciso reconocer que, pese a la influencia francesa del desgraciado siglo XIX, la “*traditio Chartae*” es obviada por los españoles a través del “*constitutum possessorium*”. Y esta tradición explica cómo el Código vuelve a la distinción entre el negocio obligacional y el de disposición en el artículo 609, y cómo nuestras leyes hipotecarias propenden, sin llegar a la meta hasta ahora, a atribuir a la inscripción el papel que en la venta de cosas muebles corresponde a la tradición. Por eso se lamenta GONZÁLEZ de que falta en nuestras disposiciones inmobiliarias una declaración en que se dijera:

95. CASTÁN: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1946, pág. 49 y sig.

96. Aun hoy en pleno sistema rigurosamente formalista hipotecario pueden señalarse numerosos documentos que, no obstante su carácter privado, tienen acceso al Registro. Entre otros, el derecho hereditario en abstracto cuando la inscripción fuese solicitada por legitimarios o personas que tengan derecho a proponer el juicio de testamentaria, anotación preventiva de los legados por convenio entre las partes, anotaciones de créditos refaccionarios, adjudicaciones para pago de deudas, la cancelación de anotaciones practicadas en virtud de solitud, la prórroga de la anotación por falta de previa inscripción, la distribución de responsabilidad hipotecaria entre varias fincas la sanción de determinados defectos subsanables; y en la Ley anterior, para cancelar hipotecas constituidas en garantía de títulos transmisibles por endoso, y para convertir en inscripciones de dominio las de simple posesión.

“La propiedad de los inmuebles se adquiere mediante la inscripción”⁹⁷.

Con ello se aclararían determinadas frases hoy oscuras, aun de la Exposición de Motivos⁹⁸, cuanto más contando con la tradición germánica que paladinamente se refleja en la Ley del Reino de Sajonia de 6 de noviembre de 1843 y con la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo, que se inclina a estimar consumada la venta cuando la finca aparece inscrita, concediendo al comprador una acción reivindicatoria frente al tercer poseedor⁹⁹.

Por lo que a nuestro trabajo de hoy interesa, baste con destacar—sin adentrarnos en problemas con substantividad por sí mismos para otras notas extensas e independientes—que titulación solemne e inscripción son ambos instrumentos de publicación de relaciones jurídicas, con distinta órbita de actuación. Al modo como la posesión notifica—apariencia con efectos jurídicos—los negocios de trascendencia real operados sobre muebles, la titulación pública cumple la misma función respecto de los negocios obligacionales de trascendencia no real, y la inscripción da a conocer los efectos de los negocios reales sobre inmuebles. Y los tres, posesión, título solemne e inscripción, convergen en la realización de la seguridad jurídica, a través de la fe pública de que por igual gozan en la conciencia de los ciudadanos.

Nos parece, pues, interesante resaltar la significación autónoma de la institución y derecho registrales dentro del ordenamiento privado de nuestro país, poniendo de relieve aquellos ángulos y facetas menos conocidos o más silenciados, mostrar la que para nosotros es absurda timidez de un sistema inmobiliario que sin inscripción constitutiva—ya que no obligatoria—no puede satisfacer sus propias finalidades: aludir a la armónica construcción hipotecaria que podría intentarse partiendo de nuestra Ley, poner de relieve cómo en el espíritu nacional opera aquella idea de la falta de eficacia plena de la inscripción repercutiendo, en definitiva y con su corriente desinscribitoria, en la buena marcha de las relaciones jurídicas, del crédito territorial y, finalmente, que sin forma solemne en las relaciones obligacionales e inscripción “directa” en las reales o de disposición, peligra aquella idea de la fe pública y con ella la seguridad del tráfico con la que subordinada e inmediatamente se coordina.

No se pretenda ver en nuestras páginas ninguna intención pélimica ni peyorativa para la titulación pública que responde a exigencias vinculadas a la misma seguridad jurídica, pero con una esfera de actuación que le es privativa, como la inscripción, juega en una órbita también peculiar.

97. J. GONZÁLEZ: *La tradición de fincas en el instrumento público*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, febrero 1944, pág. 88.

98. Una venta que no se inscribe ni se consume por la tradición no traspasa al comprador el dominio; si se inscribe, ya se lo traspasa respecto de todos; si no se inscribe, aunque tenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes, que hayan cumplido con el requisito de la inscripción.

99. SS. 8-V-1947, 6-XI-1947, 26-II-1942; Res. 10-I-1939.

GONZÁLEZ PALOMINO la ha reconocido así recientemente al huir de la ampulosa definición de la función notarial como una "magistratura de los derechos en la normalidad"¹⁰⁰, para centrar el concepto en la de "dar carácter formal a los documentos que autorice"; las normas jurídicas de competencia de la función notarial son las que "afectan a las relaciones entre particulares" y la naturaleza de esta función es administrativa¹⁰¹. El notario necesita, en el concepto del propio PALOMINO, ser jurista¹⁰²; porque "lo que da rango al Notariado de nuestros días y calidad a su actuación no es principalmente su objetividad de testigo rogado o de afirmador fidedigno de evidencias, sino su actuación como jurista"¹⁰³. Por donde podría venirse al silogismo un tanto desorbitado de que el reconocido prestigio notarial se funda precisamente en las funciones extranotariales del fedatario, en la labor de asesoramiento que desempeña en concurrencia con los abogados y demás profesionales libres del Derecho. Sobre estas ideas ya tendremos ocasión de volver para destacar cómo, sin embargo, un notable jurista como es don JOSÉ GONZÁLEZ PALOMINO centra lo específico de la función notarial en la condición de testigo privilegiado, refiriéndose más su órbita a lo meramente fáctico que al contenido del negocio jurídico. De momento baste con las ideas apuntadas.

CASTÁN, situándose en el otro extremo del doctrinarismo pendular, sitúa la función notarial como insta o inmediatamente situada junto a la jurisdicción voluntaria¹⁰⁴, aunque, dicho sea en honor de la objetividad, reconociendo la escasa consolidación de este concepto, combatido, entre otros, por WACH, CHIOVENDA y GOLDSCHMIDT¹⁰⁵.

Y si, realmente, se piensa en el concepto "iuris dictio"¹⁰⁶ y en el contenido de la hoy llamada jurisdicción voluntaria, habrá que aceptar como conclusión la de que la función notarial no entronca ni con el poder de declaración de derechos convertidos, ni tiene con la jurisdicción otros contactos que los derivados de acoger en su seno los negocios menos típicamente incluidos en ella¹⁰⁷.

100. Art. 1, Regl. Nt. de 1935.

101. GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho Notarial*, Madrid, 1948, página 119.

102. *Idem*, op. cit., pág. 129.

103. *Idem*, op. cit., págs. 124-125.

104. JOSÉ CASTÁN: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1946, pág. 29.

105. CHIOVENDA: *Instituciones*, II, pág. 19 y sig., y MANUEL DE LA PLAZA: *Derecho procesal civil español*, I, Madrid, 1942, pág. 138, citados ambos por CASTÁN.

106. Justamente la función jurisdiccional consiste en "decir el derecho entre particulares", a juicio de WNGER, *Institutionem des römischen Zivilprozessrechts*, 1925, pág. 28. Inútil es advertir que lo notarial presenta aún menos relación con el "ius publice respondendi" con que ha querido emparentarse. Sobre este punto: VISSCHER y NICOLAU, en *Rev. Hist. de Droit*, 1936, págs. 615-634.

107. GUASP (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Madrid, 1943, t I, pág. 269) hace notar que aun cuando no siempre la actividad jurisdiccional tiene por objeto la declaración de derechos, siempre participa de la noción de "proceso" y, consiguientemente, su esencia radica en ser "una función pública

Hay, sin embargo, una nota de procedencia legislativa que, en un examen poco meditado, podría inducir a aproximar la función notarial a la declaración de derechos en la esfera privada. Aludimos a las facultades que se le atribuyen respecto de las llamadas "actas de notoriedad" en los arts. 203 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 y 288 y siguientes de su Reglamento de 1947, y cuyos antecedentes inmediatos más interesantes son la Ley de Reconstrucción de Registros de la Propiedad de 5 de julio de 1938 y el Reglamento notarial de 2 de junio de 1944.

En efecto, el Notario, en virtud de aquellos preceptos, recibe las aseveraciones del interesado, bajo juramento y pena de falsedad en documento público; publica edictos y notificaciones citando a los posibles interesados en el expediente, los cuales comparecen ante aquel funcionario exponiendo y "justificando" sus derechos; y, en definitiva, practica las diligencias y pruebas que considera convenientes, "hayan sido o no propuestas por el requirente", asumiendo funciones que, al menos en lo externo, tienen una trascendencia y una tradición judiciales.

Contra ellas reacciona violentamente la doctrina por entender que desvirtúan la función típicamente notarial. En este sentido, ha dicho un distinguido escritor¹⁰⁸: "el acta de notoriedad es más bien una "instrucción notarial" de un expediente de jurisdicción voluntaria, que requiere, para su eficacia, resolución judicial". En tal situación cabe, efectivamente, preguntarse por qué el propio Juzgado que la ha de aprobar o denegar no la instruye también, como hace con los otros asuntos "inter volentes". O bien "si la instruye un funcionario de la máxima competencia jurídica, ¿por qué no la resuelve también? Sin duda, porque ello implica funciones jurisdiccionales anómalas en el notariado. "Pero precisamente por serlo, concluye LA RICA, lo lógico hubiera sido reducir el acta a sus modestos límites y confiarla por completo al Notariado..."¹⁰⁹.

En esta línea de pensamiento, aclara CASSO que así sucedía en el proyecto sometido a las Cortes, donde no era necesaria la aprobación judicial del acta de notoriedad. La exigencia de este requisito representa una desconfianza "que ha malogrado la eficacia de dichas actas, al alargarse, sin razón alguna, el procedimiento y al encarecer su costo"¹¹⁰.

de examen y actuación de pretensiones", bien distinta de la que caracteriza a la propiamente notarial. PLAZA y PRIETO CASTRO, citados por CASTÁN (op. cit., página 32, nota 1), explican cómo el concepto jurisdiccional acoge impropiedades negocios de la más diversa índole, no todos los cuales pertenecen a la esfera de la función jurisdiccional. Justamente por coincidir aparentemente lo jurisdiccional y lo notarial en este tipo de negocios, es por lo que ha podido intentarse una aproximación de ambos conceptos.

108. RAMÓN DE LA RICA ARENAL: *Comentarios a la Ley de Reforma Hipotecaria*, Madrid, 1945, págs. 233 y 234.

109. LA RICA ARENAL: Op. cit., pág. 234.

110. CASSO ROMERO: *Derecho Hipotecario o del Registro de la Propiedad*, Madrid, 1946, pág. 232.

Por nuestra parte, insistimos modestamente en lo inadecuado de ver en las citadas actas de notoriedad ejercicio de "iuris dictio" o de "imperium". Desorbitado el concepto de aquellos documentos y exagerada su trascendencia, forzosamente se ha de llegar a conclusiones un tanto anómalas en la contemplación de las atribuciones notariales en cuanto a los mismos. Baste recordar lo que son las actas de notoriedad en el vigente Reglamento Notarial¹¹¹.

En este Cuerpo legal, como todas las demás actas, las de notoriedad no acreditan sino hechos con trascendencia jurídica, pero que de ningún modo pueden considerarse el negocio mismo. Por otra parte, en la propia reglamentación hipotecaria actual se pone de relieve la escasa trascendencia judicial de las funciones notariales, porque, según la regla 8.^a del art. 203, es al Juez a quien corresponde la decisión definitiva de los problemas planteados. Claramente resulta de la regla novena que "si se formulase oposición a la tramitación del acta, el notario, sin incorporar el expediente a su protocolo, lo remitirá al Juzgado competente, el cual, por los trámites establecidos para los incidentes, resolverá, a instancia de parte, lo que proceda". Volvemos, pues, a nuestro punto de partida en que lo característico de la función notarial era contribuir con la solemnización de determinados documentos a la realización de la fe pública, instrumento, a su vez, al servicio de la seguridad jurídica general.

Y esta idea de la seguridad jurídica que, en definitiva, fundamenta y enlaza la función publicadora tipo—la registral en cuanto ella sí que declara derechos—con los instrumentos para su realización (contratos solemnes, signos tendentes a crear una psicología de creencia y una presunción de veracidad) ha de ser el eje en torno al cual se mueven necesariamente nuestras consideraciones.

Pretendemos haber dado cima, con las notas precedentes, a la primera parte de nuestro trabajo. No nos ha inspirado en ella otra mira que la de contribuir, en la modesta medida que nos es permitido, a la clarificación del concepto fe pública, ateniéndonos para ello a los límites ya clásicos de la investigación¹¹², y teniendo bien presente aquella prudente recomendación que el Código alfonciano dedicaba a quien precipitadamente legisla y opina en materias jurídicas: "... que el hacer es muy grave cosa y el desfacer muy ligera"¹¹³.

111. Regl. Not. 2-VI-1944, art.

112. MENÉNDEZ Y PELAYO: "Discurso sobre la educación" en el Congreso de Diputados, 1885: "... siempre que se cumplan las leyes del método, siempre que no se arroje el científico a generalizaciones precipitadas, siempre que no se dé excesivo valor a observaciones incompletas..."

113. Este texto de la Partida I, tít. I, Ley 8.^a, puede ser completado con el de la Par. VII, tít. 34, Ley 37: "... en las cosas que se facen de nuevo debe ser catado en cierto la pro de ellas, antes que se parta de las otras que fueron tenidas antiguamente por buenas y por derechos..."

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Apreciaciones sobre la legislación que regula la rehabilitación de títulos nobiliarios

C. P. y B.

Después de un paréntesis de diecisiete años, cobra de nuevo vida la legislación sobre grandezas y títulos nobiliarios, en virtud de la Ley de 4 de mayo de 1948. Durante ese período, tan interesante y trascendental de nuestra historia, el Derecho nobiliario, en desuso, ha permanecido estático, sin que los Tribunales hayan entendido en cuestiones de esa naturaleza.

Es más, el Derecho nobiliario, de reducido ámbito de aplicación, sin afectar a intereses materiales desde que la Ley de 27 de septiembre-11 de octubre de 1820 prohibió los mayorazgos y vinculación de bienes, a los que generalmente iban unidos las grandezas y títulos de Castilla, no se ha definido con trazos firmes, y se apoya en nuestras antiguas y veneradas leyes, que respondían a la época lejanísima en que se dictaron, recogiendo hechos y circunstancias ya desaparecidos.

En tanto que las demás instituciones de derecho civil se desarrollan y evolucionan a tenor de los tiempos, porque los Tribunales, diariamente, resuelven las contiendas que se les plantean, y en esa lucha de intereses se estudian facetas insospechadas y se crea doctrina que prepara el terreno para la modificación de las leyes; en el nobiliario todavía se invocan la ley 2.^a, tít. 15, Partida 2.^a (1) y la Ley XLV de las de Toro, promulgadas el año 1505, y sólo de tarde en tarde se promueve un litigio, sin más resonancia que la que pueda producir en el círculo reducido de los interesados en él.

Esto hace que tampoco se produzcan obras fundamentales que desentrañen y profundicen tan importante materia jurídica. Nuestro acervo bibliográfico registra solamente la publicada por D. Juan Barriobero y Armas, Barón de Río Tovia, titulada *La Nobleza española; su estado legal*, aparecida en 1902, y otra de que es autor

(1) Las Siete Partidas se redactaron en los años 1251-1258, y se pusieron en vigor por la Ley 1.^a, tít. 28, del Ordenamiento de Alcalá año 1348.

1). Fernando Suárez de Tangil, Conde de Vallengano: *Breve estudio histórico-político y sociológico legal sobre las Grandezas de España y Títulos del Reino*, aparecida en 1914. Ambas sirvieron a los autores para los ejercicios de oposición a ingreso en el Cuerpo de Letrados del Consejo de Estado. La fecha en que se publicaron las hace hoy anticuadas.

Barriobero y Armas, en el prólogo de la suya, dice que eligió el tema porque observó que no existía publicada una recopilación del estado legal de la aristocracia en nuestra nación, cuya falta de entonces se acusa hoy con más apremio, al comenzar este período de la España renovada y tradicional, porque la institución de la Nobleza va a reemprender su gloriosa marcha y necesita conocer de manera clara y terminante las disposiciones que la regulen, disipando nebulosidades proclamadas explícitamente por las vigentes disposiciones legales.

Efectivamente, la exposición del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, sobre concesión y rehabilitación de Grandezas y Títulos, declara paladinamente que “la necesidad, por otra parte, de acomodar las concesiones de esta naturaleza a las exigencias fiscales desde que en 1845 se varió totalmente el régimen tributario, ha hecho que se dicten en diversas épocas *varias y aun contradictorias disposiciones para regular esta interesante materia; pero habiéndose producido en su aplicación dificultades y dudas*, entiende el Ministro que suscribe que es llegado el momento de *recopilar y concordar la legislación presente y de establecer reglas que contribuyan no sólo a la mayor claridad y fijeza de los preceptos legales*, sino también, y muy principalmente, a que las distinciones que se concedan recaigan siempre en personas dignas de ellas”.

No quedó colmado el propósito, porque diez años después se publicó el Real Decreto de 8 de julio de 1922, en cuya exposición se lee: “Proponíase el Ministro que suscribe someter a estudio de las Cortes del Reino, previa la autorización de V. M., un proyecto de ley sobre estas cuestiones...; pero circunstancias bien notorias... aconsejan el aplazamiento de aquel designio”, que quedó reducido al Decreto que se refiere a la rehabilitación de Títulos y Grandezas del Reino.

Tampoco fué afortunada esta disposición legal, porque no disipa dudas ni da claridad y fijeza a los preceptos que rigen en la materia, a causa, entre otros muchos motivos, de dejar sin aclarar el verdadero alcance del artículo 13 de la citada Ley desvinculadora de 27 de septiembre-11 de octubre de 1820, que dice: “Los Títulos, prerrogativas de honor, y cualesquiera otras preeminencias de esta clase *que los poseedores actuales de vinculaciones disfruten como anejas a ellas subsistirán en el mismo pie y seguirán en el orden de sucesión prescrito en las concesiones, escrituras de fundación u otros documentos de su procedencia*. Lo propio se entenderá por ahora con respecto a los derechos para presentar para piezas eclesiásticas o para otros des-

tinios, hasta que se determine otra cosa. Pero si los poseedores actuales disfrutasen dos o más Grandezas, o Títulos de Castilla, y tuvieren más de un hijo, podrán distribuir entre éstos las expresadas dignidades, reservando la principal para el sucesor inmediato.”

La lectura del transcrito precepto sugiere la duda de si la excepción desvinculadora se refiere tan sólo a los Títulos y Grandezas anejos a los bienes amayorazgados, o si comprende también a las dignidades que subsistan independientes de cualquier vinculación. Asimismo, la facultad del padre de distribuir los Títulos y Grandezas entre sus hijos, cuando tenga varios, quiebra por completo la doctrina de la posesión civilísima y del mejor derecho.

De todos modos, ese artículo abre un ventanal con vistas a un dilatado panorama legal retrospectivo, contribuyendo a ello la redacción del artículo 1.976 del Código civil al expresar que “quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común *en todas las materias que son objeto de este Código*, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su conjunto de leyes directamente obligatorias como en el derecho supletorio”, lo que no evita el tener que acudir a las fuentes legales de nuestro Derecho civil y, en mayor o menor escala, a los Códigos anteriores para conocer, por la jurisprudencia, cuáles son los preceptos que subsisten, por no ser *materia* comprendida en el Código.

Lo cual nos obliga a adentrarnos en la intrincada legislación sobre Mayorazgos, institución que queda viva en materia de sucesiones de dignidades nobiliarias, teniendo que resucitar frases y conceptos que se remontan, muchas de ellas, al siglo XIII, respondiendo a ideas, condiciones de vida y de organización social que actualmente han sido superadas.

Sánchez Román (1) recoge la manifestación de un jurisperito de haber visto un manuscrito que hace remontar el origen de los Mayorazgos a fines del siglo X, que se practicaban ya a mediados del siglo XIV y se regularon en las Leyes de Toro. Otro autor ve su origen en la cláusula del testamento del Rey Enrique II (1369-1379), que dice: “Que los bienes que comprenden las donaciones hechas por él como premio de señalados servicios, los gocen las personas agraciadas a manera de mayorazgo, sucediendo en ellos el hijo mayor, si tuvieren descendencia; o que, muriendo sin hijos legítimos, volvieren a la Corona.” D. Gaspar de Criales, en su Carta del año 1646, prueba que en su tiempo los mayorazgos particulares más antiguos no pasaban de trescientos años de antigüedad y manifiesta cuán perjudicial ha sido tal establecimiento al Estado, a la labranza y a la población.

Molina, en su renombrada obra de *Hisp. Primogen.*, libro I, capítulo I, número 22, define el Mayorazgo como *el derecho de suceder en los bienes, que se dejan, con la condición de perpetuarse en la fa-*

(1) *Derecho civil*, tomo 6.º, volumen 2.º

milia, de modo que pase a cada primogénito por razón de sucesión.

El maestro Antonio Gómez, en sus célebres comentarios a las 83 Leyes de Toro, dice que *Mayorazgo, en general, es cierta dignidad y prerrogativa de suceder que tiene el primogénito entre sus cognados. Esta sucesión prelativa proviene de derecho divino, del de gentes y del positivo: del primero, en cuanto por él estaba establecida en el mayor de los hermanos la preeminencia en muchos particulares, como en el de ofrecer los sacrificios, tomar la bendición del padre al tiempo de su muerte, estar siempre a su diestra y otros infinitos; del segundo, porque de él trae su origen la herencia y sucesión; y del tercero, respecto a permitirse por él que cualquiera pueda gravar sus bienes con su restitución a ésta o esotra persona.*

Los tratadistas Jordán de Asso y Manuel Rodríguez (1) dicen que la pauta de los mayorazgos hay que buscarla en la antigua sucesión del Reino antes de alterarse por el Auto V, tit. VII, lib. V Rec., o sea la contenida en la ley 2.^a, tit XV, part 2.^a, en las palabras: *los sabios, e entendidos... tovieron por derecho, que el señorío del Reyno no lo oviese sino el fijo mayor después de la muerte de su padre... E por escusar muchos males, que acaecieron, e podrían aún ser fechos, pusieron que el señorío del Reyno heredasen siempre aquellos, que viniesen por línea derecha. E por ende establecieron, que si el fijo varón y non oviese, la fija mayor heredase el Reyno. E aún mandaron, que si el fijo mayor muriese antes que heredase, si dejase fijo, o fija, que oviese de su mujer legitima, que aquél, o aquélla lo oviese, e non otro ninguno; pero si todos éstos falleciesen debe heredar el Reyno el más propinco pariente, seyendo home para ello, non haviedo fecho cosa por que lo debiese perder.*

Es evidente la alta razón política de la precitada Ley de Partida, que trata de asegurar la sucesión pacífica a la Corona, para evitar turbulencias y guerras civiles. Por eso comienza la Ley: "Mayoría en nacer primero, es muy gran señal de amor, que muestra Dios a los hijos de los Reyes, aquellos que él la da, entre los otros sus hermanos que nascen después del. Ca aquel a quien esta honra quiere facer, bien da a entender que lo adelanta, e lo pone sobre los otros, porque le deven obedescer, e guardar, así como a padre, e a señor." Y dice también: "Otro sí, según antigua costumbre, como quier que los padres. comunalmente, habian piedad de los otros fijos, non quisieron que el mayor lo oviese todo, mas que cada uno de ellos oviese parte". Terminando: "Ende todas estas cosas es el Pueblo tenuto de guardar: ca de otra guisa, non podría el Rey ser cumplidamente guardado, si ellos así non guardasen el Reyno. E porende, cualquier que contra esto ficiese, haría traición conocida, e deve aver tal pena, como de suso es dicha, de aquellos que desconoceri Señorío al Rey."

Ese orden de suceder se vió extendido a los Mayorazgos y regu-

(1) *Instituciones de Derecho civil de Castilla*. 4.^a edición, Madrid. 1786.

lado en la Ley XI. de Toro, con la variante de “salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó, y ordenó el mayorazgo, que en tal caso, mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó”.

De donde nacieron el *Mayorazgo regular*, para el que eran llamadas las personas por el mismo orden de sucesión a la Corona; y el *Mayorazgo irregular*, atendido a la sucesión que imponía el fundador, tan variada como se lo dictase su capricho.

La Ley XLV de Toro introduce una novedad al disponer: “Mandamos que las cosas que son de Mayorazgo, agora sean villas, o fortalezas, o de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo, *luego sin otro acto de reprehensión de posesión, se trasfase la posesión civil, y natural en el siguiente grado que según la disposición del mayorazgo debiere suceder en él, aunque haya otro tomado posesión de ellas en vida del tenedor del mayorazgo, o el muerto, o el dicho tenedor le haya dado posesión dellas*”, dando origen a la doctrina de la *posesión civilísima*, que perdura en los tiempos actuales, y se invoca, se maneja y se aplica en el derecho nobiliario.

Prepondera en toda esta legislación el objetivo económico. Son los bienes materiales los que se vinculan, a fin de que no se dispersen y se mantengan unidos en el hijo mayor, o en quien quiso el fundador del Mayorazgo, encaminándose la medida a procurar el lustre y la mejor posición del que represente la familia. Las dignidades nobiliarias las adicionan a las vinculaciones los que lo desean, lo que no debía ser unánime por cuanto Carlos IV, por resolución de 12 de diciembre de 1803 y Cédula de 29 de abril de 1804, que forman la Ley XXV del lib. VI, tit. I de la Nov. Recop., tiene que decir: “He tenido a bien mandar que se tengan por vinculadas todas las gracias y mercedes de Titulos de Castilla que se concedan en lo sucesivo, *siempre que no manifieste yo expresamente en las tales gracias y mercedes o posteriores Reales Ordenes ser otra mi voluntad*; pero quiero que no por esto se entiendan libres los ya concedidos, sino que se estime su naturaleza según el fin de la concesión, *o permiso para su venta o enagenación que después de dichas mercedes hubiese yo concedido.*”

Los Mayorazgos o vinculaciones de bienes unidos a los Titulos nobiliarios respondían al principio a una necesidad de la época, que claramente recuerda la exposición del Real Decreto-Ley de 28 de diciembre de 1846, que suprimió el servicio de lanzas. “Eran las lanzas en su creación—dice—un servicio militar de carácter feudal, que sólo debían satisfacer los que con dicha carga recibían de la Corona tierras o acostamientos sobre las rentas del Patrimonio Real, confundido a la sazón con el del Estado; constituíanle cierto número de hombres armados que tenían la obligación los agraciados de llevar a la guerra cuando eran convocados por el Rey; este número estaba en cierta proporción con las tierras y acostamientos recibidos, y aun

se estimaba el producto de los mismos en maravedis, a fin de regular la cantidad de lanzas suministrable.”

Extendido el sistema de las vinculaciones hasta acusar perjuicios, nuestros Reyes comenzaron a dictar providencias dirigidas a restringir la facilidad y libertad con que se constituían los Mayorazgos, y a esta clase responden el Real Decreto de 14 de abril de 1789, que es la Ley 12, tit. XVII, lib. X Nov. Recop.; el Real Decreto de 21 de agosto de 1795, ó ley 14 de dicho título y libro, llegándose así hasta el precitado Decreto de las Cortes de 27 de septiembre de 1820, sancionado como Ley el 12 de octubre siguiente, que curó de raíz el mal que causaba la institución.

El catedrático Del Viso (1), recogiendo de manera sucinta opiniones, dice: “Es doctrina común entre los publicistas que la vinculación de bienes, ora en una familia, ora en un establecimiento o corporación, es un mal muy grave para el Estado, fundándose en que la vinculación saca la propiedad territorial del comercio o circulación, la encadena a la perpetua posesión de ciertos cuerpos y familias, con exclusión absoluta de todos los que no sean del número de sus individuos, y en alguna manera la extingue y anonada, privándola de aquella especie de vida que adquiere cuando pasa libremente de mano en mano sin ningún género de traba.” Añadiendo: “No nos detendremos en referir uno por uno los perjuicios que se causaban con esta institución, principalmente desde fines del siglo xv, en el que, como en irrupción, corrieron a sepultar sus bienes en un abismo todas las familias que podían reunir una mediana fortuna; baste decir que ella quitaba para siempre a la propiedad sus dotes más preciosas, que son la comunicabilidad y transmisibilidad, y a fuerza de los sacrificios de los más sagrados afectos, se beneficiaba en cada generación a un individuo de la familia, dejando reducidos a la pobreza a todos los demás que la forman.”

Por la reacción política del año 1823, quedó brevemente en suspenso el Decreto de 1820, que se restableció definitivamente por otro de 30 de agosto de 1836, aboliendo para siempre el régimen de vinculaciones y la copiosísima legislación a que dió lugar en el transcurso de los siglos. Ahora, despojada de todo lo que ella tiene de material, ya que principalmente a los bienes se refería, continúa en vigor en el orden que podríamos llamar espiritual, puesto que únicamente afecta al Derecho nobiliario. La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1925 declara “que la legislación aplicable para resolver el presente recurso (de sucesión a un título nobiliario) está contenida en la ley 2.ª, tit. XV, part. 2.ª; Ley XL de Toro, que se incluyó en la 5.ª, tit. XVII, lib. X Nov. Recop.; ley 1.ª, tit. XXVIII de la part. 2.ª; ley 8.ª, tit. XXVII de la part. 4.ª; leyes 1.ª y 2.ª de la part. 7.ª; Ley XLIV de Toro, y 4.ª, tit. XVII, lib. X Nov. Recop., y

(1) *Lecciones elementales de Derecho civil*, Valencia, 1868.

los artículos 54 y 60 de la Constitución de la Monarquía, y el Real Decreto de 27 de mayo de 1912 en su artículo 4.º y toda la doctrina sobre Mayorazgos regulares como supletoria de la nobiliaria”.

Está, pues, bien claro que, como consecuencia de los términos en que está redactado el artículo 1.976 del Código civil y de lo que declara la jurisprudencia, están vigentes nuestros antiguos Códigos en materia de *sucesión en Títulos nobiliarios*.

Por eso el artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948 dispone que “el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el Título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia”. precepto que coincide con el artículo 4.º del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, sin otra variante que la de referirse al orden tradicional de suceder, en vez de “a lo establecido para la sucesión de la Corona”.

¿Qué se entenderá por *sucesión* en las dignidades nobiliarias? Exactamente nos lo dice el artículo 6.º del mencionado Real Decreto de 1912: “Ocurrida la vacante de una de estas mercedes, el que se considere como inmediato sucesor podrá solicitarla del Ministerio de Gracia y Justicia en el término de un año. Si nadie lo hiciese en tal concepto, se concede otro plazo, también de un año, para que lo verifique en orden de preferencia; y si tampoco en ese tiempo hubiera ninguna solicitud, se abrirá un nuevo término de otro año, durante el cual pueda reclamar cualquiera que se considere *con derecho a la sucesión*. Todas las solicitudes se anunciarán en la *Gaceta de Madrid* y en los *Boletines Oficiales* de las provincias en que hubiese ocurrido el fallecimiento del último poseedor y en que resida el solicitante. Si dentro de cualquiera de los plazos se presentase más de un aspirante, se pondrá de manifiesto el expediente a cada uno de ellos, por término de quince días, para que aleguen lo que estimen conveniente a su derecho o desistan de él, y el Ministro, previa consulta a la Diputación permanente de la Grandeza y a la Comisión del Consejo de Estado, resolverá, adjudicando la vacante al que, a su juicio, ostente mejor derecho, sin perjuicio de que los Tribunales de Justicia pudieran decidir, si se somete a ellos el asunto por cualquiera de las partes interesadas.”

Sólo los que aspiren a la vacante, y la soliciten dentro de uno de los tres plazos marcados al efecto, se entiende que *suceden* en la dignidad nobiliaria, con estricta sujeción al mejor derecho genealógico, de acuerdo con nuestras antiguas leyes aludidas y lo dispuesto en la Real concesión.

* * *

En donde surgen las dudas, las dificultades de aplicación y la falta de claridad y fijeza de los preceptos legales, que lamentaba, en su preámbulo, el repetido Real Decreto de 1912, es en materia de *rehabilitación* de Grandezas y Títulos nobiliarios.

Parte el mal de no haberse valorado en toda su extensión los artículos 8.º y 9.º del Real Decreto-Ley de 28 de diciembre de 1846, ratificado por la Ley de 5 de diciembre de 1899, y no haberse llevado su espíritu y su letra a las disposiciones subsiguientes.

Dice el artículo 8.º: “Se *concede* la facultad de *renunciar* las grandezas y títulos; pero quedarán sin suprimirse durante dos sucesiones directas o transversales, por si los *quisieran* admitir sus herederos legítimos, en cuyo defecto tendrá lugar la supresión de la grandeza o título, *sin derecho a restablecerlo*.”

Preceptúa el artículo 9.º: “Todo *sucesor* de grandeza o título que a los seis meses de haberlo heredado estuviese sin pagar el derecho establecido por este impuesto especial, y sin sacar la correspondiente carta de confirmación, *se entiende que ha renunciado* por sí a su derecho a la grandeza o título, quedando, por consiguiente, sujeto éste, para los efectos de su supresión, a lo dispuesto en el artículo anterior, rigiendo el mismo plazo de seis meses para cada uno de sus dos inmediatos sucesores.”

Consecuentemente, el último párrafo del precitado artículo 6.º del Real Decreto de 1912 preceptúa que, “pasado el último plazo sin que se hubiere presentado ninguna petición, se declarará *caducada* la concesión”; disponiendo el artículo 7.º que, “acordada la caducidad de una merced nobiliaria, se comunicará al Ministerio de Hacienda a los efectos fiscales”.

La Real Orden de 29 de mayo de 1915 insiste en declarar *caducados* todos los títulos y grandezas cuyo último poseedor hubiera fallecido antes del 28 de mayo de 1912, sin haber sido solicitados, o que, habiéndolo sido antes del 28 de mayo de 1914, no hubieran completado los interesados la justificación de su derecho.

En la exposición del Real Decreto de 8 de julio de 1922 se incide: “Admitido allí (en el Decreto de 1846) el principio de caducidad... se conserva el principio de caducidad automática de las dignidades nobiliarias cuando hubiesen transcurrido, desde la muerte del último poseedor, tres años sin haber sido solicitada la sucesión de las mismas.”

Supresión, renuncia, caducidad. A estos vocablos, contenidos en las precitadas disposiciones legales, es forzoso darles todo su significado gramatical y jurídico, y no cabe argüir, como declara la sentencia de 3 de julio de 1924, en oposición a lo que establecen otras, que el Real Decreto de 1846, la Instrucción de 14 de enero de 1847 y la Real Orden de 28 de febrero de 1849 tienen la exclusiva finalidad de procurar mayores ingresos en el Erario, y no modifican las leyes que rigen la sucesión vincular, no impiden la actuación civil del que se considere comprendido en el mejor derecho sucesorio.

Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus (sentencias 12 enero 1884, 11 marzo 1895 y 27 febrero 1909). Y el Decreto-Ley de 1846 no especifica que sus preceptos tengan solamente alcance fiscal, por lo que han de interpretarse con la debida extensión y

rotundidad. Otra cosa sería si en él se precisase una finalidad restringida, como hace, por citar un ejemplo, el artículo 33 de la Ley de Comunicaciones marítimas, al expresar: “Para los efectos de esta Ley se considerará... navegación de cabotaje nacional...”; en contraposición del diferente concepto que al artículo 257 de las vigentes Ordenanzas de Aduanas merece el comercio de cabotaje, *con relación al régimen de Aduanas*.

Siendo así, hemos de partir del principio jurídico de que, vacante un título y no solicitado dentro de los plazos legales por los que se crean con derecho a él, patentizan éstos, por su orden de preferencia en los llamamientos, que hacen renuncia con todas sus consecuencias, dando lugar a la caducidad del título.

La caducidad implica pérdida de derechos y acciones de los que pudieran tenerlos sobre la dignidad suprimida, por extinción de los mismos, al igual que ocurre en las sucesiones cuando no se presenta el heredero.

Esa caducidad sobreviene, a mayor abundamiento, por renuncia a sus derechos de los llamados a la sucesión, renuncia tácita, pero indubitada, de acuerdo con la advertencia contenida en la ley.

No puede admitirse que la falta de comparecencia en los llamamientos signifique tan sólo abstención, sin abdicar del derecho; porque aunque se pretendiera, no prosperaría en los casos en que el transcurso del tiempo ha producido la prescripción de derechos y acciones.

Es cierto que la jurisprudencia ha consignado que la posesión civilísima que la Ley XLV de Toro concede al sucesor inmediato en títulos y grandezas es imprescindible, por lo que “aun transcurrido el plazo que señalan las disposiciones administrativas de orden fiscal”, puede aquél plantear su preferencia ante los tribunales para privar del título a quien la Administración se lo haya concedido; pero, aparte de que la doctrina no es unánime en ese punto, constituiría un absurdo conceder a esa posesión carácter de perpetuidad, *in infinitum*, cuando no lo tuvo ni en la época de mayor auge y generalidad de los mayorazgos, cuando fundamentalmente lo constituían bienes materiales. La posesión civilísima, invocada con énfasis, parece tener sabor de dogma, cuando no es sino una perecedera institución civil, ideada y promulgada el año 1505 por las Cortes de Toro, y revisada por otras Cortes que autorizaron el Decreto-Ley de 1846, y en él la renuncia indubitada de los que tal vez entonces estuvieran asistidos de esa posesión civilísima.

El maestro Antonio Gómez, glosador de las Leyes de Toro, al ocuparse de la XLV dice, entre otras cosas: “Y aunque se puede hacer vinculación sin permiso ni facultad real, no obstante, su intervención es utilísima para muchas cosas...; cuarta, pasar la posesión del mayorazgo *ipso jure* al inmediato sucesor, sin acto alguno de aprehensión; lo cual no sucede con los otros vínculos establecidos sin la circunstancia del Real permiso y facultad. Los bienes de ma-

yorazgo no pueden prescribirse aun por tiempo dilatadísimo, *sino que sea inmemorial*”: agregando: “también finaliza la posesión civil en el caso de que la ausencia del poseedor sea por mucho tiempo, respecto a presumirse olvidado de ella, excepto si hubiere protestado lo contrario, quedando al prudente arbitrio judicial, según las circunstancias de la persona, cosa y lugar, medir la brevedad o diuturnidad de la ausencia para el expresado fin”.

Y los civilistas Jordán de Asso y Manuel Rodríguez, en su citada obra, al referirse a la adquisitiva, dicen: “El tiempo en que se prescriben las cosas está comprendido bajo las dos especies de *prescripción inmemorial* y temporal, probándose la primera con dos testigos de buena fama que depongan haber visto poseer la cosa por espacio de cuarenta años, y que lo oyeron de sus mayores, que nunca vieron ni oyeron cosa en contrario. (Ley 1.^a, tít. VII, lib. V, Recop.)

Por otra parte, aun admitiendo en hipótesis la imprescriptibilidad de la posesión civilísima, se tropezaría en la realidad con un obstáculo, la mayoría de las veces insuperable, para determinar su verdadero titular. No habiendo en cada caso más que una persona investida de ese derecho, sería fácil individualizarla si se tratase de dos o tres generaciones, hijos, nietos o hasta bisnietos, o sobrinos en los mismos grados; pero resultaría empresa poco menos que imposible asignar esa categoría de poseedor civilísimo si hubieran transcurrido ciento, ciento cincuenta, doscientos o más años desde la muerte o vacante del último titular de la merced. Por lo general, los descendientes se multiplican, unas ramas se extinguen, otras son prolíficas, otras pierden la memoria de su ascendencia, imposibilitando todo ello precisar el pariente que ostentaría de modo indubitado la posesión civilísima, por lo que los Tribunales al fallar podrían caer en error de asignar esa cualidad al que no la tuviera.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de mayo de 1909, establece una doctrina, que es útil recordar. Dice que, debido exclusivamente el origen de los títulos y dignidades a la munificencia Real, a diferencia de las vinculaciones emanadas de la voluntad de los fundadores, es manifiesto que, por razón de tan diverso origen, no pueden ser confundidas unas con otras en sus efectos y condiciones, aunque todas para el orden de suceder hayan sido sometidas a idénticas reglas, cabiendo, por lo tanto, racionalmente el supuesto de que, respecto de las primeras, *con intervención del Monarca, como única fuente de las mismas, y para el mantenimiento y lustre de los títulos, se altere o modifique el orden regular y ordinario de la sucesión, sin que por ello se pueda entender vulnerado ningún derecho preferente de los llamados a aquélla*, a diferencia del que hasta la extinción de los mayorazgos regía en relación con la voluntad del fundador, cuyo concepto, derivado de la propia y especial naturaleza de cada una de dichas fundaciones, se encuentra legalmente corroborado, en cuanto a su distinción, por las mismas leyes desvinculadoras que a la par que establecían la extinción de los mayorazgos, mantenían la subsistencia.

de todos los títulos y honores en las mismas condiciones de su concesión; y *en cuanto a la circunstancia de la alteración o modificación de éstas por la pragmática de Carlos IV, o sea la Ley XXV, tit. 1, lib. 1^o de la Nov. Recop.* (que hemos transcrito más arriba), por las leyes desvinculadoras citadas, a tenor de las que, y según el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, se atribuía al padre la facultad, en realidad delegada, de distribuir entre sus hijos los títulos y grandezas, cuando era propietario de varios, sin otra limitación que la de reservar al primogénito el de mayor lustre e importancia, y por el Decreto de 28 de diciembre de 1846, *que aun cuando tenga un carácter fiscal, alcanza su trascendencia a regular el orden y circunstancias de las sucesivas transmisiones de títulos, por lo que es un error notorio fijarse solamente en aquel carácter, empujando todas las consecuencias jurídicas del mismo, como las ha dejado explicadas la jurisprudencia en sentencias de 11 mayo de 1905 y 23 noviembre de 1906.* Y termina declarando, de modo claro y terminante, *que contra esta doctrina no puede invocarse ninguna otra que la contradiga, ya que la teoría de la transferencia de la posesión civil y natural a que se refiere la Ley XLV de Toro en relación a los bienes amayorazgados, es perfectamente incompatible con las que regulan el orden al disfrute de títulos y dignidades, a los que no se refiere.*

Pues bien, para no incidir en el error que condena la precitada sentencia, hay que dar todo su alcance al tan repetido Decreto-Ley de 1846—reiterado por otro de 25 de junio de 1874—y dejar establecido que declarada la supresión de un título, no por capricho de la Administración, sino por indubitada renuncia de los interesados, se extinguen los derechos de quienesquiera que sean, careciendo de acción para comparecer ante los Tribunales (1). En uno de los resultandos de la precitada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1905 se alude a otra dictada por el Juzgado del distrito de la Audiencia de Madrid, el 19 noviembre 1901, que quedó firme y ejecutoria por no haber sido impugnada, declarando el mejor derecho del que se absolvía la demanda, *fundándose en caducidad del derecho de quien no acudió a solicitar la obtención del título dentro de los plazos señalados.*

Es, pues, inconcuso que la *rehabilitación* de un título nobiliario es el medio gracioso que el Jefe del Estado concede para recobrar el derecho a ostentarlo, dentro de ciertas condiciones, marcadas en las

(1) El Consejo de Estado, en un informe de 23 de diciembre de 1902, emitido en el expediente sobre sucesión del Condado de Priego, dictaminó: "Ahora bien, como al anunciarse la vacante de un título *se entiende que caduca el derecho de todos aquellos que dejan de reclamarlo*, parece indudable al Consejo que aquel que entre los peticionarios ocupe un lugar preferente, según la regla de la sucesión, pasa a ser, a los efectos de la concesión del título, un verdadero primogénito y tiene derecho al mismo, del propio modo que lo tendría a un mayorazgo fundado en iguales condiciones si todos los llamados antes que él renunciasen a su derecho."

leyes, claramente expresadas. Es, sin duda, una nueva concesión condicionada.

Barriolero y Armas, en su citada obra (pág. 78), dice a este respecto que "no hay que olvidar que la fuente de nobleza es el Monarca, según las buenas tradiciones aristocráticas, y si para instituir las vinculaciones era preciso solicitar su autorización, una vez extinguida la línea de los llamamientos, para la cual concedió su permiso, es al Rey (actualmente al Jefe del Estado) al que se deberá acudir de nuevo (que es lo que se hace al solicitar la rehabilitación), por si estima que en vez de suprimirse la distinción conviene perpetuarla, modificando o normalizando los llamamientos", agregando que "pueden, en cambio, los que tengan para ello motivo, acudir al Monarca (hoy Jefe del Estado) para que dé nueva vida al Título próximo a desaparecer".

En un interesante folleto aparecido en 1905 (1), que, aunque sin firma del autor, hay que suponer que lo fué el distinguido Letrado don Manuel García Prieto, abogado de una de las partes contendientes en el pleito, opina: "En realidad, lo que se solicita al pedir una rehabilitación, más que el reconocimiento de un derecho, es la concesión de una gracia. Porque para rehabilitar no basta la prueba de parentesco, sino que también es preciso acreditar, entre otras cosas, si los méritos y servicios personales del solicitante le hacen acreedor a la dignidad o merced; y tanta importancia se concede a estos extremos, ajenos por completo a la sucesión vincular, que el propio Real Decreto (de 14 de noviembre de 1885) prevé, taxativamente, el caso de que, presentándose a solicitar la rehabilitación dos o más personas en distintos grados de parentesco con el último poseedor, pueda aquélla concederse al pariente más lejano y no al más próximo; y que acudiendo éste a los Tribunales y llegando al Ministerio de Gracia y Justicia con una ejecutoria a su favor, no se le otorgue, sin embargo, la rehabilitación, por no reunir al parentesco las restantes circunstancias, que discrecionalmente ha de apreciar el Gobierno." "Porque si renacieran los derechos vinculares, el derecho a rehabilitar sería ilimitado, como ilimitado es el derecho a suceder; no se estimaría preciso acreditar un grado de parentesco determinado; justificar rentas ni probar servicios, requisitos todos que huelgan cuando de sucesiones se trata; ni quedaría, como no queda en las sucesiones, al arbitrio ministerial rehabilitar en favor de aquel de los pretendientes que mejor le parezca, o negar la gracia a todos ellos."

Lo cual corrobora la Sala Tercera del Tribunal Supremo al establecer, en su sentencia de 18 de febrero de 1928, "que la Administración pudo apreciar, como apreció, que la rehabilitación no podía en modo alguno concederse, porque el demandante no había demostrado, ni intentado siquiera demostrar, que reúne rentas suficientes

(1) *Títulos de Castilla en entredicho. El Condado de Priego y otros*, Madrid. Imprenta de Ricardo Roja. Campomanes. 8.

para ostentar decorosamente la dignidad a que aspiraba, para lo cual, sin negarle ninguna de las demás condiciones necesarias para que se pudiese acceder a su solicitud, no estimó conveniente hacerlo, y *al proceder así obró discrecionalmente, porque*, según establecen los Reales Decretos de 27 de mayo de 1912 y 8 de julio de 1922, *la rehabilitación de Grandezas y Títulos es puramente graciable, y, por tanto, al negar la resolución impugnada la del título de duque de X no ha lesionado derecho alguno del actor, que ninguno tenía a obtener una merced real, que sólo por la libre voluntad de S. M. siempre, constitucionalmente, con el refrendo de su Gobierno, puede concederse*".

Esta doctrina está confirmada e impera en la legislación vigente, sin que logren enturbiarla algunas disposiciones que, como señalaba el preámbulo del Real Decreto de 27 de mayo de 1912, antes aludido, introducen aparentes "dificultades y dudas", por implicar contradicciones y no concordar con la línea general en materia de rehabilitación de títulos nobiliarios.

En virtud de la Ley de 4 de mayo de 1948 se restablecen, en cuanto no se opongan a ella y a los Decretos que la complementen, las disposiciones vigentes hasta el 14 de abril de 1931 sobre concesión, rehabilitación y transmisión de Grandezas y Títulos del Reino, ejercitando el Jefe del Estado la gracia y prerrogativas a que aquéllas se refieren. De acuerdo con este precepto, cobra vigencia el artículo 8.º del precitado Real Decreto de 1912, que dice: "La *caducidad podrá alzarse a petición de parte legítima* que solicite la rehabilitación de la merced a su favor, y siempre que acredite: 1.º La anterior existencia y *la supresión de la misma*. 2.º Que el solicitante se encuentra dentro de los llamamientos a la sucesión, según el orden establecido, y es pariente consanguíneo del primero y del último poseedor. 3.º Que el peticionario reúne méritos bastantes y rentas suficientes para ostentar decorosamente la dignidad que pretende rehabilitar."

Estos requisitos se desarrollan y reiteran en el Real Decreto de 8 de julio de 1922, en cuya parte expositiva consigna interesante particulares que evidencian hasta la saciedad que las rehabilitaciones constituyen una gracia, con la lógica consecuencia de que, siendo así, nadie puede alegar derechos y acciones frente a lo que el Jefe del Estado resuelva, ni acudir a ningún Tribunal que enmiende o rectifique su decisión, concediendo o negando la merced.

Dice dicho preámbulo: "El año 1858 *se prohibió la rehabilitación de cualquier título de Castilla que se hallase cancelado*; seis años más tarde se templaba ese extremado rigor al decidir que *las caducidades podrían ser alzadas por nuevas y atendibles razones*, a instancia de parte legítima, entendiéndose como tal *quien pudiese alegar algún derecho a suceder en las Grandezas o Títulos de que se tratase*; los Reales Decretos de 1879, 1883, 1884 y 1885 buscaron la garantía del más alto Cuerpo consultivo de la nación, prescribiendo que se oyera su autorizado dictamen antes de resolver los expedientes incoados, a

fin de rehabilitar mercedes nobiliarias, y se inició también un criterio limitativo del parentesco, ya que sólo serían tenidos como parte legítima quienes fuesen descendientes en línea directa del último poseedor, o bien colaterales del mismo hasta el décimo grado inclusive, computado civilmente. Era ésta la frontera hereditaria en derecho privado castellano. Aunque el Código civil vigente limitó al sexto grado el parentesco transverso que habilita para suceder abintestato, no solamente no se transportó al derecho nobiliario esta novedad jurídica, sino que el Real Decreto de 27 de mayo de 1912, hoy vigente, guardó silencio sobre tan interesante extremo, y ni la Diputación de la Grandeza de España, cuya audiencia se hizo entonces preceptiva en estos expedientes, ni el Consejo de Estado creyeron procedente formular observaciones acerca del particular."

En la parte dispositiva se reitera una vez más que la rehabilitación de Grandezas y Títulos es *gracia* que solamente podrá ser *impetrada* por las personas que reúnan las condiciones que en el Decreto se relacionan, estableciendo el artículo 3.º los extremos que habrán de probar, que no difieren fundamentalmente de los señalados en el transcrito artículo 8.º del Real Decreto de 1912.

El artículo 4.º clasifica a los aspirantes en cuatro grupos: a) Descendientes directos, hermanos y descendientes directos de hermanos del último poseedor legal de la merced pretendida; b) Colaterales hasta el cuarto grado civil inclusive del último poseedor legal o descendientes directos del mismo; c) Descendientes directos de cualquiera que se demuestre haber ostentado legalmente dicha dignidad; y d) Consanguíneos del primero o del último poseedor legal cuyo parentesco no quede comprendido en los grupos anteriores.

El artículo 11 precisa de manera clara que "la Administración *apreciará discrecionalmente* los méritos aducidos por el solicitante, y en los casos b) y c) del artículo 4.º *serán tales que excedan del cumplimiento normal de obligaciones propias del cargo, profesión o situación social del pretendiente y no hayan sido motivo de recompensa anterior a la petición que en ellos se apoye*. Cuando el aspirante a rehabilitación se halle comprendido en el caso d), *será, además, preciso que los méritos alegados y probados tengan, a juicio del Consejo de Ministros, carácter extraordinario*, debiendo reseñarse en la *Gaceta de Madrid* al tiempo de publicarse el Real Decreto accediendo a tal rehabilitación".

La Real Orden de 21 de octubre de 1922, dictando reglas para el cumplimiento del anterior Real Decreto, especifica los particulares que han de constar en la instancia solicitando la rehabilitación del Título y las pruebas que ha de aportar el aspirante, estableciendo el artículo 5.º que el Ministerio de Justicia ordenará publicar la petición en el *Boletín Oficial del Estado*, *para que durante los quince días siguientes—actualmente tres meses—puedan oponerse y solicitarla en favor suyo las personas que se consideren con derecho preferente por razones genealógicas*, teniendo unos y otros un año para completar la

prueba de sus alegaciones, al cabo del cual se desestimarán las instancias de quienes no hayan formalizado debidamente la suya, enviándose el expediente a informe de la Diputación permanente de la Grandeza, dictaminando luego la Sección correspondiente y la Subsecretaría de Justicia, requiriéndose después el parecer de la Comisión permanente del Consejo de Estado, siendo potestativo del Ministro la consulta al Pleno para proponer a S. M. (actualmente al Jefe del Estado) la resolución del expediente.

De la recta interpretación de los citados preceptos se deduce, con claridad meridiana:

1.º Que para rehabilitar un título nobiliario se precisa que esté suprimido, incurso en caducidad, y que, por tanto, nadie tenga derecho a solicitarlo, en trámite de sucesión, por haber renunciado a él de una manera indubitada, no acudiendo a los llamamientos que hizo la ley al ocurrir la vacante.

2.º Que la rehabilitación es *acto gracioso del Jefe del Estado*, producto de la *potestad discrecional de la Administración*, que pueda acordarla o no, según las circunstancias de los aspirantes, apreciadas también discrecionalmente.

3.º Que si en los expedientes de rehabilitación tiene importancia suma el parentesco, puesto que es causa eliminatoria si no se prueba, cede después en su valor, o pasa a segundo término, en el momento de resolver el Jefe del Estado; porque en ese instante se tiene principalmente en cuenta lo prescrito en el precitado artículo 11 del Real Decreto de 1922, ó sean los méritos de los pretendientes.

4.º Que desde el momento en que se anuncie en el periódico oficial la solicitud de rehabilitación, abre la Administración un paréntesis en la caducidad del título, convocando generosamente a los que crean tener derecho a pretenderlo durante un plazo de tres meses, que se convierte en un año más para que puedan aportar las pruebas necesarias.

5.º Que los que no utilicen esa acción que les ofrece el procedimiento administrativo, patentizan que vuelven a renunciar a la merced, que, por otra parte, pudieron solicitar en cualquier momento con sólo ser ellos los que provocasen la apertura del expediente de rehabilitación.

6.º Que, consecuentemente, se trata de un asunto de la exclusiva competencia de la Administración, mediante propuesta al Jefe del Estado, porque se dilucida la obtención de una gracia y no la deseminación del mejor derecho genealógico.

Que en la materia prepondere la apreciación de los méritos del aspirante no sólo está taxativamente marcado en la ley vigente, sino que hallamos su antecedente en nuestro derecho tradicional. La Ley XXI, tít. I, lib. VI de la Nov. Recop., que recoge la resolución de 25 de marzo de 1775 de Carlos III, preceptúa que "en las consultas que hiciere la Cámara sobre mercedes de Títulos de Castilla, tendrá presente haber reparado en algunas que los pretendientes fundan

su mérito en su nobleza y alianzas, o en las de sus antepasados, sin probar ni alegar méritos propios ni servicios personales; y que no tengo por conveniente se hagan dignos de tan alta distinción de Títulos de Castilla los que no me hayan servido por sus personas y al público”.

Todas estas apreciaciones, que tienen una ilación lógica y jurídica, están empañadas por otras disposiciones de los propios Decretos citados y de la mencionada Real Orden, las que constituyen una manifiesta antinomia, una declarada contradicción con los restantes preceptos, que no sirven más que para introducir la confusión.

En efecto, el artículo 10 del Real Decreto de 1912 dice que “tanto las concesiones como las rehabilitaciones *se harán siempre sin perjuicio de mejor derecho, el cual habrá de ejecutarse en juicio ordinario, haciéndose en su caso por el Tribunal competente la declaración de preferencia que proceda*”.

Lo cual nos sugiere el comentario de que si la rehabilitación es un acto de gracia, una decisión de la potestad discrecional de la Administración, huelga hablar de mejor derecho, máxime cuando la propia Administración ofrece la oportunidad de oír y atender, si fuera justo, al que se crea merecedor de la merced.

El artículo 12 del Real Decreto de 8 de julio de 1922 insiste en que “toda rehabilitación se entenderá concedida sin perjuicio de tercero de mejor derecho genealógico. Cuando los Tribunales competentes declaren derecho genealógico preferente en favor de persona distinta de la que obtuvo la rehabilitación, el litigante vencedor que desee solicitar de la Corona la efectividad de la sentencia ejecutoria dictada, obteniendo la rehabilitación en su favor, deberá presentar con su instancia un árbol genealógico que exprese el parentesco que tuviere con el vencido en juicio y con la persona de quien derive su derecho, así como la situación genealógica suya respecto al último poseedor legal de la merced anterior al titular de la rehabilitación impugnada judicialmente; también acompañará la prueba de méritos y rentas que proceda según la categoría de la dignidad nobiliaria instada y la situación que al peticionario corresponda, según lo prescrito en los artículos 4.º y 11 del presente Decreto”.

Y la Real Orden de 21 de octubre de 1922 repite que toda rehabilitación se entenderá concedida sin perjuicio de tercero de mejor derecho, que habrá de ejercitar en juicio civil ordinario de mayor cuantía, haciéndose, en su caso, por el Tribunal la declaración de preferencia que proceda. La segunda parte de dicha Real Orden está dedicada a la “ejecución de las sentencias sobre mejor derecho a dignidades nobiliarias rehabilitadas”, marcando el procedimiento a seguir, que no difiere del practicado cuando se acordó la rehabilitación, sin más diferencia que la de no admitir impugnación administrativa.

Es decir, que la Administración ha de incoar otro expediente para determinar si el vencedor en la jurisdicción civil es o no acreedor a la merced, a pesar de su mejor derecho genealógico, pues de no reunir

los méritos exigidos, se encontrará con que de nada le sirve la ejecutoria judicial. Es más, aun logrando la merced, se le concedería también en precario, con la posibilidad de ser objeto de otra reclamación judicial por quien juzgue poseer mejor derecho genealógico, y así sucesivamente.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 6 de marzo de 1928, declaró la necesidad de que "quede anotado que los Tribunales de Justicia únicamente han de declarar el mejor derecho de las partes litigantes a la merced o título concedido, pues las demás cuestiones son de la *competencia exclusiva del poder moderador, que es el que concede, cambia y rehabilita los Títulos y Grandezas*". Siendo esto cierto, como se desprende de todo lo que dejamos expuesto, así como del espíritu y letra de los textos legales, que a su vez interpretan fielmente la naturaleza jurídica de la rehabilitación de títulos nobiliarios, tomando como base el Decreto-Ley de 1846, ¿no sería más ajustado a derecho dilucidar todas las cuestiones en el expediente administrativo, sin mencionar la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, que, al fin y al cabo, sólo ha de pronunciarse en el detalle del mayor o mejor derecho genealógico, que a la postre sólo juega un papel secundario en el asunto?

La confusión que ello introduce roza, además, con la teoría de la división de poderes, ya que si la rehabilitación de títulos nobiliarios es privativo de la voluntad del Jefe del Estado, que obra por medio del Ministerio de Justicia, en uso de sus omnímodas facultades discrecionales, constituye una incongruencia manifiesta someter sus decisiones al juicio de los Tribunales de Justicia, trámite innecesario, a todas luces, si se tiene en cuenta que la propia Administración, al convocar a los presuntos opositores, les brinda la oportunidad de comparecer en el expediente administrativo.

Por eso creemos que, en prestigio de la dignidad nobiliaria, para dar la necesaria estabilidad a las Reales Cartas de sucesión o de rehabilitación expedidas por el Jefe del Estado, para evitar caer en el mal que señalaba el folleto que fundadamente atribuimos a la docta pluma de D. Manuel García Prieto, *Títulos de Castilla en entredicho*, consideramos que se debe dar todo su valor legal al Decreto-Ley de 1846, respetando sus naturales consecuencias, que no son otras que las de privar de derechos y acciones para poder actuar ante los Tribunales ordinarios a los que de manera tácita e indubitada renunciaron a ellos, bien manifiesta la renuncia por no haber acudido a los llamamientos de la ley cuando vacó el título nobiliario.

En suma, aplicar al asunto el fundamento y trascendencia de la prescripción extintiva, que, según las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1903 y de 25 de mayo de 1915, "va encaminada principalmente a *dar firmeza y certidumbre a la propiedad y a toda clase de derechos emanados de las relaciones sociales y de las condiciones en que se desarrolla la vida, aun cuando éstas no se ajus-*

ten siempre a principios de estricta justicia, que hay que subordinar como mal menor al que resultaría de una inestabilidad indefinida”.

* * *

Hemos dicho al comienzo de este trabajo que desde el 14 de abril de 1931 la aplicación de la legislación nobiliaria ha estado en suspenso. Desde aquella fecha se han producido hondas transformaciones en nuestra vida civil, social y política, habiendo evolucionado el pensamiento nacional en muchos órdenes de materias.

En lo que se refiere al Derecho nobiliario, el alcance del actual punto de vista está perfectamente definido por la autorizadísima voz del señor Ministro de Justicia, D. Raimundo Fernández Cuesta, en su discurso en las Cortes del Reino del día 24 de abril de 1948 al presentar el proyecto de ley sobre restablecimiento de la legislación nobiliaria, al cual pertenece el siguiente párrafo, que inunda de luz meridiana el asunto.

“Pródiga nuestra Cruzada en actos heroicos y servicios excepcionales, que nada ceden a los más famosos que registra nuestra Historia y dignos de parangonarse con ellos, y declarada España constituida en Reino por voto de las Cortes, ratificado por la abrumadora mayoría de los españoles en el referéndum popular, creyó el Gobierno llegado el momento de restablecer la legalidad vigente con anterioridad a 1931 en materia de concesión, transmisión y rehabilitación de Títulos y Grandezas, *salvo aquellas modificaciones conformes con la actual organización del Estado español e impuestos por la soberanía del mismo y por su Poder constituyente, que, como tal, ha de ser ilimitado dentro de la esfera de su competencia, sin trabas en el orden jurídico y sin vinculación a normas legales predeterminadas que nunca se podrán invocar como precedente ni en oposición, so pena de negar esa soberanía del Estado*, y de quien la encarna en cada momento histórico. máxime cuando, como en el actual, está basada en la suprema razón histórica de haber salvado a España tras un duro caminar por tierras regadas por sangre de mártires y sembradas por laureles de triunfos.”

Lo que, en mi opinión, refuerza la posición que sostengo, con mayor motivo si se tiene en cuenta que el artículo 60 de la Constitución de 1876, base inspiradora del criterio que hasta 1931 vino sosteniendo generalmente la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha sido sustituido, porque está vigente la Ley de Sucesión, aprobada por aclamación por las Cortes Españolas el 7 de junio de 1947 y confirmada por el referéndum popular celebrado el 6 de julio siguiente, cuyo artículo 9.º dice textualmente: “Para ejercer la Jefatura del Estado como Rey o Regente se requerirá ser varón y español (para ser Rey exige el artículo 8.º que sea de extirpe regia), haber cumplido la edad de treinta años, profesar la Religión Católica, poseer las cualidades necesarias para el desempeño de su alta misión y jurar las leyes fundamentales.

así como lealtad a los principios que informan el Movimiento Nacional."

Agregando el artículo 11 que, "instaurada la Corona en la persona de un Rey, el orden regular de sucesión será el de primogenitura y representación, con preferencia de la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, del grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, del varón a la hembra, la cual no podrá reinar; pero sí, en su caso, transmitir a sus herederos varones el derecho, y, dentro del mismo sexo, de la persona de más edad a la de menos; todo ello sin perjuicio de las excepciones y requisitos preceptuados en los artículos anteriores".

Buscando, pues, el paralelismo que bajo el imperio de la anterior legislación existió en la jurisprudencia entre el orden de suceder a la Corona y en las dignidades nobiliarias, hay que admitir que la rehabilitación de un Título del Reino, que siempre fué concesión de una gracia al aspirante que reuniera méritos suficientes, cual lo exige, por encima del mejor derecho genealógico, el artículo 11 del precitado Real Decreto de 8 de julio de 1922, ha de tener ahora, siguiendo aquel parangón, el valor legal de una verdadera creación de la merced nobiliaria, renovando los llamamientos a partir del agraciado, "sin trabas en el orden jurídico y sin vinculación a normas legales predeterminadas, que nunca se podrán invocar como precedente ni en oposición", de acuerdo con el espíritu que informa los dos transcritos preceptos de la Ley de Sucesión y el propio artículo 5.º de la Ley de 4 de mayo de 1948 restableciendo las dignidades nobiliarias.

Si es patente, como hemos demostrado en el curso de este trabajo, la antinomia que existe entre determinados contradictorios preceptos de los Decretos y Real Orden que regulan la rehabilitación de Títulos nobiliarios, introduciendo la mayor confusión y la inestabilidad en los agraciados; y si el artículo 1.º de la Ley de 4 de mayo de 1948 ofrece publicar los Decretos complementarios que se precisen para mayor claridad en la materia, sería útil precisar el punto que hemos puesto en evidencia, para que no haya contradicciones y se cumpla el precepto de la Ley de Partida: "Y debe la ley ser manifiesta, que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ella resciba engaño."

Prescripción contra el registro. Síntesis de la doctrina legal

PEDRO SOLS GARCIA

Notario

SUMARIO: *Preámbulo.*—I. *Síntesis del art. 36 de la Ley Hipotecaria.*—II. *Exposición de la doctrina legal.*—A) *Reg.ª general.*—B) *Excepción a favor del adquirente en ciertas circunstancias: 1.º Ignorancia de que la finca o derecho está poseída por otro en concepto de dueño.*—2.º *No haber tenido medios racionales ni motivos suficientes para pensar de otro modo.*—3.º *Que interrumpa esa posesión dentro del primer año a partir de su adquisición.*—C) *Otras excepciones por razón de la naturaleza de los derechos. Cuestiones sueltas.*—III. *Observación crítica.*

La prescripción contra el Registro no es problema frecuente en la vida práctica. Pero sí un punto de fricción entre la doctrina civil sobre adquisición de la propiedad y los efectos del Registro, sobre el que caben posiciones contrapuestas, y cuya solución es materia de indudable interés.

La regulación legal de ello ha venido a ser una transacción entre opiniones distintas, seguramente porque lo bien fundado de los respectivos puntos de vista, las hizo acreedoras al respeto y debió parecer mejor que su rechazamiento la aceptación parcial de las mismas.

Pero los distintos criterios indicados, y ciertas dificultades dimanantes de la redacción material del precepto legal, ha dado lugar a algunas duras críticas y a cierta abundancia de comentarios, y ello no sólo con ocasión de trabajos generales sobre la reciente reforma hipotecaria, sino en conferencias y estudios dedicados especialmente a ello.

El objeto de este trabajo no es consignar ni particular punto de vista en relación con ese problema, sino solamente intentar una exposición lo más sintética posible de la doctrina legal sobre el particular. No cómo pudo ser el fondo, lo que exige una gran autoridad o un enorme trabajo, sino cómo es. Y ello con la mayor claridad y brevedad posibles.

I. Síntesis del artículo 36 de la Ley Hipotecaria

Está regulada esta materia en la nueva Ley Hipotecaria por el artículo 36, cuyo texto completo es:

"Art. 36. Frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al art. 34, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes:

a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.

b) Siempre que no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y ésta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia en la forma prevenida en el apartado a), o en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente.

La prescripción comenzada perjudicará igualmente al titular inscrito, si éste no la interrumpiere en la forma y plazo antes indicados, y sin perjuicio de que pueda también interrumpirla antes de su consumación total.

En cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la consideración de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil.

Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquélla facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo.

La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptibles de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular según el Registro, aunque tenga la condición de tercero".

Sobre este artículo tuve ocasión de publicar un pequeño trabajo (1), en el que intentaba una redacción abreviada. Y es que aunque su lectura da la impresión de una cosa complicada y cuyo fondo es que partiendo de la gran fuerza de la inscripción se detallan los varios casos

(1) *Una redacción abreviada del artículo 36 de la Ley Hipotecaria*, "Revista General de Derecho", junio 1946.

en que la prescripción *contra tábulas* puede llegar a prevalecer, no es así en realidad, sino que se trata de un artículo sencillo, de pocas ideas, y en el que partiéndose de la gran fuerza de la prescripción *contra tábulas* se pueden enumerar los pocos casos en que el Registro puede prevalecer.

Antes de entrar en la exposición de la doctrina voy a repetir aquella síntesis, con algunas diferencias de forma, y alguna de fondo, que la mayor reflexión me ha sugerido.

El fondo del art. 36 es, en síntesis, el siguiente:

“La prescripción, tanto la adquisitiva como la extintiva, del dominio o de los derechos reales, producirá sus efectos, incluso frente a terceros protegidos por la fe pública.

Sin embargo, los terceros, con arreglo al art. 34, que al momento de perfeccionar su adquisición ignorasen que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente, sin haber tenido, por otra parte, medios racionales o motivos suficientes para pensar de otro modo, no serán perjudicados por ninguna prescripción adquisitiva consumada, si dentro del primer año a partir de su adquisición interrumpieren la posesión en forma adecuada. Tratándose de servidumbres negativas o no aparentes, el plazo de un año se contará a partir de algún acto obstativo, o desde el momento en que el dueño llegue a tener medios racionales o motivos suficientes para conocerla.

Tampoco serán perjudicados por la usucapión de un derecho, los constituidos sobre el mismo a título oneroso y de buena fe que no lleven anejo el inmediato disfrute del derecho usucapiado, ni los que llevándolo, no sean incompatibles con la posesión causa de la usucapión” (2).

II. Exposición de la doctrina legal

Distinguiremos: A) Regla general; B) Excepción a favor del adquirente en ciertas circunstancias, y C) Otras excepciones por razón de la naturaleza de los derechos.

(2) La realidad de esta síntesis resulta patente en su idea orientadora si se examina la fórmula ideada por ROCA SASTRE y que seguramente tuvo presente la Comisión redactora en sus deliberaciones: “La prescripción actúa contra el Registro. No obstante, la prescripción consumada no perjudicará al tercero que adquiera en las condiciones del artículo 34, siempre que éste, dentro de los dos años siguientes a su adquisición, no haya procedido judicialmente al efecto de hacer cesar el estado posesorio base de la prescripción adquisitiva o el estado de inactividad base de la prescripción extintiva.” (Vid. *Instituciones de Derecho hipotecario*, edición del año 1947, tomo I, pág. 396.) No lo aludí en mi apunte citado por serme entonces desconocido.

También resulta coincidente el plan expositivo—regla general, excepciones—de este trabajo mío que ahora ve la luz, más viejo de lo que pueda parecer, aunque completado recientemente, con el seguido por dicho comentarista en su última y magistral obra lo que fué y es motivo de satisfacción para mí por la indiscutible autoridad del mismo.

A) *Regla general.*

La regla general es el primer párrafo de la síntesis antes hecha, o sea lo siguiente:

“La prescripción, tanto la adquisitiva como la extintiva, del dominio o de los derechos reales, producirá sus efectos, incluso frente a terceros protegidos por la fe pública.”

Esta regla está tomada de la doctrina que estima debía ser preferente siempre la realidad extrarregistral, doctrina defendida por SANZ y cuyo principal argumento es que mientras al adquirente, según el Registro, no le haya sido hecha tradición de la finca o derecho, y mal puede recibir la posesión siendo el verdadero poseedor otro distinto del transmitente, no adquiere derecho alguno dado lo terminante del art. 609 del Código civil (3).

En la inmensa mayoría de los casos, y por las dificultades que como veremos se dan en las excepciones, todo se reducirá a la aplicación escueta de esta regla general.

B) *Excepción a favor del adquirente en ciertas circunstancias.*

El artículo 36 representa, o al menos parece representar, una transacción entre la doctrina indicada y la de aquellos como VILLARES PICO, que quieren ver en la inscripción en ciertas circunstancias un medio legal de adquirir el dominio frente a cualesquiera derechos extrarregistrales (4); transacción que fué indicada por ROCA SASTRE con anterioridad a la reciente reforma (5). La nueva Ley admite que el tercero del art. 34 venza a la realidad, en caso de usucapión, en determinada hipótesis, cuyos tres requisitos son:

1.º Ignorancia de que la finca o derecho está poseída por otro en concepto de dueño.

2.º No haber tenido motivos suficientes, ni medios racionales, para pensar de otro modo.

(3) *Comentarios a la nueva Ley Hipotecaria*, págs. 282 y sigs. Una serie de argumentos en apoyo de esta doctrina pueden verse en la conferencia de BERGAMO, *La usucapión y el Registro de la Propiedad*, “Anales de la Academia Matritense del Notariado”, año 1945, pág. 287.

(4) “Nosotros afirmamos que la inscripción vino a reemplazar a la tradición en la transmisión del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles desde la vigencia de la Ley Hipotecaria de 1861”: VILLARES PICO, *La posesión y el Registro*, “Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario”, julio-agosto 1947, pág. 436.

(5) “La usucapión es algo extrarregistral, y lo no inscrito debe reputarse inexistente frente a tercero que confía en que el Registro es exacto e íntegro”, decía ROCA refiriéndose a la legalidad entonces existente. “Pero—añadía—hay una situación *de hecho* que si después de la transferencia de la finca o derecho perdura continuando el tercer adquirente en la misma actitud de pasibilidad que el transferente, debe ser justamente tomada en cuenta por el legislador.” Y concluía: “Creemos que debería establecerse un plazo en el cual, si el adquirente no ha obtenido o *instado* la posesión de la finca, cese la protección de la fe pública registral.” *Instituciones de Derecho hipotecario*, 1.ª ed. tomo I, página 259.

3.º Que interrumpa esa posesión dentro del primer año a partir de su adquisición.

Si se dan todos estos requisitos vencerá el adquirente. Si falta alguno, la prescripción del poseedor prevalecerá sobre él.

1.º *Ignorancia de que la finca o derecho está poseída por otro en concepto de dueño.*

Es un requisito más, independiente por completo, de la buena fe. O sea que para que el tercero lo sea a tenor del art. 34 debe haber obrado de buena fe, o sea creyendo que el transmitente era dueño; pero una vez llenado eso caben dos hipótesis: a) que crea que el transmitente está poseyendo en realidad la finca o derecho; o b) que sepa que no es el transmitente sino otra persona quien está en contacto con la finca y actúa como dueño. Las dos hipótesis caben dentro de la buena fe registral: ahora bien, para vencer a un usucapiente es preciso la hipótesis a), y no se le puede vencer si es la b).

¿En qué momento debe darse esa ignorancia? En el momento de inscribir, aunque la literalidad del texto hable de la perfección de la adquisición.

¿A quién corresponde la prueba? Al poseedor que acuse de “conocimiento...” es a quien corresponde la prueba de ese conocimiento, y ello por la presunción de buena fe en el más amplio sentido que es norma general de nuestra legislación.

Lo ya expresado de que la ignorancia de que habla el art. 36, es cosa distinta de la buena fe del art. 34, está patentizado además por el mismo texto del art. 36, ya que refiriéndose siempre a terceros protegidos por el art. 34, y necesitados, por lo tanto, de buena fe registral, añade como un requisito especial el desconocimiento de la posesión de hecho y a título de dueño por otro.

En cuanto a que la ignorancia debe darse precisamente al momento de la inscripción, sobre lo que sólo se ha hecho una mera afirmación, lo explica SANZ, porque si no habrá mala fe. No parece acertada esta explicación porque, como hemos dicho, esta ignorancia o no ignorancia nada tiene que ver con la buena fe. Quizá, creo yo, la verdadera razón está en la armonía que así resulta en el artículo como transacción, que sabemos es entre dos criterios opuestos: ¿que al inscribir conoce el adquirente la posesión de otro? Seguirá prevaleciendo la realidad extrarregistral, y se habrá dado satisfacción a una de ellas: ¿que al inscribir desconoce esa posesión de otro? Vencerá el Registro, dándose con ello satisfacción a los que quieren ver en la inscripción, en ciertas circunstancias, un medio de adquirir el dominio (6).

(6) Consideran la ignorancia del artículo 36, algo distinto de la buena fe del artículo 34, SANZ (ob. cit.), BERGAMO (conf. cit.), y, al decir de éste, en cierto modo, NÚÑEZ LAGOS (R.), y ROCA (*Instituciones...* edición de 1947, tomo I, pág. 387). VALLET, en cambio parece confundirlo con la buena fe registral en su trabajo sobre *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la*

2.º *No haber tenido motivos suficientes ni medios racionales para pensar de otro modo.*

Además de ser tercero de buena fe y de tratarse de la hipótesis antes expuesta—o sea que ignore que el verdadero poseedor en concepto de dueño es otro distinto del transmitente—, hace falta el requisito expresado de “no haber tenido medios racionales ni motivos suficientes para pensar de otro modo”.

¿Qué quiere expresarse con ello? La letra de la Ley es que vencerá el usucapiente. “Cuando demuestre que el adquirente conoció—no es nuestro caso—, o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente.” Yo creo que lo de *medios racionales* se refiere a modos, procedimientos, medios..., para conocer quién es el que está en contacto con la finca, por ejemplo: si es finca rústica, interrogar a los colindantes o a algún práctico conocedor del término, y si es urbana hacer lo mismo con los habitantes o inquilinos, y *motivos suficientes*, los hechos que patenticen la posesión por otro, como el que las cosechas sean recogidas por otro y como dueño, o que los inquilinos paguen los recibos a otro teniéndole por dueño. Lo uno y lo otro son circunstancias de hecho que deberán ser apreciadas por el Juez.

En cuanto a la prueba, según la regla *onus probandi incumbit ei que affirmat, non ei qui negat* será el poseedor el que deberá probar que había motivos sobrados de conocimiento, y medios lógicos para alcanzarlos, que cualquier adquirente hasta los más descuidados debía haber visto o usado (culpa lata), y a su vez el adquirente dado que se pone en duda su diligencia deberá probar que hizo cuanto era lógico en tal sentido; y el Juez resolverá. Pero tan difícil será probar que *ni siquiera había medios racionales para conocerlo*, que prácticamente siempre vencerá el poseedor, o sea que, como dice SANZ, este requisito “priva de todo valor a las complicadas normas del art. 36” (7). Tanto y tanto se exige al adquirente del art. 36 para que venza al usucapiente, que lo normal será que el usucapiente le venza a él.

3.º *Que interrumpa la posesión dentro del primer año.*

El tercero y último requisito es “interrumpir la posesión dentro del primer año”.

Literalmente la ley dice otra cosa: “No consentir—viene a decir

fe pública, “Rev. de Derecho privado”, diciembre 1947, págs. 946 y sigs. y 957 y sigs.

En lo del momento de la ignorancia, también SANZ y BERGAMO estiman que debe ser el de la inscripción. VALLET cree que el del título con fuerza de tradición (ob. cit.), ROCA opina lo último, o sea, el momento de la tradición (obra citada, pág. 389).

(7) *Comentarios...*, pág. 293.

la Ley—tal posesión expresa o tácitamente durante todo el año siguiente a la adquisición”. Pero el *consentimiento tácito* no es, prácticamente, otra cosa que la abstención de todo acto de interrupción, ya que es absurdo que transcurrido un año con silencio por parte del adquirente pueda hablarse de que “ni supo ni pudo saber, ni ha sabido durante ese año y, por lo tanto, nada ha consentido tácitamente”. Que es posible, indudable. Pero, como dice ROCA, no lo prevé el legislador y de acuerdo con ciertas palabras de la Exposición de Motivos y con la lógica, el no ejercicio de la acción judicial durante el plazo de un año desde la adquisición, implica un consentimiento tácito (8). O sea, en conclusión, lo que se le exige es “que no consienta expresamente ni tampoco consienta tácitamente, durante el primer año”, pero ello vale tanto como exigirle “que interrumpa la posesión durante el primer año”.

¿Cómo deberá interrumpirse? Los comentaristas admiten el juicio ordinario al efecto pretendido, y el procedimiento de ejecución del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, y rechaza los interdictos. Algunos —SANZ (9), BERGAMO (10)—, formulan dudas sobre la acción reivindicatoria por entender que el adquirente registral no es dueño: a ROCA en cambio le parece el medio más aceptable, aunque tal vez en el fondo su pensamiento es idéntico, y aún añade el desahucio por precario (11).

¿En qué plazo? En el de un año a contar, según lo antes dicho, de la inscripción. Sin embargo, hay una excepción, consistente en que si se trata de servidumbres negativas o no aparentes, el plazo se deberá contar desde que hubo acto obstativo a la libertad del predio, en el cual caso queda patente la servidumbre y su conocimiento por el adquirente, o desde que pudo conocer su existencia por darse motivos suficientes o medios racionales para ello.

Es anómala la referencia a las servidumbres no aparentes, por ser éstas de imposible usucapación según los arts. 537 y 539 del Código civil: así SANZ (12); pero ROCA lo defiende por ser ello posible en las legislaciones forales de Aragón, Cataluña y Navarra (13).

C) *Otras excepciones por razón de la naturaleza de los derechos.*

Ha sido examinada la excepción consistente en la adquisición de la finca o derecho en ciertas circunstancias. Pero hay dos excepciones más:

1.ª Adquisición onerosa y de buena fe de derechos sobre otro,

(8) *Instituciones...*, año 1947, tomo I, pág. 391. La cita que hace ROCA de la exposición de motivos es que si el tercer adquirente “deja transcurrir el plazo de un año... sin haber ejercitado la acción adecuada, se produce una positiva accesión posesoria y, de consiguiente, le afectará la prescripción consumada”.

(9) *Instituciones...*, tomo I, pág. 555.

(10) Conf. cit. “Anales...”, 1945, pág. 306.

(11) *Instituciones...*, 1947, tomo I, pág. 392.

(12) *Instituciones...*, tomo I pág. 554.

(13) *Instituciones...*, año 1947, tomo I, pág. 393.

sin facultad de inmediato disfrute de éste. Es el caso de las hipotecas, censos, servidumbres negativas, tanteo, retracto, opción y otros.

2.^a Adquisición onerosa y de buena fe de derechos sobre otro, con facultad de disfrute compatible con la posesión del derecho base. Es el caso del uso, la habitación, las servidumbres positivas y otros.

Literalmente el artículo se refiere a todos los casos de derechos sobre derechos: "Los derechos adquiridos a título oneroso y de buena fe que no lleven aneja la facultad de inmediato disfrute del derecho sobre el cual se hubieren constituido, no se extinguirán por usucapión de éste. Tampoco se extinguirán los que impliquen aquélla facultad cuando el disfrute de los mismos no fuere incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva, o cuando, siéndolo, reúnan sus titulares las circunstancias y procedan en la forma y plazos que determina el párrafo b) de este artículo." Pero es evidente que si en el caso de derecho cuyo disfrute es incompatible con la posesión causa de la prescripción adquisitiva (v. gr. usufructo respecto del dominio, anticresis, y otros) es indispensable para que haya excepción, o sea para que la realidad no venza al libro, que exista desconocimiento, etc., seguido de interrupción, ello equivale a la regla general ya expuesta de supremacía de la prescripción, más la excepción también expuesta de adquisición en ciertas circunstancias (no conocer, ni haber podido conocer, e interrumpir...); y no quedan más excepciones nuevas, que los dos casos expresados.

El fundamento de estas dos excepciones está en la naturaleza de esos derechos. En efecto, el derecho del adquirente es ajeno a la posesión de la finca, y por ello las consecuencias de la desposesión del transmitente no tiene por qué producir efecto alguno en el adquirente: el caso de una hipoteca o censo por doce años, y pérdida del dominio a los diez, en el que evidentemente ello no repercute en el titular de la hipoteca o censo cuyos derechos se desenvuelven ajenos por completo a la posesión de la finca, y que nada puede reclamar, porque en nada resulta afectado, si la finca cambia de dueño.

¿Se refiere este párrafo comentado sólo a derechos constituidos antes de la consumación de la usucapión o también a los constituidos después de consumada? Se refiere a las dos hipótesis, y ello porque el párrafo dedicado a ello abarca tres casos: derechos sin disfrute, derechos con disfrute compatible y derechos con disfrute incompatible; en el último caso, por la referencia que hace, admite la victoria del adquirente sólo si desconoció, no pudo conocer e interrumpió, requisitos que se refieren a las dos hipótesis planteadas, o más exactamente, aun a derechos constituidos después de la usucapión: luego también a las dos hipótesis se refieren los otros dos casos. Es de toda lógica (14).

(14) VALLET cree lo contrario o sea, que este párrafo se refiere sólo a derechos constituidos antes de la usucapión, y afirma además que en los constituidos después de usucapiado el otro derecho debe distinguirse entre sí el cons-

De lo dicho se desprende la posibilidad de que una usucapión ganada quede prácticamente sin efecto por una hipoteca del titular registral a otro que reúna los requisitos del artículo 34 (15). Es evidente, pero así es el texto legal. Y no es ello tan anómalo si se considera que si la hipoteca es anterior al término de la usucapión, el usucapiente adquiere lo que tenía el dueño y como lo tenía, lo que es justo, y el acreedor conserva su derecho inscrito, lo que es completamente normal; y si la hipoteca es posterior, de nada debe quejarse ese usucapiente que desde que usucapió pudo haber instado la rectificación del Registro, con lo que nada habría ocurrido, y si el derecho del acreedor deviene inatacable ello es una aplicación más de la fe pública y resulta también completamente normal.

* * *

No hay más excepciones. Como fácil es de ver, no hay excepción alguna en favor de un adquirente registral respecto de los efectos de la prescripción extintiva. Y es que el artículo es terminante: "La prescripción extintiva de derechos reales sobre cosa ajena, susceptible de posesión o de protección posesoria, perjudicará siempre al titular registral, aunque éste tenga la condición de tercero" (16).

Y ahora vamos a tratar de dos cuestiones referentes al artículo: ¿Tiene alguna especialidad la prescripción que pueda consumarse dentro del primer año? No la tiene. En efecto, las normas aplicables a la *usucapión ya consumada al momento de inscribir* son vencer al adquirente tanto si éste al inscribir conocía esa posesión como si por lo menos la había podido conocer, como si no dándose lo uno ni lo otro la consiente expresamente durante el primer año o la deja correr sin interrupción durante el mismo; y las aplicables a una *usucapión que pueda consumarse dentro del primer año* son vencer al ad-

tituyente es titular del dominio o de la hipoteca, con ciertas conclusiones. No parece fundado su aserto, basado en una interpretación forzada de la letra de la Ley, a diferencia de la normal expuesta; y en cuanto a las conclusiones aludidas se basa en parte en su opinión particular sobre la buena fe exigida por este artículo. *La buena fe, la inscripción, etc.*, "Rev. de Derecho privado", diciembre 1947, pág. 957.

(15) AZPIAZU es quien primero ha señalado este detalle con las expresivas palabras de que "por el agujero de la hipoteca se irá la sustancia económica de los dominios adquiridos por prescripción *contra tábulas*". *Con motivo de la publicación de un libro notable. Breve comentario*, "Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario", diciembre 1945, pág. 851.

(16) ROCA admite desde luego, esta interpretación, pero cree hubiera sido mucho más acertado conceder un plazo de un año para interrumpir, con lo que la doctrina sería similar a la de la prescripción adquisitiva; al no ser así, dice, resulta el precepto "de un radicalismo feroz". *Instituciones...* año 1947, tomo I, página 400.

quirente en los mismos casos dichos, pero si es por conocimiento o por haber podido conocer, al adquirir, la posesión de otro, debe dar e además la circunstancia de que no interrumpa la posesión durante el período comprendido entre la adquisición y el momento de la consumación de la usucapión. O sea, que en esta segunda hipótesis el adquirente registral puede interrumpir en todo momento antes de la consumación, y sólo juegan las reglas del artículo 36 después de la consumación. Lo que vale tanto como afirmar que no existe especialidad ninguna en la prescripción que pueda consumarse dentro del primer año, sino que cabe una regla general de supremacía de la *usucapión ya consumada*, sin distinguir si lo fué antes o después de la adquisición, con la sola excepción ya expresada del adquirente que ni conoció, ni pudo conocer, e interrumpió antes de terminar el primer año (17).

¿A qué usucapión se refiere el artículo 36? Evidentemente, tanto a la ordinaria como a la extraordinaria, y ello porque *ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*, además de que, en cuanto a lo segundo, sería absurdo que un usucapiente de mala fe quedara en mejor situación—imposibilidad de ser desposeído nunca—que uno de buena fe. Y es notable, y ello evidencia la facilidad de oscuridades en esta materia, que mientras algunos comentaristas como ROCA y VILLARES ni dudan siquiera (18), hay quienes como SANZ, seguido por BERGAMO, niegan que el artículo 36 se refiera a la usucapión extraordinaria, invulnerable según ellos (19), mientras que en el extremo opuesto AZPIAZU lo cree aplicable sí a la extraordinaria, pero no a la ordinaria (20). Sin la menor duda, el artículo se refiere a las dos.

(17) ROCA entiende lo mismo, y añade, con acierto, que la única diferencia es la mayor facilidad para interrumpir la posesión cuando el poseedor aún no es dueño. Con esta salvedad todo queda expresado en la síntesis y regla general y excepciones explicadas. Ob. cit., pág. 397.

(18) ROCA, *Instituciones...*, año 1947. tomo I, pág. 385. VILLARES, trabajo citado, pág. 434.

(19) SANZ aduce lo terminante del artículo 1.959 del Código civil que hablando de la usucapión extraordinaria exige sólo tiempo, mientras que el 1.949 habla de la ordinaria contra el Registro y exige inscripción, más cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo que, prescindiendo del artículo 35 antiguo de la Ley Hipotecaria, no exige inscripción alguna en la extraordinaria, de donde deduce que la extraordinaria debe vencer siempre al libro (*Comentarios...* página 300). Todo ello, y con el mayor respeto a su magistral aportación a los estudios hipotecarios, inaplicable a nuestro actual Derecho.

BERGAMO sigue a SANZ en su conferencia citada, pág. 313.

(20) *¿Se da la prescripción ordinaria contra el titular registral?*, "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", diciembre 1946. Se basa en no estimar posible buena fe en un usucapiente contra el Registro. Pero sí es posible reunir todos los requisitos exigidos en el Código civil, más una ignorancia honrada sobre la constancia de la finca en el Registro a nombre de otro.

III. Observación crítica

La doctrina del artículo 36 de la Ley Hipotecaria es, en gran síntesis, la expuesta. Indudablemente caben extensas consideraciones sobre los diversos extremos relacionados con el mismo. Pero su resumen doctrinal, según la letra del precepto, creo es lo que antecede.

¿Ha estado acertado el legislador al llevar su pensamiento a la Ley?

SANZ, defensor por cierto de una de las posiciones que pudieron haber sido adoptadas, no formula crítica general de él; tan sólo críticas parciales, algunas ya aludidas, intercaladas en la larga exposición que hace del mismo (21).

BERGAMO y ROCA SASTRE lo estiman una transacción, y aplauden el artículo. El primero lo llama "feliz fórmula de conciliación", y señala como mérito que lo que decide no es el asiento o la situación del poseedor, sino un elemento subjetivo, "el conocimiento o la tolerancia del tercero" (22). El segundo, ideador de la fórmula que a primera vista se ha plasmado en el artículo, dice, aun censurando puntos concretos como el requisito de "no haber podido conocer", y otros: "La idea fundamental de esta reforma es evidentemente buena, por cuanto busca proteger al tercer adquirente de quien le transfiere un derecho que ya ha perdido por efecto de una prescripción operada. Esta finalidad de mantener inatacable una verdadera adquisición *a non domino* responde plenamente a la motivación finalista básica o razón de ser del Registro de la propiedad, constituyendo la perfecta fórmula armonizadora de las relaciones o contactos que la prescripción debe guardar con el Registro" (23).

Pero VILLARES PICO, defensor de una de las posiciones posibles, estima que el artículo se ha inclinado excesivamente hacia la otra: "Con él—dice—se ha dado un salto atrás en el ordenamiento inmobiliario, concediendo a la prescripción, y por lo tanto, a la posesión, aquella importancia que tuvo en épocas lejanas como institución admitida por el Derecho para determinar la pertenencia de fincas poseídas durante bastante tiempo. Pero el Derecho moderno instauró el Registro para evitar la inseguridad de los derechos reales sobre bienes inmuebles, finalidad que se cumple con tanta más eficacia cuanto más perfecto sea el sistema hipotecario, sin que sea preciso ahora la prescripción adquisitiva" (24).

En realidad, el artículo no es exactamente una fórmula conciliadora, sino el triunfo de los que entienden que la prescripción debe prevalecer siempre, con una concesión a favor de la otra tendencia para los derechos de garantía y demás que no suponen posesión.

(21) *Instituciones...* págs. 525 y sigs.

(22) Conf. cit., pág. 298.

(23) Ob. cit., pág. 368.

(24) Trab. cit. pág. 444.

Y es el triunfo de aquella tendencia, porque la excepción a favor de adquirentes en ciertas condiciones es algo casi fantasmal, ya que apenas es imaginable un adquirente que no sólo no se haya enterado de la posesión de otro—lo que es difícil, pero cabe, se da a veces—, sino que ni tan siquiera haya tenido posibilidad de enterarse.

Y si esto es así; si el fondo del artículo es el aludido, lo mejor hubiera sido proclamarlo así lisa y llanamente, en vez de las complicadas reglas que en él se encuentran y cuya inutilidad práctica es casi completa.

Finalmente, en todo caso hubiera sido de desear un orden de exposición más lógico, una brevedad siempre estimable y una mayor claridad de conceptos.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.¹

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Por Juan HERNANDEZ CANUT

Dos disposiciones de interés para las Sociedades Mercantiles

Dos Decretos-Leyes de 11 de marzo de 1949 publicados en el *Boletín Oficial* de 31 del mismo mes y año, instauran un cambio susceptible de producir profundas alteraciones en la economía española.

Desaparecidas, en parte, las circunstancias que las aconsejaron, que por lo que hace a las reservas obligatorias determina el mismo preámbulo en el "doble fin de frenar el ritmo de la circulación monetaria" y de que "el fondo así formado sirviera en su día para amortiguar las eventuales dificultades financieras que se derivasen de un cambio en la coyuntura económica", se hacía necesario revisar estas disposiciones de carácter excepcional y volver a la normalidad jurídica.

Por lo que hace a las reservas, el Decreto-Ley citado, de una parte, suprime la obligación de constituir las reservas como preceptuaban las Leyes de 19 de septiembre de 1942 y de 6 de febrero de 1943 y, de otra, establece que por parte de las Empresas se podrá disponer libremente de ellas.

El segundo Decreto-Ley, del mismo día y año que el anterior, en relación con los desembolsos supletorios exigidos al poner en circulación o emitir acciones con derecho de suscripción reservado o preferente que estableciera el artículo 8.º de la Ley de 31 de diciembre de 1946, basándose como el anterior en que el cambio de las circunstancias económicas aconseja suavizar el régimen establecido por la Ley citada mediante la reducción del gravamen del 20 por 100 que establecía el párrafo cuarto del artículo 8.º para los casos en que no fuese exigido desembolso suplementario, lo sustituye por una escala gradual según el valor de las reservas computables en relación con el valor nominal de las acciones antiguas y de las nuevas que se pongan en circulación, debiéndose, para estos efectos, estimar las reservas en la forma prevista en los dos primeros párrafos del número 3.º de la Orden del Ministerio de Hacienda de 28 de febrero de 1947.

1. En esta sección se publicarán informaciones sobre los más diversos aspectos del vivir jurídico.

Bibliotecas judiciales

Un grupo de juristas de la región valenciana lanzó hace algún tiempo, tímida pero con gran convicción, la idea de que era necesario convertir en realidad unos preceptos existentes, que el desuso había convertido en inoperantes, cuyo fin era crear las bibliotecas en las Audiencias para facilitar, en lo posible, la labor de los encargados de aplicar el Derecho.

La idea fué acogida con gran entusiasmo obteniendo la incondicional adhesión de relevantes personalidades del mundo jurídico, adhesión que culminó con el importante acto celebrado en Castellón para inaugurar la Biblioteca Jurídica de aquella Audiencia, acto, al cual asistió D. José Castán Tobeñas, Presidente de nuestro Tribunal Supremo quien en el mismo pronunció unas vibrantes y emocionadas palabras recogiendo las significación del acto.

Del entusiasmo de Valencia se han contagiado otras regiones y por ello el Ministerio de Justicia siempre atento a las necesidades sentidas ha dado cauce a esta legítima aspiración por medio de la Orden de 9 de febrero de 1949 ("Boletín Oficial" del 18-2-49), que las crea, atendiendo a que la necesidad de proveer a los Tribunales de Justicia de Bibliotecas de estudio y de consulta para el mejor cumplimiento de la misión que les está confiada, es tan notoria, como lo es el hecho de que en la actualidad, salvo muy contadas Audiencias, carecen las más no sólo de las obras doctrinales de más precisa consulta, sino incluso de los textos legales imprescindibles.

Antecedentes de esta disposición los encontramos en el R. D. de 6 de octubre de 1885 que crea la Biblioteca de textos legales en las Audiencias y la R. O. de 30 de noviembre de 1918 disponiendo que esas Bibliotecas lo fueran también de obras doctrinales, pero ambas disposiciones no han tenido efectividad práctica por no haberlas dotado de los medios necesarios para su sostenimiento.

La nueva reglamentación persigue dos fines: crear Bibliotecas en las Audiencias Territoriales y Provinciales donde no existan y completar las existentes; unas y otras serán públicas y circulantes tan sólo para los funcionarios judiciales.

El régimen de las mismas estará confiado a una Junta que presidida por el Presidente de la Audiencia integrarán un representante de las Carreras Judicial y Fiscal a las cuales compete la redacción de su respectivo Reglamento que deberá ser sometido al Ministerio para su aprobación definitiva. Dichas Juntas deberán remitir al Ministerio los días primero de julio y primero de cada año relación de altas y bajas de libros ocurridas en el período inmediato anterior, proponiendo al mismo, la adquisición de los libros que estimen precisos aparte de las publicaciones oficiales del Ministerio y Organismos de él dependientes que, con la "Colección Legislativa de España" serán la base de sus fondos y formularán las observaciones que estimen pertinentes para el mejor desarrollo de las Bibliotecas.

La vinculación con el Ministerio de Justicia será a través de la Sección de Publicaciones, que ejercerá la inspección sobre las Bibliotecas judiciales.

De la lectura de lo que antecede se deduce la importancia de esta puesta en vigor de preceptos ya dictados, junto con la puntualización de extremos no previstos.

La consideramos acertadísima pues si bien es cierto que en los actuales tiempos la doctrina de los autores no vincula al juzgador, no lo es menos que a menudo el parecer, la orientación, etc. de un jurista puede cooperar decididamente a la función del mismo en la difícil, a la par que alta misión, de definir y aplicar el Derecho. Nuestra Magistratura ha gozado siempre del más alto de los prestigios profesionales, justo es que se le dé los medios necesarios para, si ello es posible, superarse en el desempeño de su cometido.

B) EXTRANJERAS

Proyecto de Código marítimo

Por Decreto de 10 de mayo de 1948 se ha designado una comisión encargada de preparar un proyecto de Código marítimo. Como en el anteproyecto del C de c. no se incluyó la reglamentación del derecho de la navegación, el Código marítimo vendría a sustituir la normatividad vigente. Forman parte de esta Comisión: Juan Pedro Ceballos, Luis Dayviere, Alvaro Vargas, Miguel U. Rocca, Rodolfo Mezzera, Sagunto F. Pérez Fontana, Alfredo Aguijar Carrasco y Alberto Fernández Goyechea.

La estructuración del plan para la redacción del proyecto ha sido encargada a Mezzera y Pérez Fontana

El Instituto Uruguayo de Derecho comercial

Recientemente constituido, inauguró sus actividades el 31 de agosto último, haciendo uso de la palabra el Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Dr. Juan Pedro Zeballos, el Presidente del Instituto Dr. Miguel U. Rocca y como relator el Dr. Sagunto F. Pérez Fontana, que disertó sobre "Conveniencia o inconveniencia de mantener la actual dualidad legislativa civil y comercial".

Anteproyecto de Código de Comercio

Un nuevo anteproyecto de C. de c. ha sido presentado. El plazo fijado por la Comisión de Constitución y Códigos de la Cámara de Representantes para la presentación de observaciones terminaba el 31 de agosto.

La revista "Sociedades Anónimas", de que tomamos estas noticias la acusa de falta de difusión entre el público y cree que el procedimiento seguido no es el más apropiado y que debe irse al nombramiento de una Comisión que revise el anteproyecto y corrija los innumerables errores que contiene.

El Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social

Según el art. 1.º de sus Estatutos, fechados en Buenos Aires el 31 de agosto de 1947, se trata de una asociación científica independiente respecto de toda escuela, doctrina o ideología, constituida en la ciudad de Buenos Aires, y que tiene por fin estimular y organizar el estudio de la Filosofía del Derecho y de la Sociedad, la Jurisprudencia general y la Sociología jurídica, congregando a los estudiosos de estas disciplinas.

Para la consecución de estos fines celebrará sesiones periódicas, organizará congresos nacionales o internacionales patrocinará cursos y conferencias, efectuará publicaciones, constituyendo una editorial y mantendrá relaciones con las instituciones afines del país o del extranjero.

Integran el Instituto: los Miembros de Honor, los Miembros Titulares, en número de 60, designados por la Comisión Directiva, los Miembros Correspondientes y los Adheridos registrados.

La Asamblea está constituida por los miembros Titulares y se reúne una vez cada dos años, convocada por el Presidente, para elegir la nueva Comisión Directiva, que consta de diez personas elegidas cada dos años, y tiene el gobierno y administración del Instituto.

En la actualidad su Presidente es la señera figura del Dr. Carlos Cossio, bien conocida en nuestra Patria, a través de sus numerosas e interesantes publicaciones.

La última sesión científica del Instituto, de que tenemos noticia es la celebrada el 6 de agosto último con objeto de discutir el tema "Filosofía y Criminología", en que actuó como relator el Miembro Correspondiente y Profesor de la Universidad de Tucumán, Dr. Miguel A. Herrera Figueroa.

E. VERDERA

Ley de inquilinato portuguesa de 22 junio 1948

Con esta fecha se publicó en Portugal una nueva Ley sobre materia de tanta transcendencia, con el fin de proporcionar medios para vencer la crisis de vivienda, problema—hoy universal—que no ha dejado de manifestarse en el país vecino, y de permitir la revisión de rentas que las transformaciones económicas desactualizaron.

Varios son los medios a los que se acude para superar esa crisis. En primer lugar las expropiaciones de zonas destinadas a urbanización atendiendo no sólo

a las necesidades de presente sino también a las de futuro que puedan preverse. En esas zonas pueden quedar incluidos predios rústicos, terrenos propios para construir adyacentes a vías públicas de ciudades y casas que manifiestamente deban ser reconstruidas o remodeladas por ser de pequeñas dimensiones o carecer de las necesarias condiciones de higiene o estética. Antes de la expropiación es preciso comunicar a los propietarios de esos predios que sus propiedades deben ser destinadas a la construcción o deben remodelarse; sólo cuando éstos dejen pasar tres años sin dar a su propiedad el destino adecuado, se les podrá expropiar. Un precepto sensato remata la parte dedicada por la Ley a expropiaciones: antes de expropiar casas habitadas, la entidad expropiante providenciará con anterioridad al desalojamiento, nueva habitación a los moradores de esas casas, en condiciones semejantes a las que tenían en la casa expropiada.

Otro de los medios es las concesiones de derecho de superficie, que se admite ahora con carácter excepcional, frente al principio de la accesión que el Código recoge.

Se prevee la regulación del sistema de casas por pisos—hasta ahora poco frecuente en Portugal—y se conceden exenciones y regalías a las sociedades anónimas creadas para construir casas de renta económica y limitada.

Respecto a la actualización de rentas, se permite la revisión de los contratos celebrados antes del 1.º de enero de 1943, cuando las rentas convenionadas sean inferiores al rendimiento líquido inscrito en la matriz en 1.º de enero de 1938, y se establecen una serie de reglas, tomando en cuenta si los arrendamientos son en predios dedicados o no a la habitación y si esos predios están o no enclavados dentro de los grandes núcleos urbanos (Lisboa y Porto), para el aumento gradual de un tanto por ciento cada semestre, hasta conseguir en el plazo de tres años la completa actualización. Las rentas actualizadas no podrán revisarse de nuevo en un plazo de cinco años.

Estas son las principales novedades que la Ley presenta. Sobre otros puntos (caducidad del arrendamiento, transmisión subarriendo, derechos de preferencia, deshaucio), sin introducirse innovaciones de gran importancia, se ha venido a aumentar el trato de rigor para con el propietario y a favorecer al arrendatario, con lo que se camina cada vez más de prisa hacia la transformación del arrendamiento en derecho real de goce sobre cosa ajena.

Ya hoy debe considerarse que este derecho tiene mejor cabida en el campo de los derechos reales que en el de los de crédito.

G. J. ORTEGA PARDO

II. SENTENCIAS DE INSTANCIA.

Contrato de establecimiento a primeras cepas: Su distinción del arrendamiento: Competencia de los juzgados municipales en esta materia.

SENTENCIA 12 ENERO 1949 (1)

ANTECEDENTES

Se pedía, al amparo del número 2.º del artículo 1.656 del Código civil, la resolución de un antiguo contrato de "establecimiento a primeras cepas", porque la plantación de vid había desaparecido totalmente hacía tres o cuatro años y el cesionario, desde entonces, había venido dedicando la tierra al cultivo de cereales. El demandado se opuso a la pretensión actora, principalmente porque creía que después de la publicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 el contrato de autos—que originaria y expresamente reconocía había sido de establecimiento—había derivado en arrendamiento, en virtud de la amplia definición del artículo 1.º de aquella Ley especial y por la también amplia interpretación que a este precepto había venido dando la jurisprudencia, en el sentido de afirmar que toda cesión temporal de tierra con finalidad agrícola y mediante precio era arrendamiento, aunque su denominación de hecho fuese distinta; fortalecía su alegación en el hecho cierto y contrastado de que un Juzgado de esta provincia y la Sala de lo Civil de la Territorial de Albacete, recientemente y en un caso similar, habían resuelto de conformidad con su criterio, es decir, afirmando la existencia del arrendamiento rústico y negando la actual subsistencia e independencia de la figura del artículo 1.656 del Código.

El actor combatió tales argumentos, pues, según él, mal podía aceptarse la tesis defensiva del demandado, fundamentalmente por tratarse de negocios de distinta naturaleza jurídica, regulando el establecimiento por el Código civil como modalidad del censo enfiteúutico. También se reclamaba una indemnización de daños y perjuicios por el tiempo que, desde el total desceparamiento de la finca, se aseguraba se habían irrogado al demandante al no haber sido devuelto el inmueble a su tiempo, según era obligación contractual.

El Juzgado municipal de Tomelloso dictó sentencia declarando resuelto el contrato de enfiñamiento, pagando cada uno de los litigantes las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

1. Remitida amablemente por el señor Juez de Alcázar de San Juan, D. Acisclo Fernández Carriedo y publicada por J. H. C.

Interpuesta por el demandado apelación y celebrada la comparecencia el demandado y apelante solicitó la revocación de la sentencia de primera instancia, con condena de costas en ambas instancias a la parte contraria, acordando la nulidad de las actuaciones en méritos de que—según el demandado—el contrato era de naturaleza arrendaticia. La parte demandante y apelada se opuso a las pretensiones del apelante.

La sentencia dictada comprende los siguientes

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, ante todo, se han de estudiar y decidir las alegaciones defensivas o excepciones articuladas por el demandado, basadas en que el antiguo contrato de enfiñamiento o establecimiento a primeras cepas, reflejado en el indubitado documento del folio 8, es hoy, de conformidad con el artículo 1.º de la Ley de 15 de marzo de 1935, un auténtico contrato de arrendamiento rústico, aduciendo como consecuencia de ello incompetencia de jurisdicción, porque la vigente legalidad sólo concede competencia para conocer de las cuestiones de arrendamientos rústicos a los Juzgados municipales y comarcales cuando el interés de ellas es inferior a 1.000 pesetas y en el caso debatido asciende a 2.400, y porque, además, el trámite a seguir, puesto que se pretende la resolución de un contrato de arrendamiento del campo, era, a juicio del mismo demandado de acuerdo con la Ley de 28 de junio de 1940, distinto al premovido.

Segundo. Que el apartado 2.º del artículo 1.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 establece bien claramente un principio de atracción para considerar relaciones jurídicas arrendaticias aquellas en que se ceda temporalmente y con finalidad agrícola el disfrute de finca rústica mediante y a cambio de renta o precio; basada en tal principio, la jurisprudencia ha venido acusando una marcada tendencia favorable a incluir en tal concepto legal todos aquellos casos de actos y contratos en los que, con rótulos distintos y diversos al de la locación en esencia, se encerraban aquellos típicos y clásicos requisitos del arrendamiento en el campo, recogiendo tal orientación, entre otras, en las sentencias de 14 de septiembre de 1939 16 de octubre de 1940, 24 de diciembre de 1940, 1.º de julio de 1941, 18 de marzo de 1942 y 28 de enero de 1946, ninguna de ellas, por cierto, especialmente expresiva de que la figura jurídica regulada en el artículo 1.656 del Código civil debía subsumirse en el dicho y comentado concepto del artículo 1.º de la Ley de 1935; y sin duda por aquella amplia y acogedora definición legal y por la influencia de esta jurisprudencia, y puede que también por el recuerdo de la doctrina anterior al expresado Código civil y a la sentencia de 18 de diciembre de 1901, en cuya pretérita época y en un período de ella se identificó el establecimiento con el arrendamiento por todo esto, en fin, se ha podido sostener modernamente con discutible corrección y con pertinencia aún hoy controvertible, incluso en sentencia o sentencias de algún Tribunal nacional distinto del Supremo (que si de éste se tratara ahora obligarían sus resoluciones), que la institución que el Código civil concibiera y catalogara como modalidad de la enfiteusis quedaba integrada y absorbida en el referido artículo 1.º de la Ley de 1935; criterio más defendible todavía si se tiene en cuenta que en los modernos arrendamientos rústicos y urbanos, regulados por especiales ordenamientos, se da tanta consistencia a los derechos de los arrendatarios que más

que los clásicos y simples de índole personal que aquel Código les concedía esos nuevos derechos suponen generalmente una afección de la finca similar a la propia de un derecho real desmembrado.

Tercero. Que la rectificación del criterio precedente expuesto, propugnador de la implícita derogación del artículo 1.656 del Código civil por el 1.º de la mentada Ley de Arrendamientos Rústicos de 1935 la aconsejan y definen dos razones a las que se les concede virtualidad suficiente para inclinar el ánimo del juzgador en el nuevo sentido de patrocinar, si no como absolutamente segura e indiscutible, sí como más correcta e idónea, la opuesta solución a la enunciada, de cuyas razones seguida y separadamente se va a tratar.

Cuarto. Que la actual subsistencia e independencia del contrato de cesión del suelo para plantar viñas, muy recientemente, con indudable valor de interpretación auténtica posterior a la Ley de marzo de 1935, ha sido reconocida por la de 18 de diciembre de 1946, que ha venido a acrecentar el ya numeroso acervo de disposiciones normadoras de los arrendamientos del agro, previniendo que en los contratos de cesión del suelo para la plantación conjunta y combinada de vid y olivos en que concurren las condiciones que dice, que en puridad entrañan generalmente la figura jurídica del artículo 1.656 del Código civil, cuando el plazo de la cesión fuera inferior a los treinta años y cuando tal plazo estuviera próximo a finalizar, podían los cesionarios, en virtud de la facultad que se les concedía, continuar como arrendatarios, coligiéndose de ello que el legislador, de manera bien evidente, entendió que antes y por lo menos en los más de esos casos no debían ser arrendatarios ni el vínculo era arrendaticio, ya que si no, y por virtud de vigentes disposiciones reguladoras del tiempo de duración de tales contratos, puede incluso que en muchas de las situaciones afectadas no se hubiera necesitado a fin de subvenir a las necesidades invocadas en el preámbulo de esa Ley de la publicación de ella; y si ese moderno criterio legislativo de no asimilación al arrendamiento vale para la cesión y plantación mixta de vid y olivo, mucho más indudable (núm. 4.º del citado art. 1.656) sería y se manifestaría así como en el caso de autos acontece, si lo plantado exclusivamente fuera viña. La propia exposición de motivos de la Ley, además, al literalmente decir "los contratos de cesión de suelo para plantar viñas", de gran difusión en algunas comarcas, regulados por el artículo 1.656 del Código civil, revela cabalmente el claro designio e inequívoca opinión del legislador, afirmadora de la vigencia de ese precepto del repetido Código, suponiendo ello esclarecimiento bien estimable y corroborador del criterio que sobre el particular va a sentar esta sentencia.

Quinto. Que la otra razón antes aludida, en la que también se va a basar el criterio referido de autonomía de la *rabassa-morta*, es la que, tras minuciosa búsqueda, se ha conseguido ahora y estudiando la resolución de este proceso, hallar en una sentencia del Tribunal Supremo, que quizás sea la única que después de la publicación de la moderna legislación de arrendamientos rústicos incidental y especialmente se ocupe de la cuestión debatida, de fecha 23 de diciembre de 1935 y, por tanto en plena vigencia del artículo 1.º de la Ley de marzo de ese año, una referencia bastante explícita y sancionadora del punto de vista

que se va a establecer, en cuanto al discutirse si el contrato de entonces era rústico, digo arrendamiento rústico o *rabassa-morta*, lejos de declarar la integración del segundo en el primero por virtud de aquel primer precepto de la tan mencionada Ley de 1935, en uno de sus considerandos puede leerse: "El negocio jurídico tendrá el carácter de establecimiento a primeras cepas transportado al artículo 1.656 del Código civil, si su finalidad principal fué la plantación de viñas", estimando después la Sala que en aquel caso concreto había arrendamiento y no la otra figura jurídica, infiriéndose de todo ello bien palmariaemente que el Tribunal Supremo y su Sala especializada en la materia, la de lo Social, en esta puede que única ocasión después de la vigencia de la Ley de marzo de 1935, reconoció de manera especial y expresa la compatibilidad y diferencia del arrendamiento rústico y del contrato de establecimiento a primeras cepas, y esta expresa compatibilidad a juicio del Juzgado excluye y elimina la presunta integración y confusión que pudiera deducirse de aquellas otras sentencias citadas en el segundo considerando de la presente resolución, dictadas en casos en los que específicamente no se trataba de delimitar e identificar las dos figuras que nos interesan.

Sexto. Que, como consecuencia de lo expuesto en los dos anteriores considerandos, en tan dicho artículo 1.º de la Ley especial de Arrendamientos Rústicos de 1935 pese a su arriba señalado principio de atracción, no deben en la por él autorizada equiparación o asimilación de arrendamientos rebasarse los límites de una prudente interpretación y extenderla a contratos que, como en el de cesión del suelo para plantar viñas del artículo 1.656 del Código civil, han solido tener tradicionalmente diferente naturaleza y, desde luego, propia sustantividad, sin que la circunstancia cierta de que en ellos juegue importante papel la tierra sea por sí suficiente para admitir la apuntada consideración analógica, y por eso, además de rehusarse las excepciones alegadas, como según expresamente acepta el hecho segundo de la contestación a la demanda, desde hace tres años la finca de autos está descepada en su totalidad y dedicada al cultivo de cereales, y puesto que el demandante tampoco ha probado y eso que el hacerlo era de su exclusiva incumbencia, su alegación de que esa siembra de cereales la venía haciendo con el tácito beneplácito de la dueña, quien no cobraba la que se aseguraba adecuada renta por inmotivadamente negarse a ello, es visto y procedente se repite también que por esa falta de prueba, de conformidad con la cláusula octava del contrato de 1.º de noviembre de 1915 y con la regla segunda del tan mentado artículo 1.656, el acceder a la pretendida resolución del mismo y confirmar en este punto la sentencia recurrida.

Séptimo. Que en lo que no se estima acertada la sentencia recurrida es al afirmar la improcedencia del pronunciamiento condenatorio sobre el solicitado desalojo de la finca, porque, según se sigue asegurando, ello competía a una acción de desahucio no ejercitada y al subsiguiente lanzamiento en su caso, no pedido, ni susceptible de pedirse—agregamos—, en un proceso en que se ejercita una acción resolutoria, y no se juzga convincente ese razonamiento porque lo que en el fondo e indudablemente pide la súplica de la demanda es que, como consecuencia de la resolución contractual pretendida y lograda se le entregue

la parcela de autos, sin tener por qué iniciar para ello después juicio de desahucio, sino pura y simplemente, si voluntariamente el demandado no la abandonara y pusiera a disposición de la actora, instando en su día y procediéndose después en forma ordinaria a la ejecución de la sentencia según, por cierto muy recientemente, en 2 de junio de 1948, ha declarado el Tribunal Supremo, quedando a salvo el derecho que pudiera asistir al demandado—que no se prejuzga ahora—, si la finca estuviera actualmente sembrada a reclamar por ello lo que entendiera legalmente procedente; de ahí que en este particular extremo y en el sentido acabado de reflejar sea revocable la resolución de primera instancia.

Octavo. Que, por el contrario, es de confirmar el fallo apelado también en lo concerniente a no facilitar la pedida condena de daños y perjuicios reclamados por el denunciado incumplimiento contractual, pues es muy sabido y está muy reiterado por la jurisprudencia tanto que resulta ocioso e innecesario hacer citas expresas de sentencias, que para que prevalezca aquella condena es requisito indispensable e ineludible el de la prueba de los daños y perjuicios, el acreditamiento de su existencia por la parte que los reclama, pues el simple incumplimiento no implica ni por sí denota el que se ocasionaran aquéllos, y a este juicio no se aportó prueba ni luego se practicó para justificar que los supuestos y repetidos daños y perjuicios fueran ciertos, aunque se hubiera prescindido en el proceso—que ello es legalmente posible—de su determinación cuantitativa y se hubiera diferido la liquidación al período de ejecución de sentencia, motivo por el cual se impone en este punto el pronunciamiento absolutorio; y, naturalmente, por imperativa disposición de la regla octava del apartado C) de la base décima de la Ley de 19 de julio de 1944, al no ser total la estimación de la demanda no puede haber expresa condena en costas en ninguna de las instancias.

FALLO.—Primero. Que confirmando esencialmente, con la rectificación y aclaración que luego se dirán, la sentencia apelada que dictó en este proceso el señor Juez municipal de Tomelloso en 7 de diciembre anterior, debo declarar y declarar resuelto el contrato de establecimiento a primeras cepas que, referente a la finca que expresa la demanda y el primer resultando de la sentencia de primera instancia concertaron en 1.º de noviembre de 1915 ambas partes.

Segundo. Que, como consecuencia de ello, debo condenar y condeno al demandado a estar y pasar por esa declaración y a que inmediatamente entregue y ponga a disposición de la actora la tierra de autos, o parcela de seis fanegas al sitio de "Doña Ana", del término municipal de Argamasilla de Alba; ello sin perjuicio del derecho que pudiera tener el demandado a reclamar después si la finca estuviera actualmente sembrada, la indemnización que, en su caso, le correspondiera; y

Tercero. Que debo absolver y absuelvo al repetido demandado de la pretensión actora de que se le condenara a la indemnización de daños y perjuicios. Todo ello sin hacer expresa condena en costas, pagando cada parte las que respectivamente y a su instancia hayan causado y las comunes por mitad.

III. CUESTIONES REGISTRALES

Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas

JOSE POVEDA MURCIA

Registrador de la Propiedad

1.—*El suelo y el vuelo; los pastos y las labores.*

De entre las diferentes formas de manifestarse la relación de poder entre hombre y cosa para obtener aquél con los rendimientos de ésta cuanto le es necesario, vamos a observar, en esta ocasión, una que se desentiende de los moldes consagrados y genera problemas jurídicos de interés, rara vez atendidos con el cariño que merecen. La situación a que nos referimos se produce cuando los diversos aprovechamientos de que es susceptible una finca rústica corresponden a titulares distintos; y de las diversas modalidades que podemos encontrar elegimos las dos variedades económicamente más importantes que son, por otra parte, las que alcanzaron mayor difusión. Tienen lugar estas, cuando a un sujeto corresponden los aprovechamientos forestales o del arbolado que existe, o puede producirse en el futuro, en una finca determinada—derecho de vuelo o derecho al vuelo—, mientras otra persona tiene derecho a los aprovechamientos agrícolas y pecuarios de la misma finca—derecho de suelo o derecho al suelo—; en la otra variedad aludida—similar a la anterior y con la que se combina en muchas ocasiones—los aprovechamientos pecuarios de una finca—derecho de pastos—corresponden a titular distinto del que lo es de los agrícolas—derecho de labor.

De propósito no entramos ahora a analizar derechos y obligaciones de cada titular, para que, dando una idea muy general, podamos abarcar las múltiples variedades que de hecho se presentan; pero sí diremos, por ser a nuestro juicio de gran interés, que, normalmente, al titular del derecho de vuelo le corresponde una interesante y curiosa facultad que se denomina *derecho de apostar*, en virtud de la cual entresaca y poda los nuevos retoños y matas que en la finca se producen, de la especie arbórea que él disfruta, para que se conviertan en árboles.

El carácter local o regional de estas situaciones—al menos en proporción importante—es, seguramente el motivo de su abandono por parte de la doctrina, pero sería arbitrario menospreciar sus problemas, pues con arreglo a tales modalidades se explotan hoy ricos y extensos terrenos, aunque sólo se dé el caso con profusión en comarcas determinadas (1); por otra parte ofrecen estas si-

(1) Con relación a una variedad del caso, nos dice ALEJO LREAL GARCÍA que sólo en el término municipal de Cáceres hay 44 dehesas afectadas por la separación jurídica de suelo y vuelo, sumando entre todas una extensión de 17.843 hectáreas. (*Modalidades de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres*. Separata del "Boletín del Instituto de Reforma Agraria", núm. 24, pág. 7, nota.)

tuaciones el especial interés que siempre merecen los casos crepusculares, que faltos de una posición definida y segura viven constantemente amenazados de conflictos, por temor a los cuales se suele producir el despojo paulatino del más medroso de los cotitulares. Y no es lícito argüir, despectivamente, que esos supuestos sólo son formas anticuadas de uso y disfrute, "reminiscencias feudales" que más que normas de la vida lo que merecen es la sentencia de muerte; esta posición es tan falta de lógica que ni crítica merece pero la realidad actual se encarga de proclamar su falsedad; porque resulta que existen nuevos síntomas de los que necesariamente ha de deducirse la utilidad de aquella anticuada forma de disfrute, que rebrota hoy incrustada en un contrato que es constante preocupación de todos: el arrendamiento, visto con perspectiva de arrendatario, y en su aspecto exclusivamente económico, no es más que un sustitutivo del dominio; pues bien existen múltiples y modernísimos contratos de arrendamiento en los que sólo se cede uno de los aprovechamientos de la finca, reservándose el otro o los otros aprovechamientos el dueño del inmueble, ya para disfrutarlos directamente, ya para arrendarlos a terceras personas; estos arrendamientos siempre tienen por objeto fincas de iguales características que aquellas otras en que se produce la división de aprovechamientos en la forma a que venimos refiriéndonos; y de ello es natural deducir que los supuestos de hecho estudiados no son forma anómala de ser, que se venga arrastrando sin razón de subsistencia, sino que ha desempeñado y desempeña una función útil, que es consecuencia de que cada aprovechamiento satisface por sí, y con independencia del que llamaremos aprovechamiento correlativo, las necesidades de su titular; por ello, producida la plural titularidad en tiempos más o menos remotos se ha conservado y subsiste a través de los años y de los siglos; y como este sistema de aprovechamiento resulta útil, se busca un sustitutivo para las fincas de titularidad normal que son apropiadas para este tipo de explotación: tal sustitutivo es el arrendamiento independiente de los aprovechamientos.

Y ya que hemos hablado de fincas que son apropiadas para esta plural titularidad, diremos que los supuestos aludidos tienen por objeto, en general, fincas de gran extensión dedicadas preferentemente a la explotación ganadera, o en las que abunda el arbolado espontáneo, aunque alguna vez se den en fincas plantadas de árboles frutales (2). Se hallan muy difundidos en las dos provincias extremeñas y no faltan manifestaciones similares en otras regiones españolas (3).

En una primera observación de estas relaciones de hecho salta a la vista la dificultad de su tipificación. Nuestro Código civil carece de normas que de un modo orgánico regulen tales situaciones; en él podemos encontrar preceptos aislados que aluden a estos o parecidos supuestos, e instituciones cuya similitud, aparente o real, con los casos estudiados, nos hacen pensar en la conveniencia de aplicarles sus reglas; pero es preciso reconocer que si tales normas o instituciones pueden alguna vez servir como remedio forzado para salvar una situación, en la realidad los supuestos de que nos ocupamos viven de espaldas a aquellas reglas y aún en muchas ocasiones, ofrecen resistencia a ser encuadrados en ellas.

(2) LEAL. Ob. loc. cit.

(3) Ver, aunque de modo incidental, conferencia de D. FAUSTO NAVARRO AZPÉTTIA: *Naturaleza y regulación de la propiedad de casas divididas por pisos o departamentales*, página 49. Publicación del Colegio Notarial de Barcelona, año 1942.

Esta resistencia, que no siempre es indisciplina maliciosa, puede tener un significado digno de valorarse: la norma dictada para un supuesto aparentemente similar puede, al aplicarse al caso atípico, atentar contra la finalidad que a este le dió vida, y si tal ocurre aquella resistencia no es más que defensa legítima. Por ello estimamos que lo más útil es comparar estas situaciones con aquellas otras que se suponen similares; observar ambas y no perder de vista la finalidad que cada cual está destinada a cumplir; y ello nos mostrará qué normas han de aplicarse a cada caso sin atentar al fin de los supuestos atípicos.

No puede dudarse que en las relaciones de hecho que nos proponemos estudiar hallamos notas que convienen a varias instituciones típicas: las servidumbres personales, el desdibujado derecho de superficie, la comunidad, el dominio e incluso el derecho de uso (4) han de considerarse, al menos, como instituciones tangenciales de los supuesto aludidos. Daña la variedad de matices con que tales supuestos se presentan en la realidad—de la que es causa en gran parte la ausencia de reglas—en cada caso concreto la semejanza será más acentuada con relación a una de esas instituciones que con las demás, e incluso habrá de llegarse a soluciones distintas según los casos; por ello sería inútil pretender hallar una conclusión omnicomprendensiva y habremos de conformarnos, para no incurrir en el mismo pecado que combatiremos, con buscar una solución para la generalidad de los supuestos, sin dejar de reconocer, de antemano, la posibilidad de encuadrar los casos excepcionales, aunque sean frecuentes, en instituciones distintas de aquella que consideramos más apropiada.

II.—Comparación con las servidumbres personales.

La única alusión concreta de nuestro Código civil a los supuestos de concurrencia observados la encontramos en los arts. 603 y 604: el primero hace referencia a la servidumbre de pastos y el segundo a las establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes. Tales artículos, aunque de escaso contenido, nos indican la posibilidad de que los derechos a que nos venimos refiriendo sean considerados como servidumbres personales, valiéndonos además, a la tal fin del 531 y 594 que reconocen, en general, la existencia de tal especie de servidumbres y la facultad de todo propietario de gravar su fundo con las que tenga por conveniente y del modo y forma que bien le pareciere, sin más limitación que las establecidas no contravengan a las leyes ni al orden público.

Esta posibilidad ha sido mantenida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; y así, se nos dice que la S. de 14 de noviembre de 1924 considera servidumbre de pastos al derecho de una comunidad a aprovecharse de los de una dehesa en época, forma y con ganados determinados previamente; la de 27 de noviembre de 1923 califica de servidumbre el derecho, que corresponde a los vecinos de un municipio de proveerse en un monte de propiedad particular de cuanta leña necesiten para quemar en sus casas y en los hornos de la villa; y la

(4) No nos ocuparemos posteriormente del derecho de uso porque, aunque la doctrina francesa haya considerado el derecho de pastos y usos forestales como modalidades de este derecho, ha de tenerse en cuenta que tal solución no es más que el medio de eludir el artículo 686 del Código de Napoleón, que proscribía las servidumbres personales.

de 30 de octubre de 1919 estima que es servidumbre personal de carácter discontinuo, definida en los arts. 530 y 531 del Código civil, el derecho de labrar cada tres años en ocho fanegas de tierra enclavadas dentro del perímetro de una finca.

La doctrina científica tampoco ve inconvenientes en aceptar esta solución: WOLF estima posible un gravamen en forma que el titular pueda gozar en algunos respectos del predio sirviente, siendo ejemplo de este tipo de servidumbres el derecho de pastar y leñar y los derechos a la obtención de partes del suelo (5); OSSORTO Y MORALES, aunque haciendo una distinción de la que después nos ocuparemos piensa que "en los casos en que frente al propietario de un predio otra persona o personas ostentan determinados derechos o aprovechamientos, verbigracia: pastos, leñas, derecho de sembrar en ciertas época o lugares, etc., que constituyen para sus titulares gravámenes impuestos sobre un predio ajeno, establecidos "intuitu personae" sin consideración a un predio dominante, existen servidumbres personales autorizadas por el art. 531 del Código civil" (6).

Ante este reconocimiento legal y doctrinal no se puede dudar que los derechos estudiados pueden constituirse como servidumbres, pero sería desordenado el creer que en todos los casos que la realidad nos muestra los aprovechamientos de un inmueble atribuidos a sujetos diversos nos hallamos ante un derecho de servidumbre personal. Y lo sería porque para calificar de servidumbre un derecho es indispensable que en él encontremos todos y cada uno de los caracteres esenciales de las servidumbres sin que podamos fiarnos simplemente de una apariencia externa, ni de un reconocimiento legal que autoriza, pero no impone, una solución determinada. Buena prueba de lo que decimos es la doctrina que mantienen las Sentencias del Tribunal Supremo, que citaremos después, en las que se niega el derecho de redención establecido por el art. 603 del Código, y con él la cualidad de servidumbres, a supuestos de aprovechamientos concurrentes.

Si en los casos de concurrencia estudiados buscamos las características de las servidumbres obtendremos el siguiente resultado: Las servidumbres *iura in re aliena*, recaen siempre sobre cosa de otro y limitan las facultades del dueño de la cosa gravada. No pueden por ello, imponerse sobre cosa propia del titular de la servidumbre, ya que nuestro actual ordenamiento no admite más derecho real sobre cosa propia que el dominio: *nemini res sua servit*. Esta fundamental característica la exige para las servidumbres personales—que son las que aquí nos interesa analizar—el art. 531, en cuanto reconoce la posibilidad de su constitución en favor de aquellos a *quienes no pertenezca la finca gravada*; e indirectamente, pero con toda claridad, resulta también exigida para las servidumbres de pastos, leñas y demás productos de los montes por los arts. 603 y 604, que establecen un derecho de redención en favor del dueño de los terrenos gravados cuyo mecanismo precisa, necesariamente, un titular dominical. Por todo ello, la primera indagación procedente será buscar frente a los derechos que estudiamos un dominio al que gravar o limitar, que necesariamente, ha de corresponder a un sujeto distinto del que lo sea de la servidumbre. Y aquí, precisamente, en la busca de este dominio y de su sujeto, tenemos el primer choque con la realidad: porque resulta que si alguna vez nos es posible hallar, en estos

(5) *Tratado de Derecho civil*. Traducción de PÉREZ Y ALGUER, t. III, vol. II, pág. 23.

(6) *Las servidumbres personales*, pág. 120.

casos, un dueño del predio gravado que encuentra limitado su derecho por el del titular de la servidumbre, en la generalidad de los supuestos no ocurre así, sino que la realidad nos muestra exclusivamente dos derechos—el de pastos y el de labores o el de suelo y el de vuelo—recíprocamente limitados, que corresponden a dos sujetos y cuyos objetos—al menos a primera vista—son sendos aprovechamientos de una finca; entre ambos derechos agotan lo que normalmente es contenido del dominio, pero en ninguno se observa superioridad ni rango que sustancialmente lo distinga del derecho correlativo (7). Así, el titular del vuelo, por ejemplo, se comporta con la finca como si fuera dueño pleno, pero, claro es, limita su actividad: a obtener los productos del arbolado—bellota, corcho, ramoneo, leñas para consumir directamente o para fabricación de carbones, etc.—; a realizar cuantas operaciones sean precisas para una mejor o mayor producción—trabajos de poda, limpieza, etc.—; a conservar los árboles existentes y procurar un aumento o al menos, impedir su merma mediante el *apostamiento* de los nuevos retoños (8). Frente a dicho titular del vuelo encontramos al del suelo, que también se comporta como si fuera pleno dueño aunque, como es lógico deducir de lo dicho, limita su actividad a aprovechar los pastos y sembrar lo que de ello sea susceptible. Idéntica situación se observa en los supuestos en que la división se hace a base de pastos y labores que por ser situación más conocida no hemos de describir con mayor detenimiento. Podemos afirmar, como resumen, que el titular de cada derecho puede utilizar la finca en cuanto sea preciso para el goce y disfrute de su aprovechamiento, existiendo la recíproca obligación de permitir al titular del aprovechamiento correlativo las actividades necesarias para la utilización de su derecho (9).

De las anteriores consideraciones ha de deducirse, a nuestro juicio, la siguiente consecuencia: cuando frente al derecho de pastos, de vuelo o de labores, atribuido a un sujeto, encontremos una titularidad dominical, limitada precisamente por aquel derecho, nos hallaremos ante una relación jurídica perfectamente tipificada en nuestro ordenamiento positivo: dominio gravado por una servidumbre personal de las definidas por el art. 531 del Código civil, que puede hallarse también comprendida o ser semejante, a las que regulan de un modo particular, aunque muy incompleto, los arts. 603 y 604 del Código. Si, por el

(7) Cfr. Sentencia de 9 de junio de 1903.

(8) Por considerarlo interesante para conocer la idea que los titulares de estas relaciones jurídicas tienen de sus respectivos derechos, vamos a relatar un hecho del que hemos sido espectadores: los titulares de parte del vuelo de una dehesa vendieron a un fabricante de carbones la totalidad de los pies de encina existentes en las hazas que a aquéllos correspondían; arrancados los árboles para fabricar el carbón, el titular del derecho de vuelo vendió éste al titular del suelo, haciéndose constar en el contrato que en el haza cuyo vuelo y apostadero se vendía habían sido arrancados los árboles y descuajadas las matas. Consultado el caso—a efectos de formalización documental—, un prestigioso profesional opinó que el contrato convenido era nulo por falta de objeto. No obstante, las partes, encontrándolo justo, con arreglo a su leal saber y entender, lo cumplieron puntualmente y su conducta sirvió de pauta a casos posteriores.

(9) La Sentencia de 9 de marzo de 1893 dice que “los derechos de ambos dueños están relacionados y subordinados de tal manera, que el uno en las operaciones de cultivo no puede hacer nada que redunde en menoscabo o detrimento de los árboles, ni es lícito al otro utilizarse de ellos impidiendo, entorpeciendo o perjudicando la explotación agrícola del suelo”.

contrario, lo observado son dos derechos recíprocamente limitados, sin que ninguno de ellos tenga rango superior al otro, la solución habrá de ser distinta y tales derechos no podrán ser considerados como servidumbres, por no existir algo tan fundamental como es la titularidad dominical ajena a la que ha de gravar y sobre la que ha de recaer el derecho limitativo (10).

La anterior distinción que nos parece elemental y exenta de obstáculos en teoría, es de difícil aplicación en la práctica porque aunque alguna vez encontremos supuestos en que del título constitutivo de la relación jurídica contemplada, puede deducirse cuál es su naturaleza, en la mayor parte de los casos sólo podemos saber cómo viven esos derechos de cuya constitución nadie tiene memoria, sin que tampoco se sepa qué fué de los documentos en que se plasmó su alumbramiento, si es que alguna vez existieron. Esta es la causa de que resulte casi siempre inútil el consejo del Tribunal Supremo de que "en cada caso se atienda a los orígenes de la concesión de los aprovechamientos para poder estimar su verdadera naturaleza" (11).

Para estos supuestos—los más frecuentes— en que la oscuridad del origen de la concesión dificulta el encuadramiento del derecho, la observación atenta de la realidad puede ayudarnos a descubrir en la relación alguna nota o cualidad que decida la duda. Y, en efecto, si con este propósito indagatorio la observamos, y especialmente algunos de los supuestos que el Tribunal Supremo hubo de resolver, veremos que, a veces, el derecho de uno de los titulares no tiene sólo como límite el referirse a uno o a varios de los aprovechamientos del inmueble, sino que sus facultades se hallan en relación con ciertas necesidades del sujeto. Así ocurre, por ejemplo, cuando una persona o comunidad tiene derecho a proveerse en un monte de cuanta leña necesite para quemar en sus casas o en uso determinado (S. 29 noviembre 1923); o cuando el derecho de pastos se limita a los que puedan aprovecharse en épocas, forma y con ganados determinados previamente (Ss. 14 noviembre 1924 6 julio 1918 y 20 marzo 1929); o si el derecho a obtener determinados productos de la finca se refiere solamente a los destinados al consumo del titular, prohibiéndose toda suerte de granjería (S. 9 abril 1909). En todos estos supuestos la limitación de los titulares de tales dere-

(10) La anterior distinción ha sido claramente expuesta por el profesor OSSORO MORALES, que después de decir cuándo tales derechos deben considerarse servidumbres personales, como hemos transcrito antes, añade: "Cuando los diversos aprovechamientos de una finca corresponden a distintas personas, pero sin que los atributos esenciales de la propiedad resulten pertenecer exclusivamente a ninguna de ellas ni a un tercero, ignorándose, por consiguiente, a quién corresponde la titularidad del predio, esta situación deberá considerarse como análoga a la copropiedad, pero sólo a los efectos de autorizar la acción de retracto."

(11) Sentencia de 29 de enero de 1910. Por igual razón resulta poco práctica la norma interpretativa de la Sentencia de 18 de febrero de 1932: "El derecho de disfrute de los pastos, leñas u otros productos forestales utilizados por diversas personas o entidades sobre la misma finca, puede ser constitutivo de la comunidad de bienes... o integrar una limitación de dominio, informando el derecho real de servidumbre definido en el artículo 531 del Código civil y desenvuelto... especialmente en sus artículos 600 a 604; siendo la característica y esencial diferencia que las distingue la situación de copropiedad en que se hallan constituidos los comuneros en el disfrute de los aprovechamientos de la finca, en el primer caso, y la exclusiva propiedad del inmueble en una sola de las diferentes entidades que en común disfrutan dichos aprovechamientos, en el segundo."

chos procede de dos elementos distintos de la relación jurídica: por una parte se observa una limitación objetiva, en cuanto el derecho de tales sujetos recae exclusivamente sobre un aprovechamiento: las leñas, los pastos o el arbolado de la finca; limitación, ésta, que es común a todos los derechos que estudiamos; pero, además, existe otro límite que afecta al sujeto de la relación: el derecho de éste sólo se extiende a lo que fuese preciso para satisfacer todas o algunas de sus necesidades. Esta nueva limitación caracteriza suficientemente los derechos afectados para considerarlos de naturaleza jurídica distinta a la de aquellos otros que recaen de un modo absoluto sobre la totalidad del aprovechamiento. Y estos derechos subjetivamente limitados deben—de no existir inconveniente de otra índole que lo impida—calificarse de servidumbres personales. La razón para ello es, a nuestro juicio, la siguiente: Como hemos visto existen razones legales y doctrinales suficientes para estimar que tales derechos pueden constituirse como servidumbres personales, y que deben considerarse como tales cuando así resulte del título de su constitución; pero aunque éste no se conserve o de él no resulte expresamente la naturaleza de la relación constituida, la nota de relación entre la amplitud del derecho y las necesidades de la persona del titular debe en este trance ser decisiva, pues característica de las servidumbres personales, es, según el maestro DE DIEGO, no poder ir más allá de las necesidades de la persona a quien benefician (12). Ciertamente que esta nota por sí sola no caracteriza un derecho como servidumbre—al menos en nuestro actual ordenamiento—, pero no hemos de olvidar que nos hallamos analizando un derecho similar a la servidumbre y tratamos de distinguirlo de otros de contextura parecida; y que precisamente esa nota de limitación subjetiva es la que acerca más estas relaciones a las servidumbres y las separa de forma tajante de aquellas otras que, semejantes en su aspecto externo carecen de esta importante característica.

A la misma conclusión y por idénticos motivos, habremos de llegar cuando los derechos observados sean vitalicios, o intransferibles y, en general, cuando el derecho del titular del aprovechamiento encuentre una limitación a sus facultades que no sea de las que hemos llamado objetivas.

Para resumir: creemos que los derechos de vuelo, de suelo, de pastos y de labores deben ser considerados servidumbres personales en los siguientes casos: 1.º cuando así resulte del título de su constitución, y 2.º cuando las facultades de su titular aparezcan subjetivamente limitadas en la forma que antes decíamos (13).

De no hallarnos en ninguno de esos supuestos no pueden calificarse de servidumbres dichos derechos: aparte de las razones aducidas existe un motivo práctico muy digno de tenerse en cuenta: Como ya dijimos, la utilización con independencia absoluta de los diversos aprovechamientos de una finca rústica es situación que viene desempeñando una función útil; si forzamos estas situaciones de hecho para encajarlas siempre en las normas que el Código establece para las servidumbres, aparte de haber cometido una violencia injustificada, eliminaremos de la realidad una forma jurídica, en el transcurso de muy pocos años; porque la regulación que de las servidumbres personales de pastos, leñas

(12) *Instituciones*, t. I, pág. 374.

(13) En algunos casos estos derechos podrán, por su contextura, ofrecer gran similitud con la institución conocida por la doctrina francesa o italiana con el nombre de uso irregular. Ver, en contra, OSSORIO: *Ob. cit.*, págs. 57 y 58, y 41.

y demás productos de los montes encontramos en nuestro Código civil, más que normas de vida que sirvan de cauce a ciertas situaciones de hecho, con su secuencia de muerte: la única finalidad perseguida por los arts. 603 y 604 es establecer un derecho de redención en favor del dueño del inmueble. Al redactarse el Código civil, y por razones hoy seguramente superadas, se estimó que aquellas restricciones y limitaciones del derecho de propiedad no estaban económicamente justificadas y, por eso, se puso en manos de los dueños de las fincas gravadas un instrumento, la redención, para acabar con ellas. Tal situación, desde el punto de vista del derecho constituido ha de aceptarse, pero sería arbitrario ampliarlo—su carácter excepcional no puede ofrecerle dudas—a supuestos distintos, aunque parezcan similares.

Para poner de manifiesto esa utilidad económica, y aun social, a que hemos aludido, sólo nos resta decir lo siguiente: Situación frecuente, en los supuestos de concurrencia de aprovechamientos, es que el derecho de labor sobre una finca corresponda a una persona y los pastos a una comunidad—uno o varios pueblo.—, que encuentran en esta situación un modo insustituible de poder atender a sus modestas ganaderías; considerar que el titular de los derechos de labor puede redimir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 603 del C. c., será ineludible cuando del título de constitución de los derechos de pastos, o de otras causas, resulte que él es el dueño de la finca gravada con la servidumbre de pastos—*dura lex...*—; pero sólo en este caso, porque la ley así lo ordena, deberá accederse a la redención. Y nunca creemos podrá aplicarse tal precepto a la situación también corriente que se produce cuando un grupo más o menos extenso de personas tiene derecho a labrar cada dos, cada tres o cada cuatro años parcelas determinadas de una finca cuyos pastos o arbolado corresponde a otro sujeto, que es quien pretende utilizar el derecho de redención, porque ni este supuesto se halla comprendido en el artículo 603, ni dado el carácter excepcional de éste, se debe aplicar analógicamente.

Excluidos, pues, de los supuestos de concurrencia de aprovechamientos aquellos que, por las razones dichas, deben ser considerados como servidumbres personales genéricas, o de las específicas a que se refieren los artículos 603 y 604 del Código, continuaremos la comparación de los restantes supuestos con otras instituciones a las que de algún modo puedan asimilarse.

III.—*Con el derecho real de superficie.*

Otra institución con la que tienen cierta semejanza los supuestos de concurrencia que estudiamos es con el derecho real de superficie; aunque con reservas, el más estudiado de nuestros civilistas piensa que quizá sea preferible considerar estos casos como superficies a mantener el criterio de estimarlos constitutivos de una comunidad de bienes (14).

Si pensamos con el maestro DE DIEGO que la superficie es un "derecho real constituido sobre construcciones o *plantaciones* realizadas en suelo ajeno que autoriza a su titular para disponer de ellas perpetuamente o por cierto tiempo mediante el pago de un canon anual", habrá de llegarse a la conclusión de que al

(14) CASTÁN: *Derecho civil (Registros)*, 3.ª edic., t. I, pág. 452.

menos, el que hemos llamado derecho de vuelo, o derecho sobre el arbolado de una finca, podrá constituirse como superficie, y en tal caso su titular vendrá obligado a pagar un canon anual al propietario-cedente o a los que de él traigan causa.

Pero aunque reconozcamos esta posibilidad para los supuestos en que el derecho se constituya o ejercite en la forma dicha, no podrá admitirse como solución para la generalidad de los casos por las razones siguientes:

a) Porque, al igual que decíamos al comparar estos supuestos de concurrencia con las servidumbres, la superficie precisa un fundo ajeno, sobre el que recae y el cual grava, y esta titularidad dominical ajena no se percibe cuando la realidad sólo nos muestra dos derechos recíprocamente limitados de igual rango e importancia.

b) Porque en la generalidad de los supuestos que hemos podido observar en la práctica el titular del vuelo no viene obligado a satisfacer "solarium" (15), y en nuestro ordenamiento vigente, y antecedentes inmediatos (16), la superficie no es ni más ni menos que una variedad del censo, a la que son aplicables las normas reguladoras de la enfiteusis (art. 1.655 del Código), en la que es elemento indispensable que el dueño útil venga obligado a pagar el canon al dueño directo (arts. 1.605 y 1.629 del Código).

c) Porque, aunque existiere por parte del titular del arbolado—o de los pastos o del derecho a la siembra, si estos también se consideraban superficiarios—la obligación de satisfacer un canon al dueño y titular del aprovechamiento correlativo, siempre habría de considerarse un tipo especial de superficie al que de tal situación resultase, ya que, normalmente, el dueño directo en la superficie, y en general, en los censos—que hoy han asimilado a aquella institución—, no se reserva ningún derecho directo de goce, y, en el supuesto ideado ese dueño directo tendría derecho a percibir el canon y los restantes que se derivasen de su cualidad de censalista; pero, además, y con carácter independiente, sería el titular del derecho que hemos venido llamando correlativo; por ejemplo: el derecho del suelo, cuando fuese considerado superficiario el titular del vuelo.

Por tales motivos hay que llegar a la conclusión de que sólo excepcionalmente podrán considerarse superficies—desde luego especiales—los supuestos de concurrencia estudiados. Y aun esos supuestos excepcionales más complican que aclaran la cuestión, pues en ellos habremos de considerar al titular de uno de los aprovechamientos como superficiario y al titular del otro aprovechamiento como dueño directo con relación al aprovechamiento correspondiente al superficiario y como dueño pleno (?) con relación al aprovechamiento correlativo. Y a consecuencia de esta situación resultaría: que si el superficiario, utilizando las facultades que le confieren los artículos 1.608 y siguientes del Código civil—y la legislación complementaria reguladora de la redención de gravámenes análogos al censo—, solicitare la redención, devendría por ella no en dueño pleno del

(15) No negamos, aunque sean poco frecuentes, la existencia de supuestos en los que existe obligación de pagar canon, como ocurre, por ejemplo, en el resuelto por la sentencia de 5 de enero de 1912, en el cual el cedente de los derechos de labor se reservó el derecho de pastos y el de cobrar el treinteno del grano que se recolectase.

(16) LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil en España*, t. I, pág. 667, 12.ª edición.

inmueble, sino en titular del aprovechamiento que antes le correspondía, pero sin la obligación, ahora, de satisfacer el canon. En resumen: nos encontraríamos, después de la redención, precisamente ante la situación atípica a la que buscamos solución.

IV.—Comunidad.

Con lo dicho creemos llegado el momento de enfrentarnos con la posición que más insistentemente ha mantenido el T. S.: considerar que las situaciones de hecho de que nos ocupamos constituyen "comunidades especiales" o al menos "relaciones jurídicas análogas a la comunidad de bienes" (17).

La doctrina no juzga de buena técnica la asimilación (18), pues a ello se opone la unidad e indivisión del objeto del derecho, que es esencia de la comunidad y nota de que carecen los supuestos estudiados, en los que cada titular tiene un derecho exclusivo sobre un aprovechamiento, cuyo disfrute, como consecuencia de aquella exclusividad, no comparte con el titular o titulares de los restantes, aunque los derechos de todos concurren en una sola finca. Sin embargo, y reconociendo la violencia de la asimilación, se suele considerar útil, desde el punto de vista práctico, porque mediante ella se llena la laguna legal aplicando a tales relaciones irreguladas los preceptos de la comunidad y, sobre todo, porque a consecuencia de la aplicación del retracto se facilita la finalidad económica de reconstituir el dominio en su plenitud (19).

Pero lo verdaderamente interesante no es asimilar a los efectos de dar un nombre que agrupe ciertas relaciones jurídicas, sino observar el alcance de la asimilación y de ello deducir su procedencia o desecharla por inútil. Con decir que las relaciones observadas son comunidades especiales o situaciones análogas a la comunidad poco o nada se consigue si, a renglón seguido, no se patentiza el motivo de la especialidad y sus consecuencias o el alcance que ha de darse a la analogía, que nunca es identidad. La comparación entre una y otra situación y el estudio de la posibilidad de aplicar a los supuestos especiales las normas reguladoras de la comunidad serán, sin duda alguna, los medios de que habremos de valernos para decidir si es o no útil la asimilación tan repetidamente aludida.

Si con visión práctica, y eludiendo las variadas teorías ideadas a propósito de la naturaleza jurídica de la comunidad observamos cómo se produce y vive ésta, o, mejor aún, por ser idea más concreta, el condominio podremos ver que éste no es, en definitiva, más que una relación dominical cuya peculiaridad reside en la pluralidad de personas que integran el sujeto activo (20). En los

(17) Cfr., entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1893, 22 de junio de 1897, 9 de julio de 1903, 3 de abril de 1909, 27 de noviembre de 1906, 21 de febrero de 1920, 6 de julio de 1920 y 9 de mayo de 1922. Indirectamente, reconocen la posibilidad de que tales relaciones puedan constituir comunidad de bienes las Sentencias de 9 de abril de 1909, 6 de julio de 1918, 14 de noviembre de 1924, 30 de octubre de 1919, 21 de octubre de 1929, 27 de noviembre de 1923 y 18 de febrero de 1932.

(18) Ver OSSORIO y MORALES: Ob. cit., pág. 123.

(19) Véase MANRESA: *Comentarios*, III, pág. 422.

(20) La comunidad de bienes:—dice la Sentencia de 20 de marzo de 1929—no es substancialmente diferente de la propiedad individual, sino sólo una variación o accidente que origina la simultaneidad de varios en el mismo derecho, o sea, una forma de manifestación del dominio con los dos elementos de unidad en la cosa y pluralidad en los sujetos...

demás elementos, condominio y dominio son relaciones idénticas, y los problemas que aquél crea y en éste no existen son simple consecuencia de no ser una sola persona el repetido sujeto. Si junto a la relación de condominio, y para su comparación con la dominical, contemplamos la relación jurídica que se produce en los supuestos de concurrencia de aprovechamiento podremos ver, que en este caso la especialidad no reside en que el sujeto sea múltiple, aunque a primera vista así lo parezca, sino en el otro extremo de la relación: en el objeto que aquí no es la cosa, como en el condominio y dominio, sino un determinado aprovechamiento de la cosa. Por ello en estos supuestos, los problemas a resolver no se referirán al sujeto de la relación sino que serán consecuencia de la peculiaridad del objeto.

Podría pensarse, contra lo dicho, que igual situación encontraríamos en el condominio si contemplásemos la relación entre sujeto y cuota; sin embargo, no nos parece así porque la idea de cuota es simplemente el instrumento de que el Derecho se vale para resolver, por su mediación, los problemas que genera la pluralidad de sujetos, y, por el contrario, la idea de aprovechamiento es extrajurídica, nos la proporciona la realidad, y sobre ella, sin posibilidad de eludirla, habrá de operar el Derecho para resolver los problemas que su existencia plantea.

Por residir en el condominio la peculiaridad en el sujeto, vemos que el derecho actúa fundamentalmente sobre las voluntades de las personas que lo constituyen hasta conseguir la voluntad unificada que ha de funcionar como única en la relación; mientras que en los supuestos de concurrencia de aprovechamientos el derecho ha de operar sobre el objeto—despreocupándose en el desarrollo normal de la relación de los sujetos—para determinar, concretar y limitar el aprovechamiento que ha de considerarse objeto único de la relación. Simple consecuencia de esto es que la cohesión subjetiva en el condominio es más enérgica que en la llamada comunidad especial, pues en aquél, conseguida la unificación, indispensable para su vida normal la relación jurídica entra en el cauce normal de las relaciones dominicales. En los supuestos de concurrencia de aprovechamientos la interdependencia de los sujetos, de existir, es mero accidente, y, como se ha dicho, la actuación jurídica vigorosa ha de producirse cuando las diversas voluntades ni unificadas ni unificables, se proyectan sobre la cosa para hacer compatibles los derechos que en aquella unidad física concurren.

El resultado que necesariamente ha de obtenerse de la precedente comparación es que la pretendida similitud entre el condominio y los supuestos de concurrencia no trasciende como decíamos, de su aspecto exterior. No puede negarse que siendo ambas situaciones formas anormales de manifestarse la relación entre sujeto y cosa sea económicamente conveniente aplicarles cierto remedio—el retracto, de que después nos ocuparemos—que ponga fin a la anomalía. Pero es desproporcionada consecuencia deducir sólo de esto la analogía; máxime si se tiene en cuenta que ni el remedio afecta a la verdadera esencia de la institución, para la que el Derecho positivo la prevee y regula, ni es de su exclusivo uso puesto que también se aplica a otras situaciones—colindancia, enfiteusis, arrendamiento—que nadie pretende asimilar al condominio y que sólo tienen de común con él, y con los supuestos de concurrencia aquella anormali-

dad a que aludimos y ser situaciones que encierran cierto peligro, que alguna vez se evita mediante la aplicación de dicha medicina.

Veamos ahora qué posibilidades existen de aplicar a las situaciones especiales estudiadas los artículos que el C. c. dedica a regular la comunidad de bienes, ocupándonos, en primer término, de los preceptos contenidos en el título tercero del libro primero y dejando para más adelante el estudio de los artículos 1.522 y concordantes, que se ocupan del derecho de retracto.

El primero de los quince artículos que dicho título comprende está destinado a dar una idea o concepto de la comunidad de bienes; los artículos 393 al 395 y 397 al 399, establecen reglas cuya finalidad es: ordenar la distribución de beneficios y cargas entre los partícipes en proporción a sus respectivas cuotas; crear la voluntad rectora de la comunidad mediante la unificación de las voluntades de los partícipes, para cuyo fin sirve de base la cuota de cada uno, y reconocer un derecho exclusivo sobre la cuota. Los artículos 400 al 406 se preocupan de dar normas para la extinción de la comunidad mediante la transformación de la cuota en objeto independiente sobre el que habrá de recaer el derecho del que fué comunero: el artículo 396 regula una situación especialísima, cuyo estudio comparativo con los supuestos de concurrencia lo haremos más adelante.

Poca importancia tiene al fin que pretendemos el artículo 392: como toda definición en la Ley es de escasa trascendencia, y su aplicabilidad a los supuestos objeto de nuestro estudio, dependerá del alcance que se dé al concepto básico de pro indivisión; pero, como ya adelantábamos, la doctrina entiende que tal concepto supone unidad e indivisión material del objeto, cualidades que no se producen en los supuestos de concurrencia de aprovechamientos.

Los artículos que el C. c. dedica a regular la administración disfrute y conservación de la cosa común—normas de vida de la comunidad—son, desde luego, inaplicables a los supuestos especiales estudiados (21), porque todos ellos—398, 393 y 395—girán alrededor de concepto de cuota, implícita o explícitamente, y como en dichos supuestos la cuota no existe, falta el punto de referencia indispensable para la utilización de tales preceptos.

Evidente resulta también la inaplicabilidad del 397, que prohíbe a los condueños alterar la cosa común sin el consentimiento de los demás pues en él, como en el 394, es fundamental el concepto de unidad e indivisión del objeto de la relación.

La redacción del primer párrafo del artículo 399 podría hacernos pensar en su posible utilización para los supuestos estudiados interpretando *parte* como aprovechamiento, pero el complemento funcional de dicho párrafo, que establece la plenitud e independencia del derecho del comunero en su parte—plena propiedad de su parte, dice el C. c.—, se encuentran en las últimas palabras del precepto, que limitan el alcance de los actos dispositivos a "la porción que se adjudique en la división al cesar la comunidad": de ahí su inutilidad para los supuestos de concurrencia de aprovechamientos, pues en éstos el titular goza de facultades plenas, desde luego y sin tener que esperar a que se concrete el objeto de su derecho, que de antemano se halla determinado.

(21) Véase en este sentido, OSSORIO: Ob. cit., pág. 125.

Vemos, pues, que, por unas u otras razones, ninguno de los preceptos que el C. c. dedica a regular la vida de la comunidad son aplicables a los supuestos especiales estudiados.

Mayores dificultades ofrece el problema de si la "actio communi dividundo" puede aplicarse a tales supuestos (22); la acción de división (art. 409, siguientes y concordantes del C. c.) tiene claros fundamentos: las dificultades permanentes para la administración de la cosa, consecuencia siempre de la necesidad de unificar voluntades; el más limitado interés de cada uno de los partícipes, que atenúa el propósito de mejoramiento y a toda costa procura evitar riesgos, aunque se aminoren las posibilidades de lucro; los frecuentes choques de intereses con su desembocadura en litigios; y, en fin, como con su tono paternal sintetiza el maestro CLEMENTE DE DIEGO: porque mejor se gobiernan las cosas siendo de uno solo que de varios. Con todas estas dificultades acaba la acción de división. Y como en el fondo de toda comunidad late siempre la idea de provisionalidad (23), bien puede decirse que el derecho no impone al copartícipe la voluntad de dividir, sino que, partiendo del supuesto de que tal voluntad existe, anticipa su ejecución al momento en que cualquiera de los demás cotitulares lo solicita. Y tal ejecución, que transforma la cuota indivisa en porción cierta de la cosa, o en su valor, encuentra predeterminado con exactitud un dato valioso: el importe de la participación en relación con el valor de la cosa común que de un modo extraordinario facilita la consecución del fin pretendido.

Por todas estas razones la solución es perfectamente lógica: la Ley ante una situación económica y jurídicamente peligrosa, que por carecer de fin permanente ha de transformarse en otra equivalente, pero de distinta naturaleza, admite su existencia y la regula como tributo al respeto que las voluntades individuales concordes le merecen; pero rota la unanimidad impone su solución que convierte la situación provisional en otra definitiva equivalente.

Ahora bien, en los supuestos de concurrencia de derechos, ¿se repiten aquellas notas de peligro y provisionalidad con energía suficiente para hacer aconsejable igual tratamiento? Supuesta la contestación afirmativa, ¿existiran semejantes facilidades para llegar a aquella solución?

Necesario será reconocer en primer lugar, que la permanente dificultad en la administración de la cosa común—consecuencia de la precisa y no siempre obtenida dificultad de voluntades—no se produce en los casos de concurrencia observados; en estos el titular de cada aprovechamiento actúa con independencia de los demás en su administración y disfrute, y nadie limita su interés puesto que él solo percibe los beneficios y sufre los riesgos. ¿Que en estas situaciones existe también probabilidad de colisiones? Cierto; pero de muy diferente índole y menor frecuencia que en la comunidad: el peligro de choque es aquí consecuencia de que el objeto del derecho—aprovechamiento—no se halla en el mundo exterior aislado de otros objetos de derechos con titulares distin-

(22) OSSORO MORALES, en el trabajo tantas veces citado, dice que la ampliación analógica que de la copropiedad hace el Tribunal Supremo no puede ampliarse a la facultad de pedir la división, pág. 125.

(23) Las Res. de la Dirección General de los Registros de 24 y 27 de diciembre de 1924 resaltan el carácter provisional que siempre tiene la comunidad.

tos; se producirán en consecuencia, colisiones originadas por la vecindad, más intensas, desde luego, pero de la misma naturaleza que las resultantes de la colindancia, por ejemplo. Y para evitar los choques y solucionar las cuestiones que se produzcan bastará con la precisa determinación del objeto sobre el que recae el derecho, ni más ni menos que como se evitan o resuelven los problemas normales de vecindad.

Paralela a la disparidad de situaciones a que terminamos de hacer referencia ha de observarse la mayor dificultad que la acción de división ofrece al ser aplicada a los supuestos de concurrencia: En la comunidad, para transformar la cuota indivisa en porción determinada, se parte del dato exacto a que antes aludíamos: la proporcionalidad entre parte y todo es conocida, y si la división se consuma adjudicando a cada comunero en pago de su cuota una porción concreta de la cosa común, no puede pensarse en más peligro que el resultante de una inadecuada valoración de las porciones divididas (24). Por el contrario, en las llamadas comunidades especiales la proporcionalidad entre el valor del aprovechamiento y el de la finca es desconocida; y aunque el despejar esta incógnita sería una de tantas cuestiones de hecho de las que la Ley se desentendería, habrá de reconocerse como un inconveniente más, muy digno de ser tenido en cuenta.

Respecto a la nota de provisionalidad que observamos en la comunidad, sería pueril querer negarla de modo absoluto en los supuestos estudiados: pero volvamos la vista a la aleccionadora realidad; ella nos mostrará supuestos de concurrencia de aprovechamientos que en tal régimen llevan una existencia secular, simple consecuencia de la estabilidad del fin económico que les dió vida; difícil nos será, por el contrario, encontrar, ni concebir racionalmente, un condominio que no tenga una existencia breve: la estrictamente indispensable para que sus titulares puedan salir de la incómoda posición que la realidad, las más veces, o la voluntad las menos, creó para los comuneros.

No produciéndose, según queda indicado, en los supuestos de concurrencia el ambiente que hace aconsejable la acción de división en la comunidad, y debiendo considerarse excepcional este remedio jurídico, lógico es no estimarlo aplicable a aquellas situaciones (25).

Resultando, pues, que los preceptos dedicados por el C. c. a la comunidad no son susceptibles de aplicación a estas especiales relaciones jurídicas, ¿qué nos queda de la pretendida similitud y qué ventajas obtendremos con marejar el instrumento de la analogía? Si ninguna utilidad hemos de obtener de tal asimilación, lo mejor será desecharla radicalmente; pero no se puede olvidar que algún motivo ha decidido a nuestro T. S. y con él a parte de la doctrina a idear aquella semejanza: este motivo ha sido, sin duda alguna, la conveniencia de aplicar a las situaciones estudiadas el derecho de retracto y en este hecho habremos de fijar nuestra atención y deducir las oportunas consecuencias.

Nuestro T. S. ha mantenido con insistencia la asimilación tan repetida al resolver supuestos en los que el titular de un aprovechamiento ejercitaba la ac-

(24) Si se da el supuesto que regula el artículo 404, ni este peligro existe.

(25) Hoy podría vigorizarse esta posición tomando como apoyo la nueva redacción del artículo 396, cuyo párrafo segundo establece la inaplicabilidad de la acción de división a los elementos comunes del edificio cuyos pisos corresponden a diversos propietarios.

ción de retracto, establecida para los comuneros en el art. 1522 del C. c. La posición es, en cierto modo, lógica; el derecho de retracto es de carácter excepcional, y faltos de regulación los supuestos de hechos que estudiamos, los tribunales se hallan, al resolver, ante el siguiente dilema: o el supuesto de hecho se asimila a una relación jurídica a la que el retracto es aplicable o es indispensable declarar improcedente su aplicación; y como la realidad se impone con energía de verdad, y en los supuestos especiales se dan notas similares a las que hacen aconsejable el retracto en otros casos, los tribunales aunque violenten la técnica, pero de cara a la vida a cuyo servicio hay que poner aquélla, amplían analógicamente el concepto de comunidad—medio—para declarar procedente—fin—de retracto. Hasta este punto, y sólo en consideración al fin perseguido podrá admitirse la asimilación (26), pero en modo alguno deberá dársele superior alcance, que, como ya hemos visto, sería inútil y supondría, por otra parte, olvidar que el derecho de retracto legal no es de aplicación exclusiva a la comunidad, sino instrumento de que el derecho se sirve para acabar, en momento propicio, con situaciones antieconómicas e irregulares, por cualquier causa (27).

Circumscriba la asimilación a los límites y con la finalidad indicada subsiste el problema de cuál sea la naturaleza jurídica de los supuestos de concurrencia estudiados, que no serán, por lo dicho, comunidades especiales, ni relaciones jurídicas análogas a la comunidad de bienes, salvo esto último cuando la asimilación no tenga otro fin que el de aplicar el retracto de comuneros.

V.—*Modalidad dominical.*

A primera vista y tomando por base una idea del dominio no depurada, que, desde luego, puede encontrar apoyo en nuestro C. c. el derecho de los titulares de aprovechamientos distintos en un inmueble, podría considerarse como dominio, dado el carácter absoluto de tal derecho en relación con el aprovechamiento concreto que le sirve de objeto. Pero esta solución parece ofrecer dificultades técnicas de monta, pues la doctrina estima que el dominio sólo puede recaer sobre cosas corporales, íntegras e individualizadas; y la nota de integridad no puede concebirse en los derechos que estudiamos más que con relación a los aprovechamientos, pero no en consideración a la cosa corporal—finca—sobre la que en definitiva habrá de ejercitarse el derecho. Reconocemos los graves inconvenientes que tendría el no estimar la nota de integridad, con relación precisamente al objeto corporal, esencial al concepto de dominio, pues por tal camino—como piensa WOLF, al criticar la opinión contraria de GIERKE—se volatiliza el concepto de propiedad por su excesiva generalización (28). Pero junto

(26) Véase en este sentido OSSORIO: Ob. cit., pág. 125.

(27) El reconocimiento que ahora hacemos del carácter irregular de los supuestos de concurrencia no contradice las razones en apoyo de la inaplicabilidad de la acción de división, pues en el retracto se aprovecha la coyuntura más a propósito para acabar con la situación anormal, sin que se imponga al cotitular una voluntad determinada ni se anticipe, supuesta la existencia de tal voluntad, su ejecución, como ocurre en la división, sino que existente y actual la voluntad de vender—y teniendo en cuenta que al vendedor sólo puede interesar el equivalente en numerario—se establece un derecho preferente a comprar.

(28) *Tratado de Derecho civil. Traducción española*, III, t. I, pág. 301.

a esta idea, de gran transcendencia jurídica ciertamente podemos colocar esta otra, también fundamental: frente al derecho de dominio sólo pueden concurrirse como derechos reales propiamente tales, los derechos limitativos—gravámenes—que por naturaleza precisan la existencia de un dominio al que limitan o gravan. Y a tenor de estas ideas habrá necesidad de reconocer que si las relaciones estudiadas no son tipificables como dominicales porque su objeto no es una cosa íntegra, tampoco podrá dárseles la consideración de derechos limitativos porque no existe un dominio al que gravar (29).

Ante esta situación racionalmente insostenible, y supuesta la exhaustividad de aquellos conceptos, se hace indispensable decidirse por asimilar, con todas las reservas y reconociendo de antemano la *especialidad*, las relaciones estudiadas a uno de aquellos grupos... Con este fin pensamos, sin pretensiones dogmáticas, que nuestro C. c., más cercano a la vida que a los conceptos técnicos depurados (30) puede aproximarnos a una solución; máxime si se tiene en cuenta que aquellas notas que la técnica había considerado esenciales al dominio, encajan con dificultad otras relaciones ávidas, también, de tipificación v. g.: las que tienen por objeto la electricidad, el calor, la luz y en general las energías naturales susceptibles de utilización económica. Esta solución habría de ser considerar a las relaciones estudiadas con modalidades dominicales, o si se quiere para seguir la terminología consagrada por el C. c., como propiedades especiales, hallándose la razón de la especialidad, precisamente, en que el objeto de esta propiedad en lugar de ser, como en los supuestos normales, una cosa íntegra e independiente, es sólo un determinado aprovechamiento de la misma, al que nunca podrá faltar la idea de parcialidad en relación a la cosa física sobre que mediatamente recae el derecho, ni la de dependencia recíproca con relación a los restantes aprovechamientos; y siendo consecuencias jurídicas de dicha especialidad todas las que racionalmente se derivan de la anormal situación del objeto de estos derechos.

La idea de que los supuestos estudiados puedan considerarse como modalidades dominicales no es del todo desconocida por la doctrina; así, por ejemplo, COLIN Y CAPITANT (31) al pensar que en dichos casos se produce un concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa admiten tal posibilidad; BENITO GUTIÉRREZ al estudiar el derecho de superficie, dice que éste "puede haberse transmitido por donación, compra o legado sin imponer la menor pensión ni exigir reconocimiento para el tiempo futuro y en este caso el superficiario se ha hecho *dueño* y puede disponer libremente de ella", con lo cual reconoce, aunque equivocadamente califique de superficie una relación jurídica a la que no es posible darle esta consideración, la cualidad de dueño de titular del suelo. También de algún pasaje del maestro DE DIEGO puede inferirse que admite esta posibilidad (32). Pero además hoy podemos bus-

(29) La posición mantenida por la Sentencia de 21 de noviembre de 1929, que considera la concurrencia de aprovechamientos como comunidad de derecho real innominada, carece en absoluto de utilidad.

(30) Véase en prueba el artículo 392, que habla de propiedad de derechos.

(31) Citados por CASTÁN: Ob. cit., t. I, pág. 452.

(32) La propiedad menos plena—dice—"es aquella en que esas facultades y aprovechamientos están repartidos entre varios, bien porque toda la cosa pertenezca íntegra-

car un apoyo muy valioso desde el punto de vista positivo: nos referimos a la nueva redacción dada al art. 396 del C. c. por la Ley de 26 de octubre de 1930, al regular la llamada propiedad horizontal, que observaremos muy someramente y sólo con el fin de poner de relieve la similitud entre las situaciones de hecho que tal artículo regula y las que son objeto de nuestro estudio.

La primera idea que llama nuestra atención en dicho precepto es el reconocimiento que en él se hace, recogiendo una opinión doctrinal muy extendida antes de la reforma, del derecho singular y exclusivo de propiedad que sobre cada piso corresponde a su titular, con lo cual se pasa por alto aquella dificultad técnica de que hablamos antes, pues el piso no puede considerarse cosa corporal íntegra e independiente, sino que siempre habrá de ser observado en relación, al menos con los llamados elementos comunes sobre los que el precepto aludido reconoce la existencia de un derecho conjunto de propiedad.

Desaparecido desde el punto de vista del derecho positivo aquel inconveniente para el supuesto que la Ley regula podrían aplicarse tales ideas a los casos de concurrencia de derechos, y estimar que sus titulares tienen también un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los aprovechamientos; y si se quiere conseguir una más completa semejanza podrá considerarse elemento común, indivisible e inalienable con independencia del aprovechamiento, el suelo de la finca concebido como algo independiente de la producción o utilización de que sea susceptible. Y esta situación engendraría menos dificultades que la propiedad horizontal, porque sólo excepcionalmente podrán producirse gastos de reparación y conservación del elemento común que hayan de prorratearse entre los titulares del aprovechamiento, ya que en la generalidad de los casos los gastos se dirigirán al cultivo, disfrute, mejoramiento o defensa de uno de los aprovechamientos y habrán de correr a cargo de su titular. Ni siquiera habrán de preocuparse de satisfacer en común, los titulares de aprovechamientos, sus obligaciones tributarias, pues catastrados, como lo están casi siempre, con independencia su derechos, las contribuciones e impuestos aparecen absolutamente desligados.

En fin, que observadas una a una las nuevas disposiciones que regulan la propiedad horizontal no encontramos idea ni solución cuya aplicabilidad repugne a la textura y fin de las relaciones atípicas estudiadas. Sólo podría ser conveniente para nuestros supuestos una mayor concreción, en la prohibición que establece el § 7.º del art. 396 de variar esencialmente el destino de un piso por su titular, sin previo acuerdo mayoritario de los restantes interesados; y esta conveniencia nace de que en los casos de concurrencia de aprovechamientos el destino de la finca de cada titular es precisamente lo que concreta y determina su derecho, por cuya razón, difícilmente se concibe una variación en dicho destino que no hiera el derecho del titular del derecho correlativo. Claro que en definitiva lo que ocurriría es que toda variación de destino habría de considerarse esencial, salvo cuando resultase que como consecuencia de ella, ni se ex-

mente a varios dueños, aunque para fines y provechos distintos..." Y continúa: "En la propiedad dividida hay varios dueños que ejercen su derecho sobre toda la cosa para fines distintos; por ejemplo, el monte que pertenece a A, para caza; a B, para leña, y a C, para pastos. (*Instituciones*, t. I, pág. 1929.)

tralimitaban las originarias facultades del sujeto que realizaba la modificación, ni se mermaba, en modo alguno, el derecho correlativo del otro titular. De todos modos reconocemos que en esta cuestión, de la posibilidad de modificar los aprovechamientos, se halla el punto neurálgico del problema, si bien es verdad que en la práctica todas estas cuestiones las viene resolviendo la costumbre sin grandes dificultades.

Otro problema de gran interés sería el determinar a cuál de los titulares habría de corresponder un aprovechamiento nuevo de que la finca fuere susceptible y no tuviere relación suficientemente íntima con los aprovechamientos antiguos, para estimarlo prolongación de los mismos, ni tampoco los entorpeciese. Esta situación, a la que difícilmente se podría encontrar hoy solución adecuada, quedaría resuelta si se aplicasen las normas de la propiedad horizontal del modo dicho, pues limitado el derecho singular exclusivo de propiedad a los aprovechamientos preexistentes, todo lo demás, que no sea accesorio de estos, habrá de considerarse común.

VI.—*Cuestiones registrales.*

No queremos poner punto final a estas consideraciones sin traer a colación el hecho que nos llevó a fijarnos en los problemas que la concurrencia de aprovechamiento plantea: la situación registral de estos derechos.

La falta de orientación civil ha producido la natural repercusión en los libros hipotecarios, en los que sería inútil pretender buscar uniformidad cuando se trata de asientos relativos a derechos de esta especie, y, lo que es aún grave para la institución registral, encontrar siempre claridad y precisión. La causa de la falta de uniformidad es perfectamente explicable: sin una norma positiva, clara y terminante en la que encajar estas situaciones y sin el consuelo siquiera de una corriente doctrinal uniforme a la que acogerse, en cada caso concreto, los Notarios, al redactar los documentos, y los Registradores, al tomar razón, hubieron de resolver el problema del modo que consideraron más acertado. Y si la doctrina no estaba ni está de acuerdo en cuál sea la naturaleza de estos derechos mal podía conseguirse esa coincidencia en la práctica.

Pero no sólo es este el inconveniente, sino que la especial contextura de estos derechos crean para el Registro dificultades peculiares que pueden ocasionar imprecisiones dañosas: porque acontece que no siempre el aprovechamiento que corresponde a un sujeto, o a una comunidad, y se refiere a la totalidad de una finca, encuentra frente a sí el otro o los otros aprovechamientos que se refieren también a la totalidad del inmueble sino que para éste—que llamaremos segundo aprovechamiento—suele dividirse el inmueble y corresponder dicho aprovechamiento a diversas personas con referencia cada una, o cada grupo, a parcela determinada de la finca. De este modo encontramos frecuentemente dehesas cuyo suelo corresponden a una persona, mientras el suelo se ha dividido en parcelas—hazas de monte—y pertenecen cada una a un sujeto; u otros en que frente al derecho de pastos con sujeto único hallamos hazas de labor con sendos titulares.

Estas situaciones de hecho dan lugar a los problemas registrales que exponemos a continuación a través de diferentes supuestos que pueden producirse:

1.º *A* es titular del derecho del suelo de la dehesa *X* que tiene una extensión de 600 hectáreas y cuyo vuelo corresponde a *B*.

2.º *A* es, como en el caso anterior, titular del suelo de la misma dehesa cuyo vuelo dividido en 200 hazas de monte, de tres hectáreas cada una, corresponde a otros tantos titulares.

3.º El suelo de la dehesa *X* se ha dividido en hazas de labor de seis hectáreas cada una, correspondiente a sendos titulares que tienen derecho a sembrarlas cada cuatro años. Los pastos de invierno de la totalidad del inmueble corresponden a *B* y para aprovechar los de verano se divide la finca en dos porciones iguales para *C* y para *D*.

El primero de los supuestos es el que menos dificultades presenta desde el punto de vista registral. Si el inmueble no aparece inscrito en el Registro y *A* o *B* solicitan la inscripción de su respectivo derecho se plantea el problema básico de decidir si tal derecho es una modalidad dominical, una relación jurídica análoga a la comunidad o un gravamen de cualquier naturaleza. Si se estima que es esto último, no podrá inscribirse tal derecho mientras no haya sido inscrito el dominio, lo que equivale a negar definitivamente la entrada en el Registro a dicho derecho, pues si el titular del correlativo se aviene a inscribir la dificultad no quedará allanada ya que este tampoco resultará dueño de la finca, salvo en aquellos supuestos que considerábamos excepcionales en los apartados II y III de este estudio. Cuando, por el contrario, se opte por alguna de las dos primeras soluciones procederá inmatricular la finca, pero haciendo constar que sólo se inscribe el derecho de suelo o el de vuelo (33). En este caso la inscripción será similar a la que se practica cuando se inmatricula una participación indivisa de un inmueble. Si posteriormente se pretende inscribir el derecho correlativo habrá de llevarse al mismo folio registral, con citación, en su caso y momento, del titular del primer aprovechamiento que ya ingresó en el Registro (regla 3.ª del art. 201 y 4.ª del art. 203 de la Ley Hipotecaria). En estas inscripciones, por el carácter atípico de los derechos, y su variedad, habrá de prestarse gran atención a la extensión del derecho que se inscribe y consignarla con el mayor detalle posible incluso transcribiendo los particulares del título.

En los supuestos 2.º y 3.º han de añadirse a las anteriores cuestiones problemas registrales peculiares que vamos a ver:

a) Inscrito el derecho de *A*, al suelo de una finca, *b* titular de una haza de monte solicita la inscripción de su derecho. Lógico es pensar que este ha de inscribirse en el mismo folio registral abierto al derecho *A*, puesto que se refiere a la misma finca, lo cual dará lugar a una situación anómala ya que en un mismo folio registral aparecerán inscritos derechos que se refieren a porciones de terreno de diferentes extensiones y linderos. Si posteriormente los titulares de la restantes hazas de monte—200 en total—solicitan también la inscripción de sus respectivos derechos todos habrán de ir—sin que pueda considerarse prudente practicar segregaciones—al folio que se abrió al inscribir *A*. Y entonces resultarán inscritos en el mismo folio registral derechos que se re-

(33) Y con citación, en su caso, del titular del derecho, correlativo por analogía a lo que ordena el artículo 278 del Reglamento Hipotecario.

fienca como decíamos, a porciones diferentes de terreno, sin más relación entre sí que el derecho de *A* que a todas se extiende. Y surgirá una situación de orden práctico tan laboriosa como expuesta a errores: una finca en la que por lo menos existirían 201 inscripciones vigentes. Si después se constituirían las oportunas servidumbres de paso para el servicio de las hazas de monte y se producían las naturales transmisiones con las constituciones de usufructos, tan corrientes en las sucesiones *mortis causa*, indivisiones y transmisiones de las participaciones indivisas, la finca, en el Registro, sería un laberinto, en el que sin un ingenioso sistema de señales sería difícil acertar.

b) En el tercero de los casos supongamos que el primer derecho que se pretende inscribir es un haza de labor de seis hectáreas que corresponde a *a*. En el título sólo se describe la parcela de terreno de la dehesa *X* a la que el derecho se refiere, y se consigue la inscripción por cualquiera de los medios que la Ley proporciona. Posteriormente *b*, titular de un haza distinta, busca el amparo de nuestro sistema hipotecario; el derecho de *b* no deberá inscribirse en el folio que se abrió al de *a* porque se refiere a porción distinta de terreno, sin que sea suficiente, a tales efectos, que ambas porciones correspondan a la dehesa *X* que no está inscrita; en consecuencia, se abre nuevo folio para el derecho de *b*. Después de inscribirse estas y otras hazas de labor—habiendo abierto, de acuerdo con lo dicho, para cada una un folio—*C*, titular de los pastos de verano sobre una mitad determinada de la finca—dos *hojas*, de las cuatro en que se divide para labores—solicita la inscripción de su derecho; a éste habrá de abrirse un nuevo folio, pues aunque se trate de la misma finca en la que *a*, *b*, *c*, etc., tienen el derecho de labor que ya se inscribió, no existe norma que imponga la necesidad de agrupar en un solo asiento los derechos de estos titulares de labores, ni es posible que la misma exista pues puede ocurrir que *f* y *h*, también titulares de hazas de labor, no hayan inscrito su derecho. Reconocemos que esto supone una anomalía que va contra principios fundamentales de nuestro sistema, pero solución legal no existe; o se inscribe este derecho en folio nuevo no relacionado, ni relacionable legalmente, con los demás derechos ya inscritos sobre la misma finca—pero con referencia a parcelas que no coinciden ni en extensión ni en linderos con la que se intenta inscribir—o no se admite la inscripción, sin que se nos alcance qué causa sustantiva habría de aducirse como fundamento de la calificación desfavorable. En fin, que cualquiera de las soluciones a que se llegue será, por lo menos, extralegal. Y suponiendo que al derecho de *E* se le abre nuevo folio, y que también en folio separado inscribe *D* su derecho de pastos de verano sobre las dos *hojas* restantes de la finca, el problema se repite cuando *B*, titular de los pastos de invierno de la totalidad de la dehesa *X*, solicita la inscripción de su derecho. Porque entonces ocurrirá que, a pesar de existir múltiples inscripciones en el Registro, relativas a derechos sobre la dehesa *X*, no hay ningún asiento que se refiera a la totalidad del inmueble. Y volvemos al mismo dilema: mal si se abre nuevo folio y mal también si deja de inscribirse este derecho.

De la exposición anterior, cuyos ejemplos han sido tomados en lo sustancial, de realidades vivas, creemos se puede deducir hasta qué punto precisan los derechos de que nos ocupamos, un poco de atención, que no debe quedar sólo en resolver problemas sustantivos, sino atender también a la situación registral

para lograr la precisión y claridad debida. Y así como en el aspecto sustantivo encontrábamos interesantes semejanzas entre estas situaciones y la que genera la propiedad horizontal, desde el punto de vista registral consideramos aprovechables para los supuestos de concurrencia las soluciones dadas para aquélla.

En efecto, *parece* que en lo sucesivo la llamada propiedad horizontal podrá adoptar dos formas de vida registral: 1.ª, la común de folio único en la cual bajo el mismo número aparecerá inscrito el edificio total y los diferentes pisos susceptibles de aprovechamiento independiente, y 2.ª, la forma especial, de folio múltiple, en la que habrá de practicarse una inscripción principal del edificio en su conjunto y después, bajo distintos números inscripciones independientes de los diferentes pisos y parte de piso susceptibles de dominio separado (34). Con ambas formas, adoptadas para los supuestos de concurrencia de aprovechamientos, creemos que quedarían resueltos la mayor parte de sus problemas. La primera sería la más apropiada para aquellos supuestos en que cada aprovechamiento corresponde a un solo titular o a varios proindiviso. La forma que hemos llamado de folio múltiple produciría la claridad y precisión deseadas en todos los demás supuestos: la inscripción principal se referiría a la totalidad del inmueble y en este folio podrían consar, sin necesidad de ser trasladados a otro nuevo, los aprovechamientos que se refieren a la totalidad del inmueble. Todos los demás que afectasen a partes limitadas del mismo deberían pasar a folio distinto con las oportunas referencias tanto en la inscripción principal, como en las especiales.

Bien vendría, en fin, esta solución u otra mejor pensada que diese soluciones para el futuro y tratase de encauzar lo pasado; de no conseguirse el remedio habremos de seguir viendo a aquellos derechos en constante confusión y peligro, y bajo amenazas de litigios en los que muy pobre papel habrían de representar los asientos registrales más precisados de ayuda que en condiciones de prestarla.

(34) Decimos que *parece* que sólo podían adaptarse dichas dos formas de vida registral, porque el artículo 8.º de la Ley no autoriza ninguna otra. Sin embargo, el apartado c) del artículo 218 del Reglamento Hipotecario reconoce la posibilidad de que los pisos de una casa están inscritos separadamente y no lo esté el edificio en su conjunto. Esta hipótesis—que un comentarista tan autorizado como DE LA RICA piensa que quizá sea anómala (Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario, 1.ª parte, pág. 214)—creemos que sólo debe referirse a asientos anteriores a la vigencia de la nueva Ley, pues los posteriores habrán de adaptarse necesariamente a lo que establece el apartado tercero del artículo 8.º, que no autoriza la inscripción de los pisos como fincas independientes más que relacionados aquéllos con la inscripción principal del edificio.

BIBLIOGRAFIA

Sobre una nota bibliográfica

Abandonando, por una vez, la buena costumbre en contrario de nuestras Revistas jurídicas, se ha accedido a insertar la abajo transcrita carta del Sr. Gómez Morán¹, en censura de la nota del Sr. González Enríquez sobre la obra "La posición jurídica del menor en el Derecho comparado" (ANUARIO DE DERECHO CIVIL, I, 3, pág. 1085). A continuación se publican unas notas del Sr. González Enríquez, en las que con elegante objetividad, sin permitirse nunca descender a la polémica personal, se contesta a la carta del Sr. Gómez Morán. La Redacción de este "Anuario", implicada, mal que le pese, por la carta del Sr. Gómez Morán, añade unas explicaciones a los lectores y al mismo Sr. Gómez Morán.

Carta abierta del Sr. Gómez Morán

Salamanca, 7 de enero de 1949

Sr. Don Federico de Castro Bravo
Director del "Anuario Civil"
Madrid.

Muy respetado y distinguido compañero: En el Fascículo III del tomo I del ANUARIO DE DERECHO CIVIL, de su digna dirección, correspondiente a los meses de julio-septiembre de! año 1948, págs. 1085 y siguientes, me veo agredido, más bien que juzgado y censurado por una crítica de mis obras *La mujer en la Historia y en la Legislación* y *La posición jurídica del menor en el Derecho comparado*, suscrita por un tal Manuel González Enríquez, sin ningún otro detalle que permita su identificación, lo que me impide saber si se trata de un compañero—cosa poco probable dados los términos en que se produce—, y caso de serlo, los singularísimos motivos que tuvo para redactar una crítica en la que no lamento tanto la falta de justicia, con ser éste un atributo tan esencial a todos los Abogados, con el precario estado en que se deja la verdad, a la que todos, y más cuanto más conspicuos, nos debemos inexcusablemente.

1. Publicada sin nuestro conocimiento, con algunas apostillas del mismo Sr. Gómez Morán, en la *Revista General de Derecho*, febrero de 1949, págs. 123 y ss.

Esta sola circunstancia, cuya vehemencia se impone a los hombres honrados, me obliga a tomar la pluma, no en defensa de unas obras, que como más carecen seguramente de valor, sino en determinación exacta y fidedigna de sus textos, que hallo adulterados en la crónica de referencia, reivindicando al propio tiempo el buen nombre notarial, puesto que de quedar sin réplica la disección hecha por el Sr. González, el dignísimo Cuerpo a que pertenezco se ofrecería al público como un grupo de indocumentados, siquiera este descubrimiento o revelación tuviese lugar con ocasión de ocuparse de mí, el más modesto e inepto de sus elementos componentes.

Encarézcole, pues, tenga la bondad de dar acogida en su ANUARIO a la presente carta, esperando verme complacido sin necesidad de invocar otro título que el de compañero, conocida su proverbial hidalguía, y excusando—al menos de momento—la cita de ningún precepto legal² en relación con la crítica que suscribe el mencionado don Manuel González.

Quedando muy agradecido a su atención, paso a decir:

1.º Aunque los escritores confiamos siempre nuestras obras al juicio público y este puede sernos adverso, continúa siendo totalmente insólito el hecho de que el Sr. González no haya encontrado en las 1234 páginas de literatura jurídica que ofrezco a los lectores nada que recomendarles, apareciendo incluídos en su furioso anatema desde el título de la obra ("Que no responde "en modo alguno" a su contenido": núm. 1.º de la página 1085), hasta la fe de erratas, que no existen, pasando por los índices que la acompañan y que, según su particular entender, "son de dudosa utilidad", a causa—aclara—del "criterio de su concepción".

Lo que sea esta "concepción" es para nosotros un misterio. De todas formas, dichos índices están elaborados por orden alfabético de autores y materias, ignorando exista otro procedimiento más didáctico para el manejo de una obra.

La universalidad de una condena en la que nada se salva, revela, a nuestro juicio, el apasionamiento de su autor, y así frente a su opinión, probablemente muy autorizada, aunque jamás hayamos oído citar su nombre, la crítica y la prensa profesionales se han manifestado acordes en el elogio, a cuyos efectos cito con don Juan Iglesias Santos, Catedrático de Derecho romano de Barcelona, en la "Gaceta de Salamanca", de 20 de julio de 1947; don Pascual Martín Pérez, Profesor de la Universidad Central, en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" del mes de septiembre del referido año; don Enrique Taulet y Rodríguez Lueso, Notario de Valencia, en la "Revista General de Derecho" de aquella Ciudad, correspondiente al mes de octubre del mismo año; don Juan de Urrutia y Lezama, en "Región", de Asturias de 31 de agosto, siempre de 1947; don Luciano Sánchez Fraile, Abogado del Ilustre Colegio de Salamanca, en "El Adelanto" de 3 de marzo de 1948; don Fausto Moreno, Fiscal Muni-

2. NOTA DE LA REDACCIÓN.—Lo que hubiéramos agradecido, para nuestra ilustración, al Sr. Gómez Morán.

cial, en la "Revista de Derecho Privado", núm. 380 del mes de noviembre de 1948; "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", etc., etc.

Todas estas plumas, infinitamente más imparciales que lo que pudiera ser la mía, contestan al Sr. González en cuanto a los cargos que formula contra mí, debiendo advertir, como ellos testimoniarían si fuera preciso, que la mayor parte de esos censores me son completamente desconocidos, habiendo redactado sus crónicas—hemos de creer—a impulsos de la justicia y de la razón.

Sin embargo, por si se estima que el tema roza de algún modo lo que tenemos por subjetivo—aunque la verdad sólo tiene un nombre—, respetuosos con la opinión ajena, dejo al Sr. González el trabajo de continuar perorando por su cuenta y como quien clama en el desierto, entendiendo que existe una conciencia jurídica encargada de juzgarnos a todos y que, en este caso ya se ha pronunciado respecto a las producciones que tan inopinadamente censura el tan repetido señor.

Pero si guardamos silencio en cuanto a esto, hemos de protestar contra la adulteración que en la crítica del Sr. González se hace de la verdad, cuando, sin más pruebas que su palabra, denuncia la "falta de concordancia entre los "títulos" de algunos "epígrafes" (redundancia inextricable) y su contenido" y que "el contenido de la obra no corresponde en modo alguno al título", según hemos dicho.

A esta última imputación (única a que podemos contraer nuestra réplica, dada la generalidad de términos en que está redactada la primera), podríamos responder con cita de los anteriores comentaristas, cosa que no hacemos por huir de todo lo que sea personal; pero, salvo prueba en contrario, reputamos calumniosa la acusación que se nos hace, porque si "el contenido de la obra no responde en modo alguno a su título", estamos realizando una estafa al ofrecer al público la apariencia de algo que no existe.

Todo esto—tan grave, sin embargo—, se dice así en la crítica del señor González, sin aval ni garantía de ninguna clase, con la irreflexión del más desenfadado optimismo, y sin considerar que la imputación sin pruebas de un delito constituye, a su vez, otro delito que puede ser perseguido ante los Tribunales².

Semejante conducta no halla coonestación ni aún tomando en serio las premisas que sienta dicho señor en su nota de las págs. 1085 y 1086, al afirmar—asombréense los lectores—que los problemas referentes a la posición de los hijos y a la de la mujer dentro y fuera del hogar—temas que constituyen el objeto de nuestras obras—"no pertenecen al derecho de familia", aunque tengan grandes relaciones con ella, seguramente porque en la mente de nuestro censor la familia está constituida solamente por el padre y esposo, y, a todo conceder, por el servicio doméstico, que será el único elemento de la casa en la hipótesis de que la señora sea viuda.

2. NOTA DE LA REDACCIÓN.—¿No advierte el Sr. Gómez Morán que, con esta frase, se coloca en semejante situación a los que describe en el párrafo anterior?

Bajo tan imparciales y edificantes auspicios comienza el Sr. González la recensión de nuestras obras. Ya se comprende lo mucho que podía esperarse de ella.

2.º En la nota de referencia (págs. 1085 y 1086 desliza don Manuel González la primera de las muchas inexactitudes que habrá de verter a lo largo de su escrito: Según él en "La mujer en la Historia y en la Legislación" "no se emplea el método comparado".

Esta verdad es tan matemática como puede comprobar el lector más superficial en cuanto ojee el libro de referencia, en el que se estudia la familia, y dentro de ella la posición de la mujer, en América del Norte, América del Centro, América del Sur, Africa, Asia, Asia menor y el Irán, centro de Asia, Indochina, China, Japón, Oceanía, India, Egipto, Grecia, Israel, Germania, Roma, etc., etc., con lo que se comprende un panorama de Derecho comparado infinitamente mayor que el que abarca "La posición jurídica del menor", sin perjuicio de las reiteradísimas referencias que se hace a lo largo de su texto al Derecho europeo contemporáneo (Francia, Inglaterra, Alemania, Estados Unidos de América, Rusia, Suiza, Portugal, Italia, Repúblicas Hispano Americanas, etc., etc.), relacionando la doctrina de sus tratadistas y los preceptos de sus códigos con los españoles.

Se trata, pues, de una nueva falsedad que repugnamos, entendiendo que el dar a los lectores la impresión de una obra alterando su contenido constituye un hecho grave del que no nos absuelve ni siquiera la circunstancia, bastante verosímil, de que hayamos tenido la ligereza de entrar en su comentario antes de leerla.

3.º En el inciso 2.º párrafo 2.º de su crítica, dice don Manuel: "Es cierto que late en la obra un gran respeto a los principios católicos, pero sin estructurarlos debidamente. Y sin hacer ver, en Derecho Español, junto a los principios católicos los nacionales, tan esenciales en Derecho de Familia".

Ignoramos qué sea eso de "estructurar" principios católicos en una obra de Derecho civil; pero como las nuestras han sido siempre censuradas por la Iglesia y cuentan con el beneplácito del "Nihil obstat", el señor González ha superado con su celo al apostólico, mostrándose en esta parte de su trabajo "más papista que el Papa", según suele decirse.

Ahora, en cuanto a nuestra falta de referencia a los principios de Derecho nacional (acusación que el mismo Sr. González contradice en el párrafo 2.º de la página 1086) la encontrará el lector confirmada con la cita que hacemos de las 31 Leyes del Fuero Juzgo, aparte las que se señalan por su Título completo; las 52 del Fuero Real; todas las comprendidas bajo los Títulos I, II, III y IV de los libros IV y V del Fuero Viejo; las 111 de Código de Partidas; las dos del Estilo; las 28 de Toro; las 24 de la Novísima Recopilación, etc., etc., con más el estudio de los Proyectos de Código Civil de 1851 y 1869, el de don Augusto Comas y el de don Luis Montojo, sin omitir tampoco el "Fuero de los Españoles".

Si esto no es Derecho nacional, por ser Derecho español, que venga el más apasionado y lo vea, máxime cuando a los textos aludidos se añade el

resumen de "seiscientos veinte sentencias del Tribunal Supremo" y de más de ciento treinta Leyes, Decretos y Ordenes de la Administración española.

4.º En el apartado 4.º del núm. 1.º, afirma el Sr. González: "Además se estudia la patria potestad y no la tutela, siendo ambas las instituciones civiles normales de protección a los menores; esto se debe también, sin duda, a la confusión con la filiación".

Si mi amable censor hubiese tenido la bondad de leer el prólogo de la obra, advertiría que en él se dice textualmente: "Dejamos a un lado el Instituto cuasi-familiar, o sea la tutela, cuyo estudio Dios mediante, acometeremos algún día, porque aquel mecanismo no es exclusivo de los menores, sino aplicable también a los dementes, pródigos, sujetos a interdicción, sordomudos, etc., etc., planteándose en tal concepto un problema de capacidad que debe ser conjuntamente apreciado por razones de método".

Por consiguiente, no se trata de una "confusión" como nos imputa el señor González, sino de una voluntaria y bien meditada omisión, según observó la "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario" y el ocultarlo así a los lectores, atribuyendo al autor defectos que no le son imputables, integra una desfiguración maliciosa de los hechos con quebrantamiento de la justicia y fraude de la verdad.

5.º En el inciso anterior al que dejamos comentado dice el Sr. González con referencia a las páginas 338 y siguientes de "La posición jurídica del menor": "Se confunde totalmente el deber de alimentos que acompaña a la patria potestad y el regulado en los artículos 142 y sucesivos del Código civil".

Confrontada la cita, observará el lector: 1.º Que el epigrafe de este apartado de nuestra obra (escrito, por cierto, con caracteres grandes para evitar confusiones), es como sigue: "El deber de alimentos: su doble carácter." Y 2.º Que en los párrafos sucesivos se dice: "Conviene advertir que para la Jurisprudencia Española "es distinto el carácter de los alimentos que se deben al hijo por virtud de lo dispuesto en el art. 155 y el que corresponde por el ejercicio de las acciones autorizadas por los citados arts. 142 y siguientes." Lo preceptúa así la sentencia de 10 de mayo de 1907. "Los primeros alimentos, en efecto, tienen un concepto restringido y "son consecuencia inmediata del ejercicio de la patria potestad"; los segundos, por el contrario, poseen un sentido más universal y se deben no solamente a los hijos, sino también a los padres, como se los deben los familiares entre sí, integrando, por consiguiente, una obligación cuyo origen se halla en la institución doméstica, pero irradiando sus consecuencias a más amplias y lejanas esferas."

Insistiendo sobre la misma diferencia, reiteramos en la pág. 348: "Nos remitimos en cuanto a la forma de cumplir el deber de alimentos a lo anteriormente expuesto: en condiciones normales de familia ese deber se cumple de acuerdo con lo previsto en el art. 155 del Código y en la Ley de 1942; es decir, mediante la vida en común de los interesados. etc.. etc."

6.º Prosiguiendo su marcha de inexactitudes, añade el Sr. González en el inciso 4.º del núm. 2.º: “El no ver el sentido interno de cada institución se manifiesta, por ejemplo, en que “se fundamente” la irrenunciabilidad por parte de los padres a la administración de los bienes de sus hijos (problema de derecho familiar) “en el principio del art. 1.737 del Código civil español” (problema de Derecho contractual, pág. 366)”.

Examinada la página en cuestión se ve que además de atribuirnos la cita de artículos (el 1.737) que en ella no mencionamos, su texto ha sido totalmente alterado al censurarles. Dice así dicha página: “Sabido es, en efecto, que el administrador de bienes ajenos puede cesar voluntariamente en el cargo que desempeña, según preceptúan los arts. 1.736 y 1.888 del Código. “Contrariamente a esto, la administración encomendada a los padres sobre los bienes de los hijos es “irrenunciable” (en cursiva en el original) porque se supone establecida a causa de la incapacidad o ineptitud del hijo para la vida y “entraña uno de los deberes propios de la patria potestad, debiendo durar lo que dure ésta.”

De lo que digo, pues, a lo que el Sr. González me hace decir media un abismo que no puede salvar ni la mejor disposición, como es la mía, a recibir lecciones del prójimo, porque lo primero que debe tener todo maestro es un culto honrado a la verdad.

7.º Del mismo párrafo transcrito: “Y que para decidir sobre la capacidad del menor para reconocer hijos naturales “se acuda únicamente a su aptitud para la procreación”, pág. 94”.

Tan cierta es esta imputación como las precedentes, y en prueba de ello reproducimos el párrafo primero de la página a que alude el Sr. González: “El padre no precisa para el reconocimiento “otra circunstancia”, conforme hemos dicho, que la de encontrarse en condiciones de matrimonio a la fecha de la concepción...”

Hablamos, por lo tanto, de matrimonio y no de procreación, aunque la edad para celebrar aquél se señale por las legislaciones atendiendo al momento, más o menos convencional, en que se supone que los cónyuges se hallan en condiciones de poder engendrar. Podríamos, pues, sostener la teoría de la procreación como requisito para el reconocimiento de hijos naturales; pero no lo hacemos así, y al acusarnos de ello el Sr. González induce a los lectores al error, con daño del crédito que debemos merecerles.

8.º Es igualmente incierta la acusación que formula contra nosotros al decir que confundimos el “hecho”, el “acto” y el “contrato” de depósito. Esta confusión no es nuestra, sino de los Códigos (arts. 1.758 del español, 1.835 del italiano y 1.915 del francés), en relación con la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1912.

Todo esto se consigna en las páginas 261 y siguientes de “La posición jurídica del menor”, páginas que también cita el Sr. González, aunque desnaturalizando su texto e imputándonos faltas que nosotros mismos destacamos y que deben ser atribuidas al prójimo.

9.º Inexacto es también el párrafo que a continuación reproducimos:

“A veces “complica” las cosas haciendo ver contradicciones que no existen (por ejemplo, pág. 106, en que las sentencias citadas se refieren a asuntos distintos) o cita erróneamente la doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 14 de enero de 1896 y 9 de octubre de 1908).”

Leída la página de referencia, observamos que en ella se citan dos sentencias del Supremo, es cierto, pero “sin denunciar contradicción alguna entre las mismas”.

Frente a las sentencias mencionadas manifestamos nuestra “extrañeza”, coincidiendo en tal actitud con lo que sostienen otros muchos tratadistas españoles. Así, Manresa, por no tomarnos la molestia de confrontar más textos, dice en la página 57 del tomo segundo de su “Código civil”: “Si rara parece la aplicación del artículo 165 a los hijos emancipados, aunque se estime necesaria en algunos casos, más raro es aún el nombramiento de un defensor para los menores sujetos a tutela. Esto resulta una anomalía, pues, aparte de no encajar tal nombramiento en el marco del artículo 165, el protutor tiene por la Ley, entre otras atribuciones, la de sustituir al tutor en caso de incompatibilidad o interés opuesto.”

Como suponemos que el tal repetido Sr. González no llevará su rigor hasta el extremo de querer acabar, a pretexto nuestro, con todos los prestigios del derecho nacional, desde el momento en que no hicimos más que repetir conceptos que figuran en las obras de aquéllos, la tergiversación o adulteración que nos imputa respecto a la doctrina del Tribunal Supremo es otra acusación totalmente injusta y gratuita que sumamos a las anteriores.

10. En ninguna parte de la página 239 sostengo que el artículo 321 del Código hable de “hijas mayores de veintitrés años”, como el señor González asegura, así, entre comillas, para que la atribución resulte más sensacional, sino “de hijas de familia mayores de edad y menores de veinticinco años”, según puede verse en el apartado tercero de la citada página, sin perjuicio, desde luego, de que la mayoría de edad a la fecha de la vigencia del Código en este punto fuese la de veintitrés años para ambos sexos. Pero esto no por definición del artículo 321, del que “para nada me ocupo en la página que cita el Sr. González”, sino por aplicación al caso del 320, cuyo texto, según sabemos, es como sigue: “La mayoría de edad empieza a los veintitrés años cumplidos.”

11. Sobre si entendemos o no el artículo 59 del Código civil nada hemos de decir, aunque se trate de un precepto de aplicación diaria en el despacho de un Notario. Pero sí rechazamos la especie de su “errónea transcripción”, primero, porque mientras existan Códigos civiles en el comercio la reproducción de cualesquiera de sus artículos es trabajo de escasa monta, y después, porque en la página 232 de “La posición jurídica del menor” nadie afirma que se transcriba el artículo de referencia, sino, más sencilla y didácticamente, que dicho artículo “dice” expresiones cuya diferencia gramatical y jurídica todo el mundo conoce, con excepción, al parecer, del Sr. González, a quien, por otra parte, re-

qucrimos para que señale a sus lectores el error en que incurrimos al transcribir, sea literal o sea libremente, el artículo en cuestión.

12. Muchas cosas más pudiéramos reprochar a una crítica en que la severidad de su pronóstico aparece contradicha por el sentir unánime de la prensa profesional y de las autoridades académicas, censores que han honrado mis obras, aunque acaso con demasiada benevolencia, con los más preciados galardones de la carrera.

Si D. Manuel González tiene motivos para recomendar o no mis libros, es asunto que no me interesa. Lo que me interesa, en cambio, es que no se falseen los hechos y que no se me atribuyan afirmaciones y conceptos que no figuraron jamás en aquéllos, incluso con cita de sus páginas, lo que tiene que producir en el ánimo del lector una impresión que fluctúa entre la ignorancia y el fraude.

Concluyo, pues, por donde empecé: hombre modesto, probablemente el más modesto de los Notarios españoles, tengo derecho, hasta por ese mismo motivo, a que mi labor sea juzgada no ya con indulgencia (aunque bien la necesito dada mi imperfección), sino con justicia, que es virtud que a nadie se niega, principalmente cuando corresponde administrarla a un togado. Y en tal concepto, al tergiversar, variar, adulterar e incluso inventar mis propios textos, el Sr. González ha conculcado, según creo, las normas de una recta y leal recensión, sin que se me alcancen las razones que pudo tener para tan inesperado ataque, ya partamos del desagrado que pudo haberle producido la lectura de mis libros o ya consideremos que su reacción trae causa de cualquier otro trabajo literario mío lo suficiente desgraciado para no merecer su aprobación y aplauso. La verdad la sabe Dios, aunque los hombres podemos sospecharla.

Ruégole, Sr. Director, perdone la extensión de esta carta, y reiterándole las gracias queda suyo afmo. compañero y s. s., q. e. s. m.,

Firmado: Luis Gómez Morán

Doctor en Derecho, Académico de la Real de Legislación y Jurisprudencia, Comendador de la Orden de Alfonso X el Sabio, Cruz distinguida de primera clase de San Raimundo, pensionado por el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Secretario de Gobierno, Notario de Salamanca.

Observaciones a la carta del Sr. Gómez Morán

Estas observaciones se han de contraer, por propia decisión del que las suscribe, a un puro terreno objetivo; su finalidad es sólo intentar rebatir las afirmaciones y argumentaciones que en este terreno, y con re-

ferencia concreta a sus obras y a nuestra recensión, hace el Sr. Gómez Morán en su anteriormente transcrita "Carta abierta". Sobre estas bases, y siguiendo el orden de las aseveraciones que intentamos refutar, hemos de dejar sentado:

I. Es inexacto que en las 1234 páginas de literatura jurídica que el Sr. Gómez Morán ofrece al público no hayamos encontrado nada que recomendar a los lectores; leyendo nuestra recensión es fácil advertir que se elogia la claridad de "La mujer en la Historia y en la Legislación" (n. pág. 1085-1086), y, en cuanto a "La posición jurídica del menor", se dice que "la idea del autor es noble y digna de alabanza" (página 1086), que el trabajo es "arduo a veces por la acumulación de datos" (ibid.), que "está lleno del mejor deseo" (ibid.), que la obra "no carece de utilidad" (ibid.), que late en ella "un gran respeto a los principios católicos en materia familiar" (pág. 1087), se alude al "meritísimo trabajo de recoger una jurisprudencia muy abundante" (ibid.), al "buen sentido jurídico" del autor (ibid.) y a su "sana orientación doctrinal" (pág. 1088).

El que no se haya aludido a aciertos concretos es fácilmente explicable: en una obra que no trata de establecer tesis generales el único camino sería ir señalando en cada punto concreto si la idea del autor o su exposición son elogiables o censurables; dado que esto sería incompatible con el estrecho marco de una recensión, sólo cabe apuntar los defectos observados. Así, en el número 3 de la parte crítica de nuestra recensión, tras alabar el buen sentido jurídico del autor y su sana orientación doctrinal, se apuntan seis errores "que desmerecen de las virtudes citadas".

II. Afirmer, como hace el Sr. Gómez Morán, que no existen erratas en su obra nos parece algo exagerado. No podemos detenernos a confeccionar una fe de las mismas. Pero es fácil advertir, por ejemplo, la abundancia de palabras extranjeras desfiguradas. Concretándonos al índice bibliográfico se pueden citar: Bonfonte por Bonfante, Brissand por Brissaud, Cabrie\de Moncada por Cabral de Moncada, Coderch Marian por Coderch Manau, Sheling por Sehling, Vernau por Verneau, etc. Sabemos de sobra que la cuestión tiene poca importancia, pero era preciso rebatir la aseveración del Sr. Gómez Morán.

III. En cuanto a los índices, tampoco conocemos, como el Sr. Gómez Morán, otros procedimientos más didácticos que por orden alfabético de autores y materias. Ahora bien, hay que observar:

1.º No nos referíamos en nuestra recensión al índice alfabético de materias, ya que éste va al final de la obra y nosotros aludíamos a los índices que "la preceden". No obstante, también dicho índice es menos útil de lo debido por la deficiente ordenación alfabética dentro de cada letra: por ejemplo, en la "A" se colocan varias citas de "actos", luego otras de "acciones", más adelante varias de "alcance" y "alimentos", a continuación "administración", "adopción" y "adulterio", etc. Y así en muchas más letras.

2.º El índice de "Leyes que se citan" no alude para nada a las páginas en que se cita cada Ley, cada artículo de los Códigos, cada sentencia, etc., lo cual rebaja notablemente su valor. Además, consideramos censurable que no se ordenen cronológica ni sistemáticamente las disposiciones o sentencias citadas; al parecer, se ha querido ordenarlas por el orden en que se citan; pero al no dar paginación en el índice, tal criterio no sirve para nada. Finalmente, hemos advertido que, inexplicablemente, se omite en dicho índice toda referencia a la cita de artículos del Código civil francés.

3.º El índice por orden de materias tampoco tiene una sola cita de páginas, ni en cuanto a los capítulos ni en cuanto a los apartados en que los mismos se dividen. Esto obliga a un tanteo por aproximación que dificulta y alarga muchísimo la búsqueda de cualquier materia. Es cierto que en el índice alfabético que va al final de la obra sí se indican las páginas. Pero lo que se pregunta es la utilidad de este otro índice por orden de materias que la precede.

4.º En cuanto al índice por orden alfabético de autores, encierra varios defectos: sólo se cita el nombre del autor y el título de la obra, sin indicación de editorial, edición, fecha y lugar de ésta, número de tomos, etcétera. Las obras extranjeras se citan con el título traducido, pero sin expresar si hay o no traducción española. Finalmente, las revistas se citan en globo, sin decir qué artículos de ellas pueden interesar, ni en qué tomo, página, etc., se encuentra alguno de tales artículos. Así, por ejemplo, sólo podemos saber que en los 184 tomos de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" hay uno o varios artículos, ignorando cuáles, que pueden referirse a alguna de las muchas materias tratadas en el libro del Sr. Gómez Morán.

IV. No vemos claro que la frase "título de algunos epígrafes" sea una "redundancia inextricable", ya que la palabra epígrafe no se aplica sólo al título de un párrafo o apartado de una obra, sino al mismo apartado, cosa que demuestra el Sr. Gómez Morán al decir (pág. 222 de "La posición jurídica del menor") que "de este problema trataremos en epígrafe aparte".

No obstante, reconocemos que tal frase fué un lapsus por nuestra parte, ya que quisimos referirnos a "capítulos", y concretamente al I, cuyo título, "Clasificación de los hijos en el Derecho romano", no concuerda con su contenido, mucho más amplio, y al IV, en que se da como título del mismo lo que sólo corresponde al primero de los apartados (o epígrafes) en que se divide.

V. Entramos ya en lo que era nuestro primer punto esencial en la crítica de "La posición jurídica del menor": la afirmación de que "el contenido de la obra no corresponde en modo alguno a su título". Creemos que, por las aclaraciones que luego hacemos a dicha afirmación, por la enunciación, que también insertamos, de las materias tratadas en el libro, y por otros pasajes del contexto, nadie habrá podido dar a dicha frase el valor absoluto de que nosotros pretendamos decir que en la obra

no se habla para nada del menor. No obstante, si la frase pudo interpretarse así, queremos hacer constar que no fué ese el sentido que quisimos darle y que es nuestro deseo que se tenga por rectificadas en la medida necesaria. Pero nos parece que en la recensión quedó bien claro que lo que queríamos decir es que se confunden dos cuestiones: la posición jurídica del menor (problema que no es, en sí, de Derecho de Familia) y la del hijo (que sí lo es, aunque, según el Sr. Gómez Morán, nosotros creamos lo contrario). Y aquí llegamos a la cuestión de si los temas anunciados por los títulos de las obras comentadas pertenecen o no al Derecho de Familia. En tal sentido, nos atribuye el Sr. Gómez Morán una afirmación que estuvimos muy lejos de hacer: la de que los problemas referentes a la posición de los hijos y a la de la mujer dentro y fuera del hogar no pertenecen al Derecho de Familia; si hubiésemos dicho esto, sería justificado el asombro que el Sr. Gómez Morán trata de inculcar a los lectores. Pero, confrontada la cita, se advierte que nuestra frase es: "problemas que, como los referentes a la posición del "menor" y a la de la mujer, no pertenecen "en sí considerados" al Derecho de Familia". La verdad de tal afirmación es evidente, como trataremos de probar, y su diferencia respecto a la que nos imputa el Sr. Gómez Morán radica fundamentalmente en la distinción entre dos términos que son, precisamente, los que confunde el autor de las obras comentadas: "hijo" y "menor". No creemos necesario tratar de probar aquí que el señor Gómez Morán incurre en tal confusión, ya que su propia carta es la mejor prueba de ello, al decir: "los problemas referentes a la posición de los hijos y a la de la mujer dentro y fuera del hogar—temas que constituyen el objeto de nuestras obras—...", olvidando, al parecer, que el título de una de ellas es "La posición jurídica del menor", no del hijo. El hijo puede ser menor, pero lo que le es propio en cuanto tal hijo (la relación jurídica de filiación y lo que de ella deriva) no hace relación a que sea menor o no, y le acompaña en todas las edades de su vida. Por tanto, dicha relación y lo referente a ella (desde las diversas formas o clases de filiación hasta los derechos sucesorios) no tiene nada que ver con la posición jurídica del menor, y es ocioso tratar de ello en una obra cuyo título sólo alude a dicha posición.

En cambio, el menor plantea, ante todo, otros problemas que son anteriores a toda consideración de Derecho familiar: antes que nada un problema de capacidad. Por su debilidad natural y por su falta de desarrollo físico y espiritual, el Derecho no juzga conveniente colocarle en la misma situación que al mayor. Y dado esto, le otorga instituciones de protección, la patria potestad y la tutela, instituciones que no tendrían sentido sin la incapacidad, natural y jurídica, del menor. Por tanto, la relación de filiación y la de patria potestad operan en campos distintos, cosa que no advierte el Sr. Gómez Morán. La relación de filiación se funda normalmente en el mero hecho del nacimiento y subsiste, por sí o por los *status* que engendra, durante toda la vida del hijo. La relación de patria potestad no: se trata sencillamente de que el Derecho utiliza

esa relación de filiación para fundar en ella la normal institución de protección al menor, cuya situación de capacidad le afecta en cuanto persona, previamente, en el terreno conceptual, a su inserción en una familia. La patria potestad afecta al hijo menor: es el punto de confluencia de los dos conceptos cuya distinción no aparece clara en la obra del señor Gómez Morán, y también del Derecho de la Persona (problema de capacidad del menor) y del Derecho de Familia (relación de filiación utilizada por el Derecho). La patria potestad es de Derecho de Familia por fundarse en una relación de filiación, pero no por el hecho de recaer sobre un menor incapaz. Es decir, el resto de los problemas referentes al menor, su situación de incapacidad previa, no son de Derecho de Familia, así como el resto de lo referente a la relación de filiación no concierne a la posición jurídica del menor.

Por tanto: A) No era adecuado, a nuestro juicio, al título de la obra del Sr. Gómez Morán: todo el estudio de la filiación (sus clases, negocios jurídicos que la afectan, investigación de la paternidad, etc.) (páginas 9-164); el estudio de los alimentos en términos generales (páginas 339-357); el del derecho al apellido (págs. 383-385), y el de una serie de problemas de Derecho sucesorio (págs. 385-427); es decir, en total, 215 páginas, aproximadamente la mitad del libro.

B) En cambio, notamos omisiones de bastante bulto: 1.º Una adecuada consideración general sobre la capacidad del menor; como regla general se trae a colación el artículo 1.263 Código civil, que, sin embargo, sólo es aplicable a los contratos. Y como conclusión se afirma que "la regla general es la incapacidad del menor no emancipado", tesis defendible, aunque no demostrada por el Sr. Gómez Morán, pero con la cual no estamos de acuerdo, y que tiene, sobre todo, el defecto de estar extraída del citado artículo 1.263, que no es apto para la obtención de tal regla general.

2.º Una análoga consideración general sobre la evolución desde la situación de absoluta incapacidad de obrar determinada por la incapacidad natural en los primeros años de la vida del menor hasta su situación de capacidad natural con excepcionales restricciones de incapacidad de obrar impuestas por un criterio de protección, situación en que se encuentra el menor próximo a la mayoría, aunque no esté emancipado.

3.º Un estudio suficiente de la anulabilidad y anulación de los contratos celebrados por menores no emancipados (arts. 1.300 y ss. C. c.); el problema está apenas rozado en la página 254.

4.º Una alusión, al menos, a problemas como la confirmación de los contratos celebrados por el menor⁴, la capacidad de éste para celebrar esponsales (art. 44 C. c.), para aceptar donaciones (arts. 625 y 626 Código civil), para comparecer ante Notario a efectos de otorgar escritura pública (problema interesante y planteado por la doctrina, en especial

4. Véase CASTÁN: *Derecho Civil español. Común y Foral (Notarias)*. 6.ª edición. Tomo II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943, pág. 658, y autores allí citados.

con referencia a la Res. de la D. G. R. N. de 29 de diciembre de 1922), etcétera.

C) No se ven con claridad y exactitud las relaciones entre la patria potestad y la capacidad del menor. Resulta un tanto extraño que se juzgue necesario justificar (pág. 251) la inclusión en la obra de lo referente a la capacidad del menor. En tal sentido leemos en la página citada: "No es solamente la patria potestad la que puede influir en la capacidad de los menores, puesto que éstos pueden hallarse libres de aquella potestad, como ocurre con los emancipados, o encontrarse sometidos a autoridad distinta de los padres, como sucede en los casos de tutela, y, no obstante, sufrir modificaciones y restricciones en el desarrollo de su personalidad jurídica. Pero la patria potestad es la que influye más directamente en la aptitud del sujeto para la vida del Derecho, y de aquí que consideremos oportuno tratar de este tema dentro de la mecánica general de nuestra obra." Aparte del uso inadecuado, de acuerdo con la errónea terminología del artículo 32 Código civil, de la expresión "personalidad jurídica", que se confunde, como en otros lugares la capacidad jurídica, con lo que es capacidad de obrar, hemos de advertir:

1.º Se invierten los términos del problema: dado, como hemos visto, que las restricciones a la capacidad del menor son previas, en el orden conceptual, a la protección que, a través de la patria potestad, le otorga el Derecho, es insostenible hoy día considerar dichas restricciones como un efecto de la patria potestad (V. también pág. 248 de la obra comentada) e incluirlas, en consecuencia, en la mecánica general de dicha institución. Dado que el autor reconoce que pueden darse las restricciones aludidas aun no existiendo la patria potestad (V. la contradicción con la pág. 248, en que se habla, extrañamente, de los efectos de la patria potestad sobre los emancipados), era lógico que se aceptase la ineludible consecuencia de que la situación de capacidad o incapacidad del menor es independiente de la patria potestad y no un efecto de ésta.

2.º Es muy significativo que en la citada página 248 se diga que la capacidad del menor es estudiada "un poco al margen de las instituciones que hasta la fecha hemos venido examinando". Es decir, que la capacidad del menor se juzga algo un tanto ajena a la obra, y por eso es preciso justificar su inclusión en la misma. Y todo esto sin pensar que es el primer problema, que se debió plantear. Pero vista la obra como un estudio de la filiación y de la patria potestad, partiendo de la posición del hijo como tal, es lógico que la capacidad del menor sea una cuestión ajena.

Vamos a ocuparnos ahora brevemente de estas mismas cuestiones en lo concerniente a la mujer: aquí el error del Sr. Gómez Morán parece ser no distinguir entre la mujer en general y la mujer casada. Ahora bien, esto resulta de su "Carta abierta": en "La mujer en la Historia y

5. Véase CASTÁN: *Ob. cit.*, Tomo I, pág. 148, núm. 2, y GONZÁLEZ PALOMINO: *Instituciones de Derecho Notarial*, Ins. Edit. Reus, Madrid, 1946, Tomo I, pág. 501 y autores allí citados.

en la Legislación" aparece todo mucho más claro, cosa que hicimos notar en nuestra recensión (n. de las págs. 1085 y 1086): se enfoca bien la cuestión desde el punto de vista de la mujer en razón de su sexo, previamente a toda consideración de Derecho de Familia (págs. 247 y ss.), y sólo a continuación, y dado que las más interesantes entre las especialidades jurídicas que afectan a la mujer son las que proceden de su estado familiar de casada, se entra en las consideraciones de Derecho familiar. Ahora bien, aun así, no estamos conformes con el Sr. Gómez Morán:

1.º En que vea como algo absurdo el que nosotros digamos que los problemas referentes a la posición de la mujer no son, en sí considerados, de Derecho de Familia, aunque tengan muchas relaciones con él. En efecto, como en el menor, el problema de capacidad previo no es de Derecho de Familia. Por otra parte, la mujer puede estar soltera, casada o viuda, y en cualquier caso tiene un ámbito de actuación al margen de su inclusión en una familia; es decir, es persona antes que miembro de una familia, y, como tal persona, pueden afectarle, por razón de su sexo, especialidades que son previas al Derecho de Familia. Esto parece resultar del libro del Sr. Gómez Morán; pero la consecuencia, que él no advierte, es la que nosotros hicimos observar y que él impugna: que el problema de la mujer, sin más, que es el que parece anunciar el título de su obra, no es de Derecho de Familia.

2.º De acuerdo en que los más importantes entre los problemas que plantea en Derecho la mujer son los que le afectan en cuanto mujer casada. Pero aun aquí es preciso hacer algunas observaciones: el que se pueda mantener esa afirmación no supone, ni mucho menos, que el estudio de la posición familiar de la mujer se confunda con el examen, en bloque, del Derecho de Familia. "La mujer en la Historia y en la Legislación" es más bien este último, lo que lleva al autor a realizar un estudio completo del matrimonio, de sus efectos en todos los órdenes, de la filiación, etc., en lugar de examinar, unitariamente y sin confundirla con problemas más generales, la específica posición de la mujer. Por otra parte, hay que advertir que lo más interesante, tal vez, de dicha posición, esto es, la capacidad de la mujer casada, si bien es, en sus restricciones, una consecuencia del matrimonio, queda en cierto modo fuera del Derecho de Familia, como tal problema de capacidad, y así se suele concebir en la sistemática de la mayoría de las obras modernas.

Conclusiones en cuanto a este apartado V:

1.º En las dos obras del Sr. Gómez Morán se enfocan "a priori", como problemas de Derecho de Familia, cuestiones que sólo en un ulterior desarrollo pueden interferir tal Derecho.

2.º Ello conduce a que se conviertan en centro de ambas obras instituciones (el matrimonio en una y la filiación en la otra) que sólo en puntos concretos se relacionan con lo específico de los temas anunciados.

3.º La confusión es especialmente grave en "La posición jurídica del menor". ya que lleva a descentrar totalmente el contenido de la

obra en relación con el que del título cabría esperar, así como a invertir muchos problemas o a enfocarlos de manera inexacta.

VI. Tampoco la afirmación de que en "La mujer en la Historia y en la Legislación" no se emplea el método comparado tuvo, en nuestra intención, el sentido extremista que el Sr. Gómez Morán trata de darle. Quisimos, sencillamente, establecer un contraste entre la exposición confusa a que el método comparativo conduce en "La posición jurídica del menor" y la mayor claridad que se advierte en la obra sobre la mujer. En efecto, a propósito del menor se trata de dar la visión comparativa de los cuatro Derechos estudiados en torno a cada institución (otras veces en torno a cada problema concreto o a cada norma, etc.), y, por el deficiente empleo de tal criterio, se incurre en una exposición farragosa, reiterativa, inconexa. En cambio, en "La mujer en la Historia y en la Legislación": a) En la parte histórica se analizan todos los Derechos que el autor cita en su carta, pero pretendiendo darles un sentido de exposición de la evolución histórica de la familia, lo que es, sin duda, muy distinto al análisis comparativo de cada institución o materia en los distintos Derechos: el método histórico prevalece sobre el comparado. b) En la parte dedicada al Derecho actual, las referencias a los ordenamientos extranjeros tienen un sentido excepcional: se hacen casi siempre muy brevemente, en ocasiones sueltas y, por lo general, para apoyar soluciones dadas sobre el Derecho español o para aclarar o resaltar preceptos de éste. Se trata, en esta parte, de una obra de Derecho español en que a veces se cita el Derecho extranjero, pero no de una obra de Derecho comparado, cosa que, por otra parte, merece todas nuestras alabanzas, dada la finalidad general de las obras del Sr. Gómez Morán.

Finalmente, hay que advertir que la cita de autores extranjeros no supone, por sí, empleo del método comparado.

VII. Aunque, a lo que hemos podido observar, el Sr. Gómez Morán no reproduzca en las obras comentadas el "Nihil obstat", no nos ofrece duda que tales obras hayan obtenido la censura eclesiástica. Y en tal sentido partimos en nuestra recensión de la base del *grah* respecto que muestra el autor a los principios católicos. Ahora bien, la objeción que luego hacíamos, referente a que el autor no estructura* debidamente tales principios, no tiene nada que ver con tal censura, ya que ésta examina sólo si se respetan o no los principios católicos, pero no si se cumple una función de tipo técnico-jurídico, como es la citada estructuración. Está, por tanto, fuera de lugar el llamarnos, con expresión vulgar, "más papistas que el Papa", puesto que la censura eclesiástica se mueve en un campo y la nuestra en otro muy distinto.

En cuanto a la necesidad de estructurar principios católicos en una obra de Derecho civil es más que evidente, dado que tales principios no

6. Con la expresión "estructurar principios", que parece no entender el Sr. Gómez Morán, queremos referirnos a la que se ha señalado como la primera de las tareas metodológicas: determinar, señalando su interna jerarquía, las ideas rectoras del ordenamiento jurídico; tarea que consiste en la formulación de los principios jurídicos generales, en su precisión, ordenación y clasificación.

por ser católicos dejan de ser jurídico-civiles: son bases, sin duda las más importantes, del Derecho de Familia, y respecto a ellos juega de manera primordial la exigencia, como primera tarea metódica, que antes hemos señalado respecto a todos los principios jurídicos generales (véase "supra", nota 6) 7.

Veamos ahora lo referente a los principios nacionales; en este particular, el Sr. Gómez Morán confunde en su carta las expresiones "principios nacionales" y "Derecho nacional". Todo lo que cita es Derecho nacional; los principios nacionales pueden extraerse de ahí, pero es precisa una labor de inducción, es preciso "hacerlos ver", que es lo que en nuestra recensión echábamos de menos. La falta de esta labor de extraer los principios nacionales tiene su causa y su consecuencia: 1.º En no ascender, en la mayoría de los casos, de la mera cita o exégesis de textos legales y resoluciones jurisprudenciales, sin señalar debidamente sus directrices básicas. 2.º En no dar, por lo general, la línea interna de la evolución histórica de cada institución. 3.º En no mostrar la debida conexión entre el Derecho histórico español y el vigente. 4.º En no acudir, en cuanto al Derecho español, a la doctrina de los autores clásicos, en especial a los de los siglos XVI y XVII. 5.º En no acudir tampoco a los Derechos forales, conservadores, a veces con más fidelidad que el Derecho común, del sentido español del Derecho.

VIII. El no tratar de la tutela en una obra llamada "La posición jurídica del menor" no nos parece justificado, aunque se haga deliberadamente. Y el carácter consciente de la omisión, que no negábamos en nuestra recensión, no es obstáculo a que tal omisión esté conectada con la confusión entre el menor y el hijo. Para ello basta observar que la sistemática adecuada hubiera sido partir del estudio de la capacidad del menor y luego analizar las instituciones paralelas de protección al menor, patria potestad y tutela 8. En cambio, concebida la obra como un estudio de la posición del hijo en cuanto tal, es lógico que la tutela no tenga lugar aceptable. Recuérdese que precisamente uno de los motivos por los que resulta forzado al Sr. Gómez Morán el incluir la capacidad del menor en la mecánica general de su obra es que, según él, las restricciones a dicha capacidad vienen influidas no sólo por la patria potestad, sino también por la tutela (pág. 251).

Por otra parte, la razón aducida por el Sr. Gómez Morán en apoyo de su omisión, según la cual es preferible estudiar la tutela con generalidad y en obra aparte, debido a que afecta no sólo a los menores, sino también a otros incapaces, es poco convincente y se halla en contradic-

7. El no destacar tales principios lleva al autor, por ej., a aceptar como buena la S. T. S. de 19 de febrero de 1901 (pág. 239), que repugna a la conciencia católica y cuya doctrina ha sido después justamente rechazada por el art. 12 del Apéndice Aragonés.

8. Precisamente se ha hecho notar que los principios generales del Derecho comprenden todo el conjunto normativo no formulado, o sea, aquel que no se manifiesta en forma de Ley o de costumbre.

9. Esta sistemática, impuesta por la naturaleza misma del tema es por ej., la adoptada por Coderch Manau y Coderch Mir en su "Tratado de la menor edad", Bosch, Barcelona, 1917. No es, sin embargo, mera cuestión de sistemática: ésta, en el caso presente como en otros muchos, es reflejo de la total visión de la materia.

ción con el criterio del autor de tratar con generalidad materias mucho menos decisivas que la tutela para la comprensión de la total posición jurídica del menor (alimentos, págs. 338 y ss.; legítimas, págs. 385 y siguientes, etc.).

Finalmente, es evidente que la omisión de la tutela conduce a alejar más aún la obra del contenido anunciado por su título.

IX. En cuanto al problema de los alimentos, el Sr. Gómez Morán en su "Carta abierta" no se muestra fiel transcriptor de nuestras palabras, lo que le lleva a desvirtuar su sentido. En nuestra recensión, tras censurar el que se considerase el derecho al apellido y los derechos sucesorios como parte del contenido de la patria potestad, se decía (pág. 1087): *En el mismo sentido se confunde totalmente el deber de alimentos que acompaña a la patria potestad y el regulado en los artículos 142 y siguientes Código civil*"; es decir, en el sentido de incluir en el contenido de la patria potestad cosas que le son totalmente ajenas, de mezclar y confundir instituciones derivadas de dicha patria potestad con otras que no tienen nada que ver con ella. En efecto: A) Tras la distinción, meramente teórica¹⁰, entre ambas figuras de alimentos, se nos afirma (página 338) que, sin embargo, es preciso estudiarlas juntas, porque, si bien difieren en el fundamento, coinciden en otros aspectos. Ahora bien, cabe preguntar: ¿Por qué estudiar en una obra referente al menor y en un capítulo llamado "Del contenido de la patria potestad" una institución (los alimentos de los arts. 142 y ss.) que no hace relación ni al menor (salvo algún punto muy concreto) ni a la patria potestad? El mal es más grave porque en las páginas siguientes lo que se hace no es estudiar juntas dos instituciones, señalando sus límites y diferencias, sino estudiar una sola, los alimentos de los artículos 142 y siguientes. Al parecer, el Sr. Gómez Morán da por aplicable al caso del artículo 155 todo (o casi todo, aunque no se nos dice en qué medida) lo que él habla en torno a los artículos 142 y siguientes. En efecto, afirma (pág. 338) que estos artículos desenvuelven el precepto del 155, con lo cual no estamos en modo alguno de acuerdo, ya que parten de supuestos distintos.

B) Es evidente que, en parte, los artículos 142 y siguientes pueden ser adaptados al supuesto de los alimentos derivados de la patria potestad. Pero esta adaptación es la que no se hace, y en ello radica la mayor confusión, ya que el lector queda sin saber en definitiva qué es lo específico de la regulación del deber de alimentos establecido en el artículo 155. El Título VI, Libro I, Código civil, tiene dos preceptos que aluden específicamente a la posición del menor: el párrafo segundo del artículo 142, sobre educación e instrucción del alimentista menor, y el

10. E insuficientemente profunda, ya que, a nuestro juicio, no se limita al fundamento y al ámbito de alimentistas y obligados, sino que llega hasta el carácter mismo de ambas figuras. Lo hondo de la distinción se manifiesta por ej., en la casuística regulación que exigen los alimentos entre parientes, en general, frente a la abstención del Código ante los alimentos del art. 155: aquí no se trata de la obligación de realizar una determinada prestación valuable en dinero, sino de hacer participar al hijo en una posición social en un ambiente, en un género de vida, etc., correspondientes a los de la total vida familiar, es decir, es algo que no se puede sujetar sino en una pequeña parte a las reglas precisas de los arts. 142 y ss.

145, "in fine", sobre concurrencia, como alimentistas, del cónyuge y un hijo sometido a la patria potestad. Pues bien, en la obra comentada se alude meramente al primero de estos puntos, sin darle ningún desarrollo, y no se cita siquiera el segundo. El único intento de adaptación es el del párrafo, citado en la carta del Sr. Gómez Morán, en que se dice que, en condiciones normales de familia, el deber de alimentos se cumple, respecto al hijo menor, mediante la vida en común de los interesados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 155 Código civil y en la Ley de 12 de marzo de 1942. Ahora bien: a) ¿Qué significa ese vago concepto, no aclarado, de condiciones normales de familia? Si se alude a normalidad legal (es decir, que no se den supuesto de divorcio, nulidad de matrimonio, detención del hijo según los arts. 156 y ss. Código civil, etc.) parece excesivo exigir la vida en común, interpretando el artículo 155 en el rígido sentido de prohibir a los padres que, con causa justificada, tengan a su hijo separado de ellos (ej.: interno en un colegio, en un sanatorio, etc.); es decir, se precisa interpretar la expresión del artículo 155, "tenerlos en su compañía", y esto no se hace. Si se alude a mera normalidad de hecho, es decir, a que, en efecto, se viva en común, la frase del Sr. Gómez Morán es una tautología y no quiere decir nada.

b) La alusión a la Ley de 12 de marzo de 1942 no resulta debidamente razonada, ya que habrá muchos supuestos en que el deber de alimentos no se cumpla mediante la vida en común, y que, sin embargo, sean totalmente ajenos al campo de aplicación de la citada Ley.

c) Dado, por otra parte, que no se alude a ningún criterio sobre regulación de los alimentos satisfechos mediante la vida en común¹¹, el intento de adaptación resulta insuficiente y poco útil.

Finalmente, creemos que hay en el citado Título VI, Libro I, Código civil, otros muchos puntos en que es preciso resolver el problema de su aplicabilidad al supuesto del artículo 155. El Sr. Gómez Morán no se ocupa de tal cosa, que, sin embargo, era mucho más necesaria que el estudio de los alimentos entre hermanos o entre padres e hijos sin referencia a la patria potestad¹²; el Sr. Gómez Morán se limita a estudiar los alimentos en general (a veces con omisiones o errores: por ej., en lo relativo al art. 152, y especialmente en la referencia al contenido del núm. 5.º de tal artículo, pág. 348) y en forma que en ningún momento se aclara qué es lo específicamente aplicable al menor sometido a patria potestad.

X. Irrenunciabilidad, por parte de los padres, a la administración de los bienes de los hijos menores.—La evidente contradicción en que incurrir el Sr. Gómez Morán en este punto es causa de que la censura que

11. Véase PUIG PASTOR: *Tratado de Derecho Civil español*, Edit. "Revista de Derecho Privado", Madrid, s. f., T. II, vol. II, pág. 173. El mismo autor señala la no aplicabilidad a la determinación de los alimentos en tal caso de reglas precisas relativas a la fortuna de los padres o a las necesidades de los hijos (Ob. cit., págs. 281 y ss.).

12. Al tratar de esta cuestión del ámbito del deber de alimentos es quizá donde más claramente se manifiesta la confusión imputada, sobre todo en el estudio suficientemente minucioso de los alimentos derivados, en general, de la filiación, no ya de la patria potestad, dentro del contenido de ésta, así como al analizar los alimentos en la filiación ilegítima no reconocida, en la cual no se da la patria potestad, junto a los emanados de las demás formas de filiación, que sí pueden interferir con los del art. 155, etc.

le hacíamos sea plenamente justificada, a pesar del texto que él cita en contra. Es cierto que en la página 366 se funda la irrenunciabilidad en la incapacidad o ineptitud del hijo. Ahora bien, el primer error de que parte el Sr. Gómez Morán es el de creer, al parecer, que el precepto del artículo 163 Código civil supone una remisión, sin más, a las reglas del mandato y de la gestión de negocios, siendo evidente que los supuestos son enormemente distintos, que las palabras administrador, de un lado, y mandatario y gestor, de otro, no son sinónimas, y que hay casos de administración regulados en el Código civil y mucho más próximos al presente, por tratarse de administradores legales y, en parte, por moverse dentro del Derecho de Familia (el tutor, el marido respecto a ciertos bienes de la mujer y a los gananciales, el representante del ausente)¹³. Sobre la errónea base citada, el Sr. Gómez Morán dice que el artículo 163 es inexacto, porque, mientras el mandato y la gestión de negocios son renunciables, la administración de los padres no lo es. Ahora bien, más adelante se nos da a entender que tal contradicción es sólo aparente, ya que en virtud del artículo 1.737 (citado en la última línea de la pág. 366, contra la incomprensible afirmación del Sr. Gómez Morán) la renuncia al mandato ha de entenderse con la reserva de que el mandatario continúe en su cargo hasta que el mandante adopte las precauciones necesarias para "ocurrir a esta falta". Y dado que el hijo menor no puede hacerse cargo de sus bienes, la situación es análoga en ambos casos. Toda esta argumentación, incomprensible si no se tratara de apoyar en el artículo 1.737 la comentada irrenunciabilidad, nos parece improcedente. En efecto, la esencial diferencia de supuestos impide la asimilación y la aplicación a uno de normas pensadas para el otro, a no ser que se den los requisitos necesarios para toda aplicación analógica. Es evidente que aquí no se dan, ya que el artículo 1.737 se basa simplemente en la evitación de un perjuicio a la otra parte contratante, mientras la irrenunciabilidad del padre descansa bien en que la administración es un deber cuya renuncia exigiría expresa autorización legal, bien en que, en lo que tenga de derecho, su renuncia iría contra el párrafo segundo del artículo 4.º Código civil, en cuanto opuesta al interés o al orden público y no meramente porque fuera en perjuicio del hijo. Las consecuencias son muy distintas: la prohibición fundada en el interés de un particular cesa si se evita el perjuicio, principio que es base del artículo 1.737; ahora bien, dado que, si pudiéramos configurar la administración paterna como un caso de mandato, el mandante no sería el hijo, como parece pensar el Sr. Gómez Morán, sino la Ley, por aplicación del artículo 1.737, el padre podría renunciar sin más requisito que esperar a que la Ley proveyese a la defensa de los intereses del menor por

13. Las normas aplicables a la figura de administrador invocada por el art. 163 C. c., han de ser obtenidas por analogía, en cada caso, de las establecidas por el Código para otros supuestos de administrador; cabrá tal analogía respecto de algunas normas del mandato o de la gestión de negocios, pero será preciso probar, en cada supuesto, la identidad de "ratio legis"; en todo caso, la ratio del art. 163 estará, por lo general, más lejos de la de los preceptos referentes al mandato que de la de otros relativos a las otras figuras citadas de administrador.

otros medios. Por el contrario, considerándose dicha renuncia como opuesta al interés público, estará prohibida en todo momento y en todo caso.

XI. **Capacidad del menor para reconocer hijos naturales.**—Se parte de la confusión (pág. 94), entre los requisitos para que el hijo sea natural y la capacidad del padre para reconocerlo. Los artículos 119 y 130 del Código civil se refieren a lo primero, pero no solucionan lo segundo. Sobre esta base, se dice, que, puesto que para el reconocimiento no es precisa otra circunstancia sino la de que los padres estén en condiciones de matrimonio a la fecha de la concepción, se deduce que la capacidad para el reconocimiento coincide con la capacidad matrimonial del artículo 83, 1.º (V. también página 300 y siguientes). Como el artículo 83, 1.º, se funda, según reconoce el Sr. Gómez Morán, exclusivamente en la aptitud para la procreación, resulta evidente nuestra afirmación de que dicho señor funda la capacidad para el reconocimiento meramente en dicha aptitud, si bien lo haga a través de la capacidad matrimonial. Ahora bien, cabe objetar:

a) Los artículos 119 y 130 no apoyan tal tesis, ya que se refieren a otro problema.

b) La mayoría de los autores diversifican la capacidad del menor para el reconocimiento según la forma del mismo; es evidente que para el reconocimiento en testamento habrá que tener en cuenta la norma del artículo 663, 1.º del Código civil, que establece una regla de capacidad, no aludida, en este punto, por el Sr. Gómez Morán. En cuanto al reconocimiento en otro instrumento público, se ha planteado el problema general, ya aludido, de la capacidad del menor para otorgar dichos instrumentos. Creemos que no se debe exigir capacidad específica para ello, pero hubiera sido muy conveniente que el Sr. Gómez Morán hubiera aludido al menos a este problema, y, en general, a la relación entre la capacidad para el reconocimiento y las formas de éste.

c) Sobre todo, hay que tener en cuenta que el reconocimiento es un acto jurídico, y que la capacidad para él no puede fundarse en una mera aptitud física. La analogía con el matrimonio es improcedente, ya que en éste se exige, respecto a los menores, la licencia de ciertas personas que suplan las deficiencias de capacidad del menor en lo relativo a su falta de desarrollo mental suficiente. Esta licencia no cabe en el reconocimiento, por falta de precepto legal que lo exija y por opuesta a la propia naturaleza del reconocimiento, basado en el conocimiento de circunstancias íntimas y personales.

Por tanto, si bien es conveniente defender la capacidad del menor para el reconocimiento, se impone el acudir a criterios distintos de la mera aptitud física, sobre todo a un mínimo de desarrollo intelectual y moral, y, en ciertos casos, a la forma del reconocimiento.

XII. **Jurisprudencia.**—Hay que distinguir los dos puntos de censura que hacíamos al Sr. Gómez Morán: A) Hacer ver contradicciones que no existen: en esta cuestión hay una errata de imprenta en nuestra recensión: no se quiso decir página 106 sino 107. El problema es el siguiente:

El Sr. Gómez Morán comenta la Jurisprudencia que establece el carácter personal de la acción de reconocimiento forzoso, y la consiguiente aplicación del plazo de prescripción de quince años del artículo 1.964 del Código civil. Después, y dado que dicho plazo se debe contar desde el fallecimiento del padre, se plantea el autor el problema de la contradicción entre esta Jurisprudencia y el plazo de cuatro años establecido en el artículo 137, 1.º del Código civil. Pero la Sentencia de 1-julio-1936, que cita el Sr. Gómez Morán, no se refiere a la acción de reconocimiento forzoso, sino a la de impugnación de reconocimiento (a. 138 C. c.) y las otras que cita (6-mayo-1911 y 10-enero-1919) parten, precisamente, de la inaplicabilidad, por las reglas del Derecho transitorio, del artículo 137 del Código civil.

A continuación afirma el Sr. Gómez Morán que aumentan la confusión las Sentencias de 25-julio-1902 y 26-diciembre-1916 (las fechas son inexactas, las Sentencias son de 23-junio y 29-diciembre de los años respectivos), ya que no limitan el tiempo en que se puede ejercitar la acción derivada del artículo 137 del Código civil. Luego nos confiesa: "Verdad es que esta Jurisprudencia trata de resolver problemas distintos a los por nosotros planteados". Y añade: "pero lo terminante de sus declaraciones puede inducir a error".

En todo esto hay que observar: 1.º Si las sentencias resuelven problemas distintos, es decir, parten de diferentes supuestos de hecho, ¿a qué traerlas a colación? ¿No sabemos todos que la doctrina jurisprudencial sólo sirve para el supuesto concreto para el que fué dada, y que es impropcedente aplicarla a otros distintos?

2.º Pero es que la cosa es más grave porque las sentencias en cuestión no dicen, ni mucho menos, lo que les imputa el Sr. Gómez Morán. Donde éste cita "sin limitación alguna en cuanto al tiempo y a la representación...", lo que dice en realidad es "sin limitación alguna en cuanto al tiempo "en que ha de empezar a hacerlo" (ejercitar la acción de reconocimiento) y a la representación...". Es decir, no se alude al tiempo que dura la acción, sino a que ésta, a pesar del art. 137, puede ejercitarse antes de que el hijo llegue a la mayoría de edad; pero esto se dice con toda claridad, sin posibilidad de equívocos ni errores, sin contradicciones y sin aumento de confusión.

B) Errores en la cita de doctrina: Sólo imputábamos al Sr. Gómez Morán la cita errónea de la Sent. de 9-octubre-1908, pero ya que él alude también a la de 14-enero-1896, diremos algo sobre ambas. El problema es: el Sr. Gómez Morán critica el que el T. S. disponga a veces que se nombre defensor judicial en caso de oposición de intereses, no entre padre e hijo, sino entre tutor y pupilo. La postura del Sr. Gómez Morán sería muy justificada si el T. S. hubiera dispuesto tal cosa; no sabemos si lo habrá hecho alguna vez; pero lo evidente es que en ninguna de las dos sentencias aducidas se establece tal doctrina: a) el caso de la de 14-enero-1896 es éste: al surgir oposición entre los intereses de un tutor y su pupilo, se nombró defensor judicial: en 1.ª y 2.ª instan-

cias se discutió acerca de quién debía ser nombrado defensor, y en ambas se confirmó la primitiva designación. El recurrente en casación alegó la infracción del art. 165, puesto que en el caso en cuestión no procedía el nombramiento de defensor. El T. S., rectamente, deniega el recurso declarando: "Que partiendo las partes de estarse en el caso de nombrar defensor a un menor, y reduciéndose la controversia a saber si conforme a la Ley debía o no ser preferido un pariente de dicho menor a un extraño para obtener y desempeñar el cargo, al resolver la sentencia únicamente acerca de este punto, no puede infringir los artículos 165 C. c. y 1.853, 1.854 y 1.856 L. E. C., bajo el supuesto contrario, o sea el de no estarse en el caso de hacer el nombramiento de defensor". Es decir, el T. S. está muy lejos de decir que procede el nombramiento de defensor, sino que se limita a negar la infracción del art. 165, puesto que en 2.^a instancia no se había planteado la cuestión.

Al manejar la Jurisprudencia del T. S., es preciso ponderar cada caso, y tener en cuenta el auténtico papel de la casación, que se limita a resolver sobre posibles infracciones cometidas por la sentencia de instancia, sin plantearse de nuevo, "ab initio", el total problema.

b) El error en la cita de la sentencia de 9-octubre-1908 es aún más grave, ya que en el caso de esta sentencia la oposición de intereses era entre padre e hijo, caso previsto en el art. 165 y que es el contrario, precisamente, al supuesto por el Sr. Gómez Morán.

En cuanto a la cita que este señor hace de Manresa en su carta, nos parece fuera de lugar: no impugnábamos la opinión en que coinciden ambos autores, ni hemos tratado de derribar ningún prestigio; nos limitamos a afirmar que el Sr. Gómez Morán cita erróneamente una S. T. S., no citada por otra parte por Manresa; lo exacto de nuestra aseveración queda demostrado y puede comprobarlo cualquiera que se tome la molestia de consultar las sentencias citadas.

XIII. No dudamos que el Sr. Gómez Morán aplique rectamente el artículo 59 C. c. en su vida profesional: no hemos criticado su actividad como Notario, y no tenemos ningún motivo para dejar de considerarla acertada. Nos hemos limitado a comentar lo que se desprende de su libro, y en tal sentido creemos que se sufren determinadas confusiones en cuanto a dicho artículo.

Empieza por ser errónea la transcripción del mismo. Es posible que no se pretendiera transcribirlo; pero entonces se debió proceder de otra manera. En efecto, en la pág. 232 leemos: Este artículo dice: "Si el marido..." Los dos puntos y el entrecomillado no dejan lugar a dudas, para el lector normal, de que la intención fué copiar textualmente el artículo.

En cuanto a los errores que el Sr. Gómez Morán nos invita a señalar, son los siguientes: 1.^o Se omite el párrafo 1.^o, lo cual tiene la consecuencia de que a continuación, al examinar el Sr. Gómez Morán dicho artículo, comente cosas (así la capacidad administrativa del marido como regla general) que no resultan de su versión del mismo.

2.^o Se habla de consentimiento del padre, y de autorización de la

madre y del tutor. Es cierto que el C. c. no distingue técnicamente entre ambos términos; pero es que si el art. 59 dijera lo que le hace decir el señor Gómez Morán, podría pensarse que sí hacía el Código tal distinción técnica.

3.º Se limita a extraer del art. 59 la norma relativa al marido menor de dieciocho años, dando una versión del párrafo tercero, referida exclusivamente a dicho supuesto, mientras que la intención de dicho párrafo sólo fué restringir la capacidad del marido menor de edad, pero mayor de dieciocho años. Esto no tiene justificación alguna, puesto que el ulterior comentario se refiere a ambos supuestos, marido mayor y menor de dieciocho años.

La mayor confusión está, a nuestro juicio, en que el Sr. Gómez Morán entiende, al parecer, que los tres actos que prohíbe el párrafo tercero del artículo 59 llenan todo el campo de los actos dispositivos (actos de dominio según su terminología); en efecto: a) Si al marido menor de dieciocho años le están vedados los actos dispositivos, no es por aplicación del párrafo tercero, art. 59, como se desprende de la versión del Sr. Gómez Morán, sino por la del mismo párrafo segundo, a través del conocido principio de que "quien no puede lo menos, tampoco puede lo más" (o bien mediante una interpretación amplia del término "administrar"). De la versión del art. 59 que da el citado señor, entendiendo la administración, como él lo hace, en un sentido restringido, podría pensarse que el marido menor de dieciocho años puede gravar y enajenar bienes no raíces.

b) Por el contrario, siguiendo el comentario del art. 59, dice el señor Gómez Morán en la pág. 234: "Cuando en lugar de actos de administración se trata de actos de dominio, y los esposos que pretenden realizarlos son menores de edad, el problema de capacidad debe resolverse negativamente". El error de esta afirmación es evidente; sólo es válida para los esposos menores de dieciocho años. Al marido mayor de edad (y probablemente también a la mujer con arreglo siempre al régimen matrimonial patrimonial establecido, y a las normas generales sobre la capacidad de la mujer casada), es sabido que le está abierto el amplio campo de los actos de dominio respecto de bienes que no sean raíces. Creemos poco adecuado interpretar el art. 59 tratando de oponer actos de administración y de dominio; pero si se quiere hacer así, es preciso aclarar que al marido mayor de dieciocho años sólo le están prohibidos los actos de dominio "sobre bienes raíces". La norma del párrafo tercero, art. 59 podrá ser más o menos criticable¹⁴, pero está perfectamente clara.

Finalmente, comentando la referencia del Sr. Gómez Morán a la facilidad de transcribir un artículo del C. c., hemos de advertir que estimamos irrelevante dicha argumentación frente a la evidencia de los errores padecidos.

XIV. Es cierto que ni en la pág. 239 ni en la siguiente, cita el señor Gómez Morán el art. 321, pero no es menos evidente que comenta su con-

¹⁴ Véase, por ej., DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, 1930, t. II, página 568.

tenido, por lo que nos parece arriesgada su afirmación de que en dicho lugar "no se ocupa" del artículo en cuestión. Entrando en el problema de fondo, hay que hacer constar que el Sr. Gómez Morán afirma: "El Código civil español habla de hijas de familia, mayores de veintitrés años y menores de veinticinco". Ahora bien, al poner la frase en presente induce a graves dudas, ya que hoy día, al estar derogado por la Ley de 13-diciembre-1943 el párrafo primero del art. 320, no puede resultar dicha afirmación de la combinación de los arts. 320 y 321. Pero yendo más lejos, aún antes de la citada Ley era poco adecuado dar a dicha combinación el alcance que le atribuye el Sr. Gómez Morán, basando sobre él el falso problema que le imputábamos en nuestra recensión. El art. 321 se limita a imponer una restricción a la capacidad de las hijas menores de veinticinco años, a pesar de que sean mayores de edad; la edad en que alcancen tal mayoría le es plenamente indiferente, y por tanto, cualquier modificación en dicha edad no tiene razón alguna para afectar a la norma del art. 321, mientras no lo diga expresamente. El querer forzar el sentido de dicho artículo combinándolo con el 320 para obtener una norma a la que pueda afectar la Ley de 1943, es del todo improcedente.

Pero el problema en cuestión, no sólo es falso en su raíz sino que está planteado en forma muy curiosa, ya que leemos en la pág. 240: "Pero el legislador ha omitido aclarar si los dos años que debe esperar la mujer para salir del domicilio paterno han de contarse desde los veintitrés o desde los veinticinco (!) años". Aparte de la extraña posibilidad apuntada al final, cabe preguntar: ¿Dónde se dice que la mujer deba esperar, precisamente, dos años? En el art. 321 desde luego no, a no ser que se entienda que habla de hijas mayores de veintitrés años y menores de veinticinco; es decir, que se ha obtenido una norma de la combinación de los artículos 320 (antes de 1943) y 321, se ha substantivado su contenido sobre el 321 y se ha creído que éste puede seguir diciendo, una vez derogado el art. 320, párrafo primero, lo que, por otra parte, no ha dicho nunca.

En definitiva, todo el apartado en cuestión de la obra del Sr. Gómez Morán está tan confuso que casi todas las opiniones sobre lo que dicho señor quiso decir pueden encontrar apoyo en él.

XV. Como último punto, hemos de tocar lo referente a la confusión entre hecho, acto y contrato, haciendo referencia al depósito. El señor Gómez Morán nos dice en su carta que la confusión no es suya, sino de ciertos Códigos. Ahora bien, hay que sentar: 1.º En la pág. 261 de su obra leemos, comentando el art. 1.758 de nuestro C. c.: "La constitución es un hecho, es decir, un acto..."

Creemos que hace muchos años está resuelta en la doctrina la diferencia entre hecho y acto, y que resultan hoy de un tecnicismo muy deficientes frases, como la citada por el Sr. Gómez Morán, en la que, o bien se identifican ambos términos, o bien se da a la palabra "acto" un sentido más amplio que a "hecho".

2.º La citada frase continúa: "...mejor que un contrato propiamente dicho". Es decir, se trata de oponer acto (o hecho) a contrato, siendo

evidente que, según la técnica generalmente aceptada, todo contrato, propia o impropriamente dicho, es un acto jurídico, y por tanto un hecho jurídico. Pero, sobre todo, el confusionismo respecto a los conceptos de acto y contrato procede de que no se nos aclara en absoluto qué es el depósito, introduciendo así la confusión en una materia que, al menos en nuestro Código civil, está bastante clara. Las dudas que pudieran plantear los Códigos en cuestión acerca de la naturaleza del depósito exigían una aclaración, y al no hacerla el Sr. Gómez Morán, incurre en la misma confusión (que trata de imputar. En efecto: a) Nos dice que en el C. c. español el depósito es un acto o un hecho, pero no un contrato. Sin embargo, no cita el art. 1.760 que empieza diciendo: "El depósito es un contrato..." b) No distingue entre el depósito judicial (que no es contrato, y de aquí la anomalía que el Sr. Gómez Morán advierte en el art. 1.758, y que no acierta a explicar satisfactoriamente) y el propiamente dicho (que sí es contrato, como resulta claramente del C. c.: arts. 1.760, 1.768, 1.775). c) No advierte que la intención del art. 1.764 es establecer una excepción al 1.263, lo cual no tendría sentido si el depósito voluntario no fuese un contrato. d) No nos aclara en fin si los arts. 1.764 y 1.765 son o no suficientes para negar el carácter de contrato al depósito propiamente dicho. e) Sobre todo, no procede a analizar las figuras de acto y contrato, y la del depósito, para ver en cual de ellas encaja ésta; se limita a una exposición confusa y a veces contradictoria, de la que no se obtiene ninguna luz.

* * *

Sólo dos palabras antes de concluir: de las observaciones anteriormente hechas, puede fácilmente deducirse la recta interpretación de aquellas expresiones que en nuestra recensión pudieran haber resultado, contra nuestra voluntad, y a causa, sin duda, de nuestra inexperiencia, equívocas. Reiteramos el deseo de hacer valer el recto sentido de las frases o palabras en cuestión. Hecha esta aclaración, no podemos dejar de afirmar que nos consideramos en condiciones de ratificar cuanto dijimos en nuestra recensión a las obras del Sr. Gómez Morán.

Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ

Nota de la Redacción

No entramos, ni se tiene por qué entrar, en el fondo de la discusión. Carta y contestación dan al lector datos suficientes para juzgar por sí mismo. Es un deber, y, no hay por qué ocultarlo, un penoso deber, pero ineludible, impuesto por el tono de la carta del Sr. Gómez Morán, el añadir esta Nota; quisiéramos evitar una nueva causa de molestia a la susceptibilidad del Sr. Gómez Morán, pero callar nuestra opinión sobre la crítica de libros en general y sobre la personalidad y buena fe del Sr. González Enríquez, sería inexcusable falta a nuestras obligaciones.

La crítica de libros es función ingrata y difícil. Cualquier observación, por amable y bien intencionada que sea, puede herir dolorosamente el cariño más que paternal del autor por su obra; la crítica, aún más justa y razonada, resultará, casi siempre, impotente para desvanecer las ilusiones de un autor, y su hiperestesia de creador literario fácilmente puede transformarse en manía persecutoria. De otra parte, también es casi imposible desarraigar el hábito, amable, cómodo y vicioso, de elogiar el libro apenas hojeado, y de abandonarse a la inclinación natural de resaltar sólo lo bueno y de decir frases halagüeñas. En la sección bibliográfica del ANUARIO se quisiera conseguir—y quizá algún día se logre—que sus notas expresen un auténtico juicio, objetivo y severo, orientación para el lector y para la doctrina, amistosa admonición al autor¹⁵.

El Sr. González Enríquez ha seguido fielmente este criterio y, por ello, hemos de discrepar del Sr. Gómez Morán al juzgarlo. Probablemente, nuestra concepción de la crítica bibliográfica, y la del Sr. Gómez Morán difieren de un modo radical; de su carta parece inducirse que el valor de una obra está prejuzgado ya (en parte al menos), por la personalidad del autor, por sus funciones y distinciones oficiales, uniendo tan íntimamente obra y profesión que piensa que una apreciación peyorativa sobre el libro de un Notario supondría agraviar al Notariado. Pensamos de modo distinto; es la obra, no el cargo, lo que se somete a la general crítica con la publicación¹⁶, y hasta podría añadirse que mientras más altos sean los títulos ostentados más ha de exigirse a la obra. No es ésta ocasión para tratar extensamente sobre la función de la crítica y, para mayor brevedad, nos acogemos a la "auctoritas" del Sr. Gómez Morán, atreviéndonos a hacer un argumento "ad hominem". En su obra está esta frase: *Castán sostiene que entre los burgundios estaba admitida la patria potestad de la mujer, "pero sin aportar dato alguno que asevere sus palabras. En cambio Paulo Merea, el civilista portugués que ha hecho estudios especiales sobre este extremo, sostiene que inútilmente querrán encontrarse antecedentes de esta concesión (sic) entre los pueblos germánicos, porque tales antecedentes no existen* (pág. 174). ¿Qué valor dar a estas palabras? Pueden entenderse como una acusación, y la más grande que puede lanzarse contra un hombre de ciencia, la de hacer afirmación gratuita, sin fundamento ni base en que apoyarla. Las preguntas brotan solas: ¿Qué jurista de más autoridad, de títulos más claros y elevados, que el Presidente del Tribunal Supremo, maestro de maestros? ¿Hay desconsideración hacia su persona, ataques contra el Profesorado, a la Magistratura, a todos los que le admiramos? ¿Podrá tacharse al Sr. Gómez Morán de mala fe, de tener ánimo doloso al escribir tal frase? "Nemini discrepanti", todos admitiremos que, si bien poco afortunada¹⁷, se dictó

15. "Les plus grand effort de l'amitié n'est pas de montrer ses défauts à un ami, c'est de lui faire voir les siens", *La Rochefoucauld, Maximes*, CDX.

16. "Il se soumet lui-même aux caprices d'autrui. Et ses écrits tout seuls doivent parler pour lui", Boileau, *Satire IV*.

17. Nos atrevemos a calificarla así, por estas razones: 1.ª Castán dice: "En la Edad Media, algunas legislaciones germánicas (como la de los burgundios) conceden a la madre viuda autoridad sobre los hijos". *Derecho civil español, común y foral*, 1942. IV. pág. 36.

de buena fe y sin propósitos ni posibilidad de herir a ningún cuerpo de funcionarios. ¿Por qué creer otra cosa de la crítica del Sr. González Enríquez?

Indispensable será dejar sentado, sin resquicios para la duda, el ánimo generoso con que se redactó la Nota. Sus lectores observarán más de un calificativo elogioso, pero la postura benévola del Sr. González Enríquez se calibrará en todo su alcance si se cuentan las ocasiones en que excusa posibles motivos de censura con su silencio. La Nota se caracteriza precisamente por su prurito de marcar diferencias doctrinales, y por ello se dejan de mencionar contradicciones y olvidos, que no escasean en el libro reseñado.

Sin propósitos de polémica, de crítica o censura, al objeto estricto de poner de manifiesto estas afirmaciones, nos permitimos señalar al Sr. Gómez Morán estos ejemplos:

a) **Contradicciones aparentes.**—Se dice en el prólogo de la obra: “La relación bibliográfica que incluimos al principio de este tratado “servirá” al lector curioso para la búsqueda de antecedentes más completos, si los desea” (págs. 4-5); en el índice alfabético de autores (págs. XXXIX-LIIII), no se indica lugar ni fecha de impresión, todas las citas parecen ser de obras españolas por estar sus títulos (aún escritos en lenguas extranjeras) sólo en español, no se distingue entre libros y artículos de Revistas (no hay cita de las Revistas, del año ni de la página) y aparecen como autores Aranzadi (Jurisprudencia, Repertorio Cronológico de Legislación, Índice progresivo de Legislación y Jurisprudencia), Anuario de la Dirección general de Administración pública y civil, Archivo jurídico (sic) “Filippo Serafini”, etc.¹⁸.

Se dice: “En Francia la muerte de uno de los esposos “pone término” a la patria potestad, pues el cónyuge que sobrevive (aun siendo el padre) “no puede” ejercer para la sucesión ese poder sobre los hijos, a quienes

2.^a Con lo que se reproduce el conocido aserto de HINOJOSA: “El Derecho visigodo, como el Borgoñón, influido quizás por el romano, estableció que, a la muerte del padre, recayesen los hijos en la potestad de la madre”. Sobre la condición de la mujer casada en la esfera del Derecho civil, discurso de recepción en la A. C. M. P., 1907, pág. 19.

3.^a Que la Lex Burgundiorum, tit. 59, dice que a la muerte del padre, quedará con todos sus bienes “in solatio et potestate (matris)”, recogida por MEREJA: *O poder paternal na Legislação visigótica*, B. F. D. (Coimbra), 15 (1938-1939), pág. 311, n. 8.

4.^a Que la doctrina recogida por CASTÁN coincide en términos generales con la de nuestros historiadores del Derecho: UREÑA: *La autoridad paternal como poder conjunto y solidario del padre y de la madre*, disc. en la R. A. C. M. P., 9 (1912), pág. 703; RIAZA y GARCÍA GALLO: *Manual de Historia del Derecho español*, 1934, págs. 704-705.

5.^a Que MEREJA dice: “No puede, por otro lado, negarse que el Derecho germánico contenía tendencias favorables al reconocimiento de ciertos derechos maternales”, loc. cit., página 309. “Que existían, desde el lado germánico como del romano, tendencias favorables al reconocimiento de ciertos derechos a la madre y que esta evolución se acentuó en el Derecho visigodo.” “No repugna, pues, creer que en la práctica se estuviese esbozando ya aquel sistema de poder conjunto que sólo más tarde, en el text; de los Fueros, adquiere contornos precisos”, *Notas sobre o poder paternal no direito hispânico*, A. H. D., 18 (1947), págs. 28 y 29.

18. En el texto de la obra se encuentra apenas una cita comprobable; si difíciles de reconocer, por ej., *De nuptiis princip* (pág. 220), por l. 1, 10 (*de nuptiis, in principio*), otras casi imposibles de identificar, por ej., teoría de Toth, *Mitteles* (pág. XXXI) o Toth (páginas 293-294).

se coloca bajo el cuidado de un tutor "». Resulta de aquí, por consiguiente, que la patria potestad sólo se concibe en Francia como "autoridad conjunta de los padres", según tuvimos ocasión de comentar a su debido tiempo" (págs. 216-217). Se había dicho: "Parece que ésto (art. 371) supone la autoridad conjunta de los esposos, pero el art. 373 determina lo contrario..." "Esto nos demuestra que el poder del padre es exclusivo en Derecho francés" (pág. 186).

Se dice: "especificados en el art. 317 los actos expresamente prohibidos al emancipado, tendremos que deducir que para todos los demás tiene aptitud legal, refiriendo tales actos "a la administración", según afirman los tratadistas, todos contentos en el alcance que en tal sentido debe darse al mencionado artículo del Código" (pág. 229). Se añade: "lo que parece indudable es que tanto en la legislación española como en la francesa, el emancipado podrá enajenar bienes muebles y comprar inmuebles... aunque fácilmente se comprende que su trascendencia "supera los límites" de la simple administración" (pág. 231).

b) *Aparentes olvidos.*—Se dice: "La pérdida de la patria potestad, cuando ésta tenga lugar, supone, como es lógico, la apertura de la tutela, según establece el art. 199, confiriéndose el cargo "con sujeción al orden" establecido en el art. 211" (pág. 245). ¿No existe alguna posibilidad de "tutela testamentaria" (arts. 206-210 del C. c.)

Se dice: "Mayoría de edad. Comienza ésta en la legislación española a los veintiún años cumplidos, pero tal afirmación debe entenderse con las limitaciones siguientes... La misma salvedad hay que hacer en cuanto a la mayoría de edad política, no concedida por la legislación de aquella época hasta los veinticinco años, o con la que se prescribe para las regiones forales "cuyos preceptos en esta materia deben respetarse", según dispuso la Sentencia de 1 de abril de 1891" (pág. 239). Parece olvidarse que la Ley de 13 de diciembre de 1943 dice, en su art. 1.º: "A los efectos civiles, la mayor edad empieza, para los españoles, a los veintiún años cumplidos" (que no permite otras excepciones que las de los arts. 10, 2.º y 13 del Apéndice Aragonés) (art. 3).

Se dice: "En cuanto a la legislación social "resumida" hoy en el Fuero del Trabajo, deben tenerse presentes las Leyes de 26 de julio de 1878, 13 de marzo de 1900 y 12 de agosto de 1904, Real Decreto de 25 de enero de 1908, Ley de 27 de diciembre de 1910", terminando el párrafo con un etc., etc.; después—en período aparte—se recogen el Decreto de 29 de marzo de 1941, Reglamento de industria textil de 28 de marzo de 1943, Regls. de 12 de junio de 1930, 17 de junio de 1943, 5 de marzo de 1943, 6 de agosto de 1943, 6 de junio de 1942, Orden de 31 de octubre de 1942, Reglamento de 11 de octubre de 1941, Orden de 23 de febrero de 1939, completados por las de 20 de abril y 21 de julio, en relación con la

19. Permítasenos una pequeña rectificación: la doctrina francesa—interpretando justamente el Código de Napoleón—entiende no que la muerte de un cónyuge extinga la patria potestad del otro, sino que desde entonces coexisten patria potestad y tutela. PLANIOL: *Traité élémentaire*, I, §§ 1.155, 1.752 (ed. 1932, págs. 609, 608); BEUDANT: *Cours de Droit civil français*, III bis, § 1.370 (ed. 1936, pág. 14); BONNECASE: I, § 341 (ed. 1934, pág. 336); COLIN ET CAPYANT: *Curso elemental de Derecho civil*, II, 1, 1923, pág. 44.

de 26 de diciembre de 1940 (págs. 307-309). Parece olvidarse la Ley de Contrato de Trabajo (texto refundido, aprobado por Decretos de 26 de enero y 31 de marzo de 1944), ya que no se menciona.

Como hemos indicado antes, y, con el máximo énfasis para evitar equívocos, repetimos ahora, estos ejemplos recogidos al azar de una cincuenta de páginas, no se citan en son de crítica, ni como elemento de juicio sobre obra que aquí no se juzga, y sobre la que nos abstenemos de opinar; advirtiendo, para evitar malévolas interpretaciones, que tenemos presentes libros básicos para la ciencia, en los que se encuentran deslices y máculas de importancia, que no les hacen perder su significado señero en la doctrina jurídica. El único propósito de la anterior enumeración es la de convencer al Sr. Gómez Morán y a nuestros lectores de que el Sr. González Enríquez ha procedido con la más genuina buena fe y honradez científica, con un estricto y sano propósito de aclarar cuestiones doctrinales²⁰.

También estamos obligados a decir unas palabras sobre la personalidad del Sr. González Enríquez, y, para herir lo menos posible su modestia, indicaremos sólo que ha obtenido premio extraordinario en la Licenciatura de Derecho, es becario del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Profesor ayudante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid y colaborador de los Anales de la Academia Matritense del Notariado²¹.

Deseamos fervorosamente que el Sr. Gómez Morán y todos nuestros lectores estimen esta Nota en su genuino valor; no se responde a un ataque con otro ataque, nos hemos limitado a contestar lo estrictamente imprescindible en defensa de un colaborador del ANUARIO frente a una agresión que—no podemos ni debemos ocultarlo—nos ha parecido injusta y desmedida.

20. "On y remarque une critique sûre, judicieuse et innocente, s'il est permis du moins de dire de ce qui est mauvais, qu'il est mauvais", LA BRUYÈRE (refiriéndose a Boileau): *Discours de réception à l'Académie française*.

21. Hijos de D. Manuel González Rodríguez (q. e. p. d.), de quien se ha escrito "claro modelo de Notarios, a quien tanto deben hasta los que jamás oyeron pronunciar su nombre" (en bella semblanza de J. G. P., en A. A. M. N., III, págs. 321 y ss.), ha mantenido siempre relación entrañable con el Notariado.

Libros

A. MONTEL: "La disciplina del possesso nel Codice civile italiano". Turín, Giappichelli, 1947; 208 págs.

Carecía la literatura civilística italiana de un estudio de la posesión que, al menos, pusiese al día el laudable contenido de los trabajos de Cesáreo Consolo, Baratono, etc. El libro de Montel colma la laguna de modo inmejorable, ya que presenta una indagación eminentemente clara, precisa, orgánica y completa de la institución vista a través del articulado del vigente Código, con amplias referencias a la más moderna doctrina y a la jurisprudencia contemporánea, sometidas a crítica sagaz y penetrante. El trabajo ha sido austero y escrupulosamente realizado, dando cumplida cuenta el autor de sus múltiples consultas en preciadas y precisas notas bibliográficas y sin omitir tampoco la referencia a la intensa elaboración de la noción de posesión para fines penales, según las más recientes construcciones. Todo ello hace al libro extraordinariamente recomendable.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

BARASSI, L.: "I diritti reali limitati, in particolare l'usufrutto e le servitù". Milán, 1947.

Después del éxito obtenido por el libro en sus anteriores ediciones, Barassi ha vuelto a reimprimirlo, esta vez con notables adiciones en las citas bibliográficas, que hacen que la obra esté al día y no pierda su carácter moderno.

Ciñe Barassi su estudio a los derechos limitados de contenido real. A tal efecto distingue, con Gorla, dos grandes categorías de derechos limitados: los derechos reales limitados de goce o disfrute (usufructo, uso, habitación, servidumbres) y los derechos de garantía sobre los bienes (la responsabilidad patrimonial del deudor y las formas de garantía sobre los bienes con prelación).

A juicio de Barassi, los dos grupos están profundamente separados. Ni categóricamente se concede al acreedor pignoraticio o hipotecario el disfrute de la cosa (lo cual es bastante fácil de observar en la hipoteca, por no entrar el acreedor hipotecario en la posesión del fundo gravado; la prenda, en cambio, por estar en manos del acreedor, exige una disposición concreta de la ley: artículo 2.793 del Código civil italiano, 1.870 del

español), ni se autoriza al titular de un derecho real de disfrute para disponer de la cosa gravada. Esto último, que es claro en las servidumbres, no lo es en el usufructo que puede implicar un poder de disposición, como ocurre en la hipótesis del usufructo de la empresa. En contra de Kohler, que admite el llamado "usufructo de disposición", Barassi sostiene que, tratándose de cosas consumibles o de género, el consiguiente poder de disposición opera una transformación del usufructo en propiedad, con lo que, a su modo de ver, el rigor de la regla que ha establecido se salva.

Si no se consideran los complejos patrimoniales (herencia, empresa mercantil) como unidad, es decir como "universitas", si se toma en cuenta la pluralidad de los elementos que los constituyen, hay que reconocer, según Barassi, que no quedan abiertas más que dos vías para explicar la facultad de disponer concedida al usufructuario de la hacienda: o la transformación del usufructo en propiedad respecto a las mercancías destinadas a la venta, o bien la dilatación del contenido del usufructo hasta comprender la facultad de disposición como expresión normal del goce de la hacienda, asegurado al usufructuario. Y opina Barassi que tal vez el camino más ortodoxo sea todavía el primero: si se rechaza la unidad lógica del complejo patrimonial, ante el silencio del Código, vale la regla por la que el usufructo, si contiene también la facultad de disponer, se transforma en propiedad.

Pero, como hemos afirmado en otra ocasión¹, cabe perfectamente una tercera vía que no desnaturaliza la concepción "ortodoxa" del usufructo como "derecho a disfrutar". En el supuesto del usufructo de la empresa, no se está frente a una figura anómala del usufructo, sino ante un usufructo normal ("ius utendi fruendi") que no tiene otra especialidad que la de referirse a la hacienda como objeto *único* de derecho. El "ius distrahendi" no constituye un derecho autónomo, sino una facultad en el cuadro de disfrute de la empresa.

Al libro de Barassi, claro e irreprochable desde el punto de vista pedagógico, se le podría poner el reparo de haber concedido poca importancia al estudio de los derechos reales limitados de garantía, a los que escasamente dedica el autor quince páginas. Pero su propósito, como lo revela claramente el subtítulo, fué el de centrar la atención preferentemente en el usufructo y en las servidumbres.

J. JORDANO

CARRARO, Luigi: "Il mandato ad alienare". Padua, Cedam, 1947; 184 páginas.

Según el autor, no podría explicarse la enajenación de derechos mediante un mandato sin representación, como efecto del poder dispositivo del mandante, que éste confiere al mandatario, ya que al no ser elemento

1. "El cuasi-usufructo como derecho de goce sobre cosa ajena", en el fascículo III del tomo I (julio-septiembre de 1948) de este ANUARIO, págs. 998 y sigs.

del derecho subjetivo la facultad de disponer de él, sino más bien un aspecto de la capacidad jurídica, no podría constituir objeto de disposición en negocio jurídico separadamente de la titularidad del derecho. De donde se infiere la tesis de que cuando el mandato tiene por objeto la enajenación o la adquisición por o de un tercero, tiene también e implícitamente por objeto la enajenación o la adquisición en la relación interna entre mandante y mandatario. Normalmente, dice, surgen estas transferencias internas en virtud de la eficacia real que es propia del mandato en tales casos; y por vía excepcional (mandato para adquirir inmuebles o muebles registrados) por efecto de un negocio abstracto de transferencia, con mecanismo idéntico al que rige para la transferencia de derechos en el ordenamiento germánico.

Tesis sutil e ingeniosa, condicionada, por lo demás, a la noción del poder de disposición de un derecho como aspecto de la capacidad jurídica y a la indisponibilidad de tal poder.

La argumentación, conducida con pericia admirable, toca también temas particulares: fiducia; subrogación real; entrada del comisionista en el contrato; cesión de bienes a los acreedores; múltiples problemas concretos sobre el mandato para adquirir o enajenar (v. gr.: forma, régimen de inmuebles, etc.), etc.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

CARUSI: "Il negozio giuridico notariale". Milán, 1947.

Recoge Carusi en este libro, después de reelaboradas, las lecciones que dió durante el curso 1946-47 en el Consejo Notarial de Nápoles a los aspirantes del Notariado. Se trata, por tanto, de un conjunto variado de temas—el índice de la obra es bastante elocuente a este respecto—más o menos conexos con el problema culminante enunciado en el título.

Tal vez sea el origen de un defecto del libro, que salta a la vista: la carencia de una unidad lógica y sistemática. Bien es verdad que la materia, poco elaborada por la doctrina, sólo ofrecía al autor la posibilidad de un intento que dejaría el camino abierto a otros estudios de más vuelo, con base más segura.

Los "actos normativos", los meros actos jurídicos, los actos ilícitos, reagrupados en la unitaria noción de elementos-base y elementos de encuadramiento, concretizan, en el decir de Carusi, la fenomenología del acto notarial en cuanto concierne a su naturaleza y a su contenido. Sin embargo, son los "actos normativos", que resultan de manifestaciones de la autonomía de los particulares para regular entre sí los propios intereses, los que, a su juicio, constituyen el sustrato de toda la actividad notarial y los que, por lo mismo, ofrecen más interés al estudioso.

Brevemente se ocupa de la génesis de la teoría del negocio jurídico, desde Windscheid y Scialoja hasta Betti, pasando por Ruggiero y Cariota-Ferrara. Para Carusi el negocio jurídico, según la más moderna concepción, consiste en una regulación por parte de los particulares de sus

propios intereses, a la que el ordenamiento jurídico reconoce, por medio de su tutela, determinados efectos. Tiene como elemento la voluntad; pero ésta no es siempre arbitraria, en cuanto que encuentra límites puestos por el ordenamiento, y alguna vez puede faltar sin invalidar el negocio. Su contenido consiste en normas que no entran a formar parte del sistema, sino que están subordinadas al mismo, aun cuando participen de su misma esencia. El negocio jurídico—concluye Carusi—puede ponerse, con seguridad, en la misma posición conceptual de las sentencias, de las leyes y de los actos administrativos. Concepción que, a nuestro juicio, debe rechazarse por su excesivo normativismo.

La intervención directa del Estado en la regulación privada de los intereses, mediante la tutela y el control del notario, es la característica principal del acto notarial. Así, éste no sólo se distingue de los otros negocios, que, aun siendo solemnes, se cumplen sin la intervención del Estado (como sucede con la compraventa inmobiliaria por escritura privada), sino también de aquellos actos que, aun redactados a través del ejercicio de funciones públicas, no tienen un contenido normativo privado, en cuanto no proceden de una autónoma regulación privada (páginas 23 y sigs.).

El negocio notarial se presenta, por tanto, a la consideración de Carusi, como una regulación y determinación funcional de intereses de los particulares, que, provocada por los mismos, produce, dependientemente de una expresa aceptación, efectos tutelados por el ordenamiento jurídico.

En el campo de la estructura del negocio jurídico notarial, el proceso de generalización y de síntesis ayuda a Carusi para fornecer nuevos criterios de tratamiento de los actos jurídicos. Los negocios notariales son analizados por el autor, descomponiéndolos en elementos comunes a varios negocios, mediante el mismo procedimiento que permite la fusión de nociones comunes a los negocios más dispares.

J. JORDANO

CONINGSBY, Francis C.: "The Law of Bills of Exchange". London, 1947 (VIII + 140 págs.).

Este pequeño libro, cuidadosamente publicado por la editorial jurídica Stevens & Sons Limited, constituye un manual muy útil para el estudio del sistema cambiario inglés. Lo expone muy claramente el autor en los capítulos III al XVIII, siguiendo el plan del "Bill of Exchange Act" de 1882, luego de consagrar los dos primeros capítulos a conceptos fundamentales no bien definidos en la ley, o no tratados en ella, y a una exposición esquemática de las cinco partes en que se divide, con más las disposiciones posteriores hasta 1947 inclusive (The Exchange Control Act).

Desde el primer momento el autor, abogado londinense, logra a maravilla su finalidad, eminentemente didáctica, de presentar todas las cuestiones fundamentales de la ley de su país en forma que la haga pronto

bien comprensible, incluso para los estudiantes que se preparan para el ejercicio de las respectivas profesiones en que se exigen estos conocimientos. Se vale M. Coningsby de diversidad de tipos de imprenta y distribución de algunas materias en tablas de dos, tres o cuatro columnas, que facilitan la comparación y estudio de los diversos supuestos, ilustrando con casos y ejemplos—tomados de Byles, Chalmers y Jacobs—aquellos pasajes que lo requieren.

En el capítulo III inicia el examen del texto de 1882, exponiendo su parte primera, "preliminar", dedicada a la definición de los conceptos fundamentales en materia cambiaria, las acepciones de los principales términos usados para designar los elementos que se distinguen en la letra de cambio. Notemos que, pese a admitir el Derecho inglés la letra al portador, cualquier tenedor no es necesariamente el tenedor legítimo del efecto, según el axioma inglés: "a bearer must always be in possession; but a person in possession is not necessarily a bearer".

En el capítulo IV, titulado "Forma e interpretación", inicia el autor su estudio de la parte segunda del Bill of Exchange Act, con un análisis de la definición de letra de cambio contenida en su artículo 3.º, modelo de metódica claridad, como otros tantos pasajes del libro, comprendiendo este capítulo hasta el artículo 21 inclusive (páginas 10 a 30), de vital importancia.

La capacidad de las partes, en relación con el poder o representación, la causa en la letra de cambio y su negociación, son materia de los capítulos V, VI y VII (artículos 22 a 38), siendo de especial importancia los VIII y IX, dedicados a los deberes del tenedor y responsabilidad de las partes (artículos 39 a 58), materia esta última que, como dice el autor, necesitará siempre el más cuidadoso estudio.

El pago o anulación de la letra, y la aceptación y pago por honor, son objeto de estudio en los capítulos X y XI, primero este último que, por regular relaciones que pueden surgir solamente después del protesto, está dedicado a materias que no son siempre de general y necesaria aplicación.

Termina la exposición de la parte segunda de la ley con los capítulos XII, XIII y XIV, dedicados a la pérdida de efectos, letra en serie ("Bill in a set", diferente de las copias o duplicados, actualmente no regulados éstos por ninguna ley en Inglaterra) y conflictos de leyes.

La parte tercera, cheques contra un banquero y cheques cruzados, es materia de los capítulos XV y XVI, estando dedicado el siguiente a los pagarés (parte cuarta), y termina la obra con el capítulo XVIII, que se ocupa de las disposiciones adicionales de la parte quinta, que, por haber sido objeto de comentario en páginas anteriores, apenas las trata aquí el autor. A continuación del artículo 94, "útil y práctica norma para los casos en que no puedan obtenerse los servicios de un notario", pone el autor la fórmula del certificado que, autorizado por un cabeza de familia o vecino de arraigo, surtirá efectos del protesto.

M. Coningsby reproduce literalmente los cien artículos del Bill of

Exchange Act, precediendo al texto de su obra. Este método facilita el uso del libro a los prácticos, a quienes también está dedicado, y aun a los estudiosos que se asomen al Derecho inglés, pues ayudados—quienes lo necesiten—con alguna traducción, como la que figura de la obra de Raventós y Pastor (a falta de otras), podrán vencer algunas dificultades y familiarizarse con el estudio de los textos originales.

El libro termina con un completo y muy cuidado índice analítico, además del general y tabla de casos, y, aun siendo elemental, es de gran interés para cuantos se relacionen con el comercio exterior, y particularmente sus asesores y banqueros.

Pascual MENEU

COUTURE: "El concepto de fe pública. Introducción al estudio del Derecho notarial". Montevideo, 1947.

Nos encontramos frente a un libro claro, ameno, interesante, profundo. El profesor Couture, catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Montevideo, ha escrito unas bellas páginas, en las que examina toda la problemática de la *fides pública*: el concepto, el contenido, la función y la eficacia procesal y substancial.

Ante todo, Couture se hace cargo de la necesidad de limitar y precisar el concepto. Este sólo aparentemente puede considerarse como preciso; a medida que sobre él se medita, sus contornos se desdibujan y pierden rigor. La fe pública, en su prístina significación, es un concepto ceñido a la fe notarial. Pero el concepto se extiende considerablemente cuando se refiere a los funcionarios públicos, cuando se habla de "fe pública" en ciertos objetos públicos (moneda de cuño y papel moneda, u otros objetos y bienes incorporales), o cuando se acude a la fe pública como un estado de convicción colectiva.

Entre el concepto de fe pública del Derecho notarial y el concepto de "plena fe", recogido en el Código civil del Uruguay, existe una diferencia que era preciso esclarecer. Y frente a la teoría de la solemnidad, todo no se resuelve con repetir el clásico aforismo "in solemnibus forma dat esse rei". Otro vínculo que se hacía necesario aclarar es el que liga a la fe pública, como calidad del instrumento notarial, al proceso en el que ese documento sirve de prueba. Todos estos problemas que están matidos dentro del Derecho civil, del notarial y del procesal son abordados en dos capítulos de este estudio.

Couture procura aislar el concepto de fe pública, depurándolo de otros elementos que son adyacentes a él, pero que no lo integran necesariamente: la buena fe, la convicción psicológica colectiva, la plena fe, la verdad, la autoridad.

El concepto queda así delimitado: a) La fe pública no es un estado de creencia colectiva. Cuando el Código penal reprime determinados hechos por considerarlos atentatorios contra la fe pública, no se refiere a ésta precisamente, sino a la buena fe. b) La buena fe y la fe pública no deben

ser confundidas. La buena fe es una creencia; la fe pública es la calidad y autoridad de una atestación. *c)* El contenido de la fe pública no es necesariamente un contenido de verdad (la verdad que implica sólo constituye "representación de representaciones"). *d)* Tampoco fe pública es sinónimo de plena fe. La ley otorga eficacia de plena fe a los actos oficiales regularmente expedidos; pero esa plena fe no es la fe pública. La plena fe es una medida de eficacia probatoria y no una calidad del documento (páginas 23 y sigs. y 35 y sigs.). En definitiva, para Couture la fe pública es la "calidad propia que la intervención notarial acuerda a los instrumentos expedidos en el ejercicio regular de una función".

El libro, como su propio autor declara, constituye el examen de un tema y la preparación de otro. Como investigación sobre un concepto jurídico, constituye un considerable esfuerzo, cuyos resultados son excelentes. Y como introducción, como simple ruta encaminada a penetrar en un sector importante del Derecho, constituye una notable aportación a los ya valiosos esfuerzos realizados por los forjadores del moderno Derecho notarial en los países de cultura latina.

J. JORDANO

DE SEMO, Giorgio: "Istituzioni di Diritto privato". 5.^a ed., Florencia, G. Barbero, 1948; 687 págs.

Importante obra que ha llegado a la quinta edición en forma que honra al editor y que concreta en ágil sistema los principios fundamentales del derecho privado extraídos de toda la legislación vigente en Italia, tanto de los Códigos fundamentales como de las múltiples leyes complementarias, y a la vista también de la nueva Constitución republicana. En relación con las ediciones precedentes, constituyen nuevas aportaciones el estudio de la regulación de las relaciones colectivas de trabajo en su actual fase transitoria, de la noción del negocio de comprobación, de la capacidad de ejercicio del comercio, del derecho de retención, de los transportes internacionales, de los procedimientos de concurso (a los que el autor ha dedicado otra obra especial), etc. En aras de la utilidad didáctica de la obra, ha sido feliz idea la de reducir las citas bibliográficas, que, no obstante, tal vez pudieran ser más numerosas sin dañar a aquélla. Desde luego, trátase de uno de los más claros y bien contruidos libros de instituciones.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

D'ORAZI: "Contributo alla teoria del diritto de prelazione", vol. I. Milán, 1947.

Mario D'Orazi ha intentado construir dogmáticamente el instituto de la prelación, tanto legal como voluntaria, reduciendo a unidad sistemática la materia. La preferencia y la opción han sido siempre más trata-

das por la doctrina, que desde hace tiempo raramente dedica un estudio monográfico al "ius prelationis".

El libro de D'Orazi tiene, ante todo, el mérito de todo trabajo hecho con pocos precedentes. Los propósitos del autor fueron largos y ambiciosos: delinear los caracteres contingentes y esenciales, construir doctrinalmente la figura, encuadrarla dentro del sistema del que forma parte, dilucidar el fundamento de política legislativa, ver su correspondencia con los principios económicosociales...

Tal vez el estudio peca de demasiado conceptualista. Tiene un exceso de sutilezas que no conducen a nada práctico. Pero como intento constructivo y de sistematización de figuras dispersas aporta unos resultados que conviene tener en cuenta.

En primer lugar, llega a la concepción de que no se trata de variadas instituciones accidentalmente ligadas por un singular denominador común, sino de una única institución con elementos fisionómicos peculiares e inconfundibles. Y así, se pronuncia en contra de la distinción entre "ius praelationis" con eficacia obligatoria y "ius praelationis" con eficacia real, porque la divergencia de los efectos no basta para provocar la heterogeneidad de las causas. Es incontrovertiblemente cierto que a veces el efecto más intenso (el efecto real) es querido y provocado por el legislador, pero esto, a su juicio, se da a través de procedimientos técnicos cuya naturaleza hay que analizar, y el análisis confirma la importancia del proceso de "ósmosis", por el que los principios públicos progresivamente se afirman en el campo del Derecho privado.

Interesantes son los capítulos preparatorios que el autor dedica a las relaciones entre la autonomía privada y el interés colectivo, dentro del ordenamiento jurídico, y a los intereses superindividuales y el uso de los bienes.

El capítulo central del libro es el tercero, dedicado al estudio de la estructura del vínculo de prelación. Para D'Orazi no se trata de un derecho potestativo, sino de una relación obligatoria que implica un derecho de ser preterido y una obligación correlativa. La característica de los derechos potestativos, según Chiofenda, está en la falta absoluta de lo que es característica de los derechos de una prestación, esto es, la obligación de una persona de cumplir una prestación. Por tanto, si se demuestra que, en un supuesto de hecho determinado, existe la obligación de prestar de un sujeto, se afirma implícitamente que la misma hipótesis no entra en la categoría de los derechos potestativos.

El último capítulo ("Il rapporto di prelazione ed il suo fundamento") tiene menos interés. En el mismo se estudia por separado el fundamento de la prelación legal y el de la prelación voluntaria, acabando el libro con el análisis de las posibles interferencias: interferencias en materia de prelación legal y voluntaria, y pactos de opción y de prelación.

D'ORS, Alvaro: "Optio servi". Publicaciones del Anuario de Historia del Derecho español. XVIII, 1947.

En tres etapas se desarrolla éste como un anterior estudio, sobre la *In diem addictio*, del mismo autor, y con ello cumple tres condiciones de la ciencia histórica del Derecho. La primera, común a toda ciencia, consiste en situarse en el estado actual de la cuestión, recogiendo y apreciando los anteriores esfuerzos por esclarecerla. Los nombres de Bernstejn, Ferrini—a quien va dedicado el trabajo con motivo de su reciente beatificación—, Grandenwitz, gran fundador de la moderna crítica de interpolaciones, Ciappesoni, Albertario, ahora fallecido, Devilla, forman esa sociedad especialmente íntima de haberse dedicado a un mismo tema. Hay que contar, junto al valor personal de cada escritor, el momento de la romanística en que trabaja, lo que impone a su obra ciertas limitaciones.

En la segunda se procede a una depuración crítica de los textos, separando lo que en la forma transmitida es genuino del autor y de la época de aquello otro que ha sido agregado posteriormente con arreglo a nuevas concepciones. Este es el quehacer presente de los romanistas, quehacer por el que todos debemos estar interesados. Si estamos de acuerdo en que el Derecho romano es nuestra más valiosa tradición, y que dentro de él es la clásica su etapa creadora y llena de vida, hemos de dar por bien empleado el esfuerzo necesario para conocerla. Y, ya que no otra cosa, prestar a quienes lo realizan nuestro aliento y simpatía, seguros de que toda esa dificultad y complicación que para el no especializado tienen sus investigaciones será un día claridad y sentido para todos los juristas.

Sólo en un tercer lugar se procede a la elaboración del instituto, en sus aspectos dogmático e histórico. Creemos muy conveniente la disposición material de estas monografías, al proporcionar primero los textos sobre los que se ha de trabajar, y al separar después la labor crítica y los intentos constructivos, con las necesarias referencias internas. Además de una aportación objetiva, constituyen así un precioso medio para el aprendizaje de la técnica de la investigación en los seminarios de Derecho romano.

Desde la época postclásica había desaparecido la diferencia procesal entre el legado que concedía al legatario una acción real (*l. per vindictionem*) y el que daba lugar a una acción personal (*l. per damnationem*). Los textos clásicos que reflejaban esta diferencia han sido retocados sistemáticamente, y el Derecho justiniano presenta refundidas una serie de figuras de legado en que la cosa está indeterminada y corresponde al legatario su determinación. Ahora se trata de distinguir esas figuras, tal como fueron concebidas por la jurisprudencia clásica y de estudiar especialmente una de ellas: la *optio servi*.

La base de partida es el título correspondiente del Digesto, al que se

aproximan otros pasajes de esta obra, que están relacionados con los contenidos en aquél. En seguida se trata por separado a los autores, reuniendo los extractos y referencias conservadas y procediendo a su restauración crítica para obtener fielmente el pensamiento de cada autor, alterado por la labor compiladora. Los estudiados son: Javoleno, "seguidor de Sabino y buen receptor de la jurisprudencia clásica"; Juliano, "el más genial de los juristas romanos", y junto a él su fiel discípulo, Africano; como lo es Terencio Clemente; Pomponio, también sabiniano; Escévola, Paulo y Ulpiano, juristas independientes, con los que queda representado todo el desarrollo cronológico de la jurisprudencia clásica. A él se agregan el mismo Justiniano y Teófilo, que, no obstante ser autor muy lejano a aquélla, en el caso presente proporciona la forma más genuina del legado de opción.

Este es una forma de legado "per vindicationem", en que la propiedad no es adquirida por el legatario desde la muerte del testador, sino desde el momento de realizar la opción, que es un acto personalísimo de aquél, por lo que si muere sin haber optado, sus herederos no pueden hacerlo y el legado decae. El objeto del legado es, pues, la opción misma, no los esclavos a los que originariamente se refiere. La adquisición del esclavo se produce "desde ahora" sin efecto retroactivo.

La singularidad histórica de la institución radica en el mismo término que la designa: "optio", cuyo desgaste popular ha conducido a hacerla sinónima con "electio"; y, consecuentemente, en el Derecho postclásico, a confundir el legado de opción como un legado de elección. ¡Pero la "optio" no era una "electio"! defiende d'Ors. "Optio hace referencia, en su más genuino sentido, a coger una cosa deseable". Lo esencial no es la elección, sino la adquisición; de modo semejante a como en la "optio tutoris" o en la "adoptio" lo es que se adquiere un tutor o una familia. "En la *optio* del esclavo hay algo más que un simple legado de elección: hay una vieja institución de carácter familiar". Seguramente, en el tiempo en que la esclavitud es un sistema humano y familiar, sea la "optio" el único medio de disponer del esclavo: conceder su valiosa *optio*. Después, a la progresiva patrimonialización de la esclavitud, sigue paralelamente la conversión de la "optio servi" en un legado de elección. Justiniano ultima tendencias contenidas en la jurisprudencia clásica, que ya había desvinculado la "optio" de sus primitivas raíces familiares.

"Optio" y "electio", instituto familiar desnaturalizado en instituto patrimonial, creo que es una buena adquisición para el jurista. Es algo de esa riqueza que guarda el Derecho romano y tras la que marcha la ciencia romanista, por todos admirada en cuanto conservadora de unos nobles estudios, no siempre comprendida en cuanto intenta renovarlos en el terreno áspero de la crítica textual. A ella queremos rendir nuestro modesto homenaje.

FALZEA: "L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore". Milán 1947.

Se propone Falzea estudiar el proceso de "liberación coactiva del deudor"—la nomenclatura es del autor—y la "mora accipiendi", que es estudiada únicamente en cuanto actúa como presupuesto previo del proceso de liberación.

Acertadamente critica Falzea el nuevo Código italiano por haber insertado bajo un mismo título la disciplina de la "mora accipiendi" y de la liberación coactiva del deudor. A su juicio, hubiera sido más correcto, desde el punto de vista técnico-jurídico, regularlos de forma separada, visto que son dos instituciones completamente diferentes.

El libro es interesante, porque el tema da ocasión a su autor para entrar en los problemas fundamentales de la teoría de las obligaciones, que son afrontados en la primera parte del volumen en sucesivos epígrafes (las causas extintivas de las obligaciones y la realización de los intereses de las partes en el vínculo obligatorio, el incumplimiento y la teoría de los remedios jurídicos y la llamada oferta real en la doctrina de la realización coactiva del interés del deudor), con amplitud de miras y bastante originalidad.

En la segunda parte de su obra, Falzea estudia las condiciones generales del proceso de liberación y sus diversos momentos: oferta de pago, depósito liberatorio, venta con fin liberatorio y juicio de liberación. Se trata, en verdad, de una materia harto compleja y abundante en problemas teóricos y prácticos, que en la literatura jurídica latina no había sido objeto hasta la fecha de examen profundo. El análisis penetrante de todas estas cuestiones, unido a la revisión crítica de todo lo escrito sobre esta materia por los tratadistas alemanes, dan notable mérito a la monografía escrita por uno de los valores más salientes de la nueva generación de juristas italianos.

Tal vez Falzea se haya excedido en su deseo de buscar un paralelismo entre la ejecución forzosa en interés del acreedor y el proceso de liberación coactiva en el interés del deudor. Pero es oportuno reconocer que tiene el mérito indudable de haber esclarecido una serie de cuestiones que tanto teórica como prácticamente poseen innegable importancia para los intérpretes y comentadores del nuevo cuerpo legal italiano.

Otro acierto de Falzea está en el haber sabido emplear los instrumentos de la técnica más moderna con verdadera maestría. Pero con ello sufrió la sencillez de la exposición, que a veces resulta complicada por extenderse el autor innecesariamente en extremos que pudiera muy bien haber pasado por alto.

En todo el libro se trasluce la excesiva preocupación por dar a la figura de la liberación coactiva del deudor una rigurosa unidad sistemática, tanto en lo que afecta a las obligaciones de dar como a las de hacer. Ello llevó al autor a deducir algunas conclusiones a las que es lícito oponer serios reparos. Así, por ejemplo, por sólo citar un caso,

¿será necesario para liberar al deudor, en las obligaciones que consistan en un "facere", una sentencia que convalide la intimación del deudor?

El estudio de Falzea revela agudeza y penetración. Aunque no siempre llegue a agotar los temas propuestos, resulta útil al lector por lo mucho que le sugiere.

Juan JORDANO

FERRARA, Luigi: "Diritto privato attuale". 2.^a ed. Turín, U. T. E. T., 1948; 810 págs.

Rápidamente, y como la mejor prueba del éxito de la obra, ha seguido a la primera esta segunda edición, corregida y ampliada en algunos puntos, que la anterior había pasado por alto, como, por ejemplo, el referente a la separación de los cónyuges. Por lo demás, conserva los rasgos típicos de la primera edición, siendo tan elocuente su forma y adecuado su pensamiento al derecho como fenómeno humano que con tanta razón como el de "actual" podría haberse usado en la intitulación de la obra el adjetivo "vivo". Son "instituciones" sin caer en lo vulgar y elemental; es elevada la obra, sin hacerse difícil al estudioso; es difusa y completa sin superabundancia; tiene indudable fisonomía propia entre los varios libros propedéuticos de Derecho privado. Tal vez, habida cuenta de la probada competencia científica del autor, fuera deseable un mayor desarrollo de la parte relativa a la tutela de los derechos; esperemos este desarrollo en la sin duda próxima tercera edición.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

F. S. AZZARITI, G. MARTINEZ y G. AZZARITI: "Succession per causa di morte e donazioni", 2.^a ed., Padua, Cedam, 1948; 794 págs.

Dividida la obra en las dos partes que su título indica, representa una laudable tentativa de construcción sistemática de las materias de sucesiones y donaciones, según la legislación vigente en Italia. La primera parte, relativa a las sucesiones, se subdivide en cuatro grandes apartados, respectivamente, alusivos a las generalidades del derecho hereditario (principios fundamentales, conceptualización de los legitimarios), la sucesión legítima (normas generales, sucesión de parientes legítimos, de hijos naturales y sus parientes, del cónyuge y del Estado), la sucesión testamentaria (disposiciones generales, el testamento, su forma y especies, su contenido) y la división hereditaria (división en general, colación, pago de deudas, efectos de la división y garantía de las cuotas). La segunda parte alude a las disposiciones generales sobre donaciones y a la capacidad de los sujetos de las mismas.

La obra es de alcance exhaustivo en el trato de muchos temas y posee notoria originalidad en gran número de soluciones, aunque no

siempre puedan decirse aceptables. El hecho de que los autores disientan frecuentemente de las opiniones predominantes en la interpretación de la legislación vigente, implica ya en sí la ventaja de colocar al lector ante nuevos horizontes, con la consiguiente posibilidad de nuevas y a veces insospechadas valoraciones del precepto legal.

La información bibliográfica es muy buena, aunque no perfecta; se limita al acopio de la doctrina italiana sobre cada punto concreto, y, aun con tal limitación, no se encuentran en la obra muchas huellas, por ejemplo, de las notables obras de Betti, de Zanzucchi, de Polacco y, en lo relativo a las donaciones, de Ascoli.

Con todo, la claridad de su exposición, el trato y distribución de los distintos temas y la visión eminentemente práctica de sus materias, hacen de esta segunda edición, que corrige y amplía la de 1942, un óptimo auxilio para el jurista práctico, a la vez que explican su rápido y subsistente predicamento entre los profesionales italianos.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

GALLUCIO, A.: "Contributo alla dottrina del contratto con sè stesso". Ed. Jovene, Nápoles, 1946; 48 págs.

Centra el autor la cuestión en el marco de la representación legal y voluntaria y en las personas jurídicas, a fin de dar una noción de este tipo particular de representación, al que examina bajo múltiples aspectos con referencias doctrinales exhaustivas. Desde el punto de vista estructural, el contrato consigo mismo aparece concebido en función de las circunstancias que le acompañan; trátase como auténtico contrato siempre que la actividad del representante se despliegue declarando la voluntad del principal; en los demás casos es negocio unilateral. Desde que el nuevo Código italiano se halla en vigor es éste el más acabado de los trabajos sobre tan interesante tema, tanto por los aciertos de planteamiento como por los problemas que examina y las referencias bibliográficas que contiene.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

"L'unification du Droit. Aperçu général de travaux pour l'unification du Droit privé". Institut International pour l'unification du Droit privé. Roma, 1948.

El Instituto Internacional para la unificación del Derecho privado acaba de publicar un extenso volumen, en edición bilingüe—francés e inglés—, dando cuenta de la labor realizada por este centro.

En la parte doctrinal aparecen trabajos de diferentes juristas, con el fin de exponer la contribución de algunos países a la empresa unificadora del Derecho privado.

Gutteridge ("La Grande-Bretagne et le mouvement pour l'unifica-

tion", págs. 284-299) presenta un estudio claro y sugestivo, en el que aporta razones de peso para justificar el retraimiento de Inglaterra en las labores de unificación.

Crítica, por infundado, el preconcepto continental de que no se puede contar con Inglaterra cuando se trata de apoyar una propuesta de unificación de cualquier materia del Derecho privado; este prejuicio se originó al abstenerse la Gran Bretaña en las Conferencias de La Haya de 1910 y 1912. Por contraste, el autor pone de relieve el apoyo de su país a las reglas de York y Anvers sobre averías generales, a las convenciones de Bruselas sobre derecho marítimo, a las reglas de La Haya sobre responsabilidad de propietarios de navíos, etc.

No niega una cierta reserva de Inglaterra, que deriva de las dificultades que para la unificación surgen en virtud de las fundamentales diferencias entre el sistema anglosajón y los continentales. Y aparece bien claro que sea ésta la causa decisiva, si se tiene en cuenta que los países de sistema anglosajón consiguieron una notable uniformidad jurídica, hasta tal punto que no sólo los principios jurídicos e instituciones legales son los mismos, sino que las modificaciones que actualmente se operan en la legislación de uno de estos países son, normalmente, aceptadas por los demás. Inglaterra desea cooperar para la unidad, mas no a costa de hacer desaparecer el régimen que le es propio: igual les sucede a los países continentales. Y, precisamente por ello, con los mismos argumentos que estos emplearon, podría la Gran Bretaña culparles por el fracaso de algunas reuniones internacionales.

El trabajo de Yntema ("L'unification du Droit aux Etats-Unis", páginas 300-319), bastante inferior al de Gutteridge, refleja que su autor está un tanto al margen del desarrollo científico de los problemas que trata.

Afirma que la unificación del Derecho en los Estados Unidos presenta numerosas dificultades; país federal, mantiene en sus diferentes Estados una cierta autonomía jurídica. El Derecho de esta nación refleja las más variadas influencias, que a su paso dejaron los conquistadores: españoles, franceses, holandeses, ingleses. Por otra parte, la industrialización rápida que sufrió ha dado origen a una ingente masa legislativa. De esta forma la actividad jurídica en los Estados Unidos fué absorbida por las necesidades internas, quedando prácticamente excluida toda participación en un plano internacional tendente a la unidad del Derecho.

En la actualidad se nota un extraordinario interés por los estudios de Derecho comparado, a pesar de encontrarse éstos todavía en estado embrionario, lo que hace posible fundar la esperanza de que en un futuro no lejano este país podrá cooperar en una obra de tal envergadura como es la de la unidad.

Un poco ingenuo parece deducir de ese interés por los estudios de Derecho comparado tal esperanza a realizar en corto plazo. Y más ingenuo es, sin duda, el comentario con que el autor acaba su trabajo: los Estados Unidos han comprobado la necesidad de colaborar, por medio de

la unificación, en el desarrollo de la Justicia y el Derecho en el mundo entero. Será oportuno no olvidar que para que aporten una colaboración eficaz, son insuficientes las buenas intenciones, si no se alían con la solidez científica.

Ekeberg ("La coopération scandinave en matière de législation", páginas 320-339) pone de relieve el progreso alcanzado en la unificación del Derecho privado dentro de los países de Escandinavia.

La cooperación escandinava en materia legislativa se ha tornado una realidad. Los países escandinavos forman una región de cultura homogénea. Los sólidos y antiguos lazos que existen, en materia jurídica, entre Suecia y Finlandia, por un lado, y Dinamarca, Islandia y Noruega, por otro, han estimulado poderosamente los esfuerzos actuales encaminados a promover la unidad jurídica escandinava. La unificación se ha conseguido de modo especial en las normas jurídicas generales, las que rigen la vida cotidiana del hombre (sobre todo familia y contratos). Pero esa unidad resultó no por imposiciones, sino por la libre cooperación de Estados independientes.

La frase "legislación escandinava común" no quiere decir que no existan diferencias jurídicas dentro de la Escandinavia. Los órganos legislativos de estos países discuten por separado cada uno de los textos legales a los que se quiere dar vigencia general, como si se tratase de una ley de la nación, e introducen las modificaciones que consideran oportunas. Esas leyes, que resultan hechas con arreglo a un patrón general, a pesar de las modificaciones presentan las mismas líneas generales en todos los países del bloque.

Los Estados no renuncian a su autonomía y se reservan el derecho de denunciar los tratados. La garantía de continuidad reside en las ventajas que la uniformidad reporta; y la experiencia ha mostrado que es suficiente esta garantía. En caso de reforma de una ley en alguno de los países, se invita a los demás para, conjuntamente, reexaminar las normas que se pretenden modificar.

Con tal cooperación, se ha logrado, sucesivamente, la homogeneidad en las materias de letra de cambio, ventas comerciales, conclusión de contratos, representación, nulidad de contratos, seguros, efectos del comercio, registro mercantil, nombre comercial, cheque, sociedades anónimas, aeronáutica civil, ejecución de sentencias judiciales civiles, relaciones paternofiliales, tutelares y adoptivas, sucesión intestada, partición, lucha contra la criminalidad de los adolescentes, y están en estudio varios proyectos (venta y arrendamiento, arbitraje, Derecho internacional privado, etc.). Esta unificación ha creado un estímulo en la jurisprudencia de los cinco países.

La homogeneidad conseguida constituye, a juicio del autor, el más sólido lazo de unión entre las naciones escandinavas y es, a la vez, la mejor contribución que ellas han podido prestar—con el ejemplo—a las tareas unificadoras internacionales.

La parte doctrinal de este volumen acaba con un estudio de Aeby

("La Suisse et l'unification du Droit", págs. 340-359), sobre la contribución de Suiza a las empresas unificadoras.

La unificación del Derecho suizo abraza un largo período, que se inicia en la carta de 1291 y acaba en 1912 con la entrada en vigor del Código civil de Huber. Pero el esfuerzo unificador no desapareció al conseguirse la unidad jurídica interna, sino que Suiza se ha esforzado por cooperar con todo entusiasmo en los planos de unificación internacional del Derecho, de diferentes formas: inspirando sus leyes en el Derecho de otros países, participando en la creación de tratados internacionales, incorporando a su legislación las leyes uniformes e influyendo con su Derecho en la formación del de otros países.

Suiza fué en múltiples ocasiones sede de conferencias internacionales encaminadas a procurar la unidad de diferentes partes del Derecho privado, y la ciencia jurídica helvética siempre procuró con todo afán apoyar los esfuerzos dirigidos a dotar al mundo de leyes unificadas, con el fin de servir los intereses de todos los pueblos y asegurar la realización del bien común.

G. J. ORTEGA

MACCHIA, A.: "Studi di Diritto matrimoniale". Cedam, Padua, 1947; 287 págs.

El volumen aparece dedicado a la definición y naturaleza jurídica del matrimonio y a los problemas esenciales del matrimonio putativo.

Por lo que respecta al primer punto, examina el autor las diversas definiciones del matrimonio, poniendo de relieve la necesidad de distinguir el momento de la formación ("in fieri") del momento de la institución o fundación o régimen ("in facto esse"). Demuestra la existencia de definiciones que pecan por exceso al lado de otras que lo hacen por defecto; desecha las que confunden el fin principal del matrimonio con la esencia del mismo, y estima que no es esencial el elemento de la procreación de la prole ni el "mutuum adjutorium". Pasando a considerar la naturaleza jurídica del matrimonio, examina la tesis contractual y la publicista, la del negocio jurídico complejo, la del negocio jurídico compuesto y la del hecho complejo; estudia la diversa función del consentimiento de los contrayentes y del pronunciamiento del oficial de estado civil, poniendo de relieve su heterogeneidad mediante la distinción entre las respectivas funciones constitutiva y declarativa. Adoptando la idea del acuerdo de voluntades, define el matrimonio como "el acuerdo, seguido de la declaración del oficial de estado civil, mediante el cual el hombre y la mujer se conceden y se aceptan recíprocamente el derecho perpetuo y exclusivo sobre el propio cuerpo en orden a los actos idóneos para la generación de la prole"; cuestión de poca importancia dice ser la de establecer si se trata de un "jus in corpus" (dinámico) o de un "jus in

corpore" (estático) y si este "jus" es, respectivamente, un crédito o un débito o bien un derecho real.

En relación con el segundo tema (matrimonio putativo) afronta el autor el examen de la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la sentencia de nulidad de matrimonio, sosteniendo la retroactividad (sin referencia a la teoría de las sociedades y a los principios de derecho administrativo) y estableciendo la excepción para el matrimonio putativo. Pasando a considerar los presupuestos de éste, se plantea el autor la distinción entre nulidad, inexistencia y anulabilidad del matrimonio, a fin de concretar si alguna de tales figuras puede servir de fundamento al matrimonio putativo. Viene a concluir en que la cuestión debe ser resuelta pensando que el matrimonio putativo tiene por base una ficción que se adapta tanto a unos como otros presupuestos de hecho, en virtud del funcionamiento del principio de la buena fe inspirada no en el favor directo del matrimonio, sino en el de la legitimidad de la prole. Tan predominante resulta así el problema de la buena fe, que el de la exigencia del título, como elemento autónomo distinto de aquélla, viene a identificarse con él.

La esencia de la buena fe coincide en el matrimonio putativo civil con la del matrimonio putativo canónico, es decir, posee un matiz ético y no sólo psicológico, bien que no pueda llegarse a la plena identificación con la buena fe canónica (ausencia de pecado) y a postular, por ende, la fecundidad de la "mala fides superveniens", que en lo civil carece de efectos. La similitud entre la noción civil de la buena fe y la canónica (con los límites aludidos), hace que pueda estimarse de buena fe incluso el contrayente "coactus" no ignorante de la coacción y de la injusticia del acto.

Así concretada la noción de la buena fe en relación con el matrimonio putativo, civilísticamente hablando, manifiéstase la función de la misma (aparte de las teorías de la institución, de la fundación y de la apariencia de derecho) en una creación fundada en la equidad y dirigida en favor de la legitimidad de la prole.

Por lo que respecta a la prueba de tal buena fe y soslayando la tesis de la presunción para el caso de error de hecho y de la exclusión hasta la prueba contraria para el caso de error de derecho, súmase el autor a la opinión de Fedele, para quien la carga de la prueba de la buena fe incumbe a quien invoca sus efectos, si se trata de ignorancia de impedimentos públicos o notorios o de impedimentos subjetivamente dudosos para uno o para ambos contrayentes.

Tales son las líneas generales de la obra de Macchia, desarrollada con gran claridad, con autorizada información y con abundante y seria argumentación, aunque contenga a veces prosa superflua, como, por ejemplo, las ocho páginas de introducción al tema del matrimonio putativo.

MARIN PEREZ, Pascual: "Introducción al Derecho registral". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid; 288 págs.

El profesor adjunto de la Universidad Central D. Pascual Marín Pérez ha publicado un interesante estudio con el expresado título, dedicado al Derecho registral.

La obra consta de una parte preliminar y unas conclusiones, y se divide en cuatro capítulos, que tratan, respectivamente, de:

- I. La relación jurídica registral.
- II. La publicidad.
- III. Fase actual de la publicidad: hacia la formación de un Registro único; y
- IV. Derecho registral.

Comienza el Sr. Marín por aludir a la influencia que en el terreno científico y didáctico ejercen las *Instituciones de Derecho hipotecario*, de D. Ramón María Roca Sastre; la obra de D. Ignacio de Casso y las enseñanzas del inolvidable maestro D. Jerónimo González. Declara tener el propósito de construir un concepto unitario del Derecho registral. El Registro, dice, cumple un papel esencialísimo en la esfera de la publicidad, que asombraría a los legisladores de 1861. Junto al Registro tipo (el de la Propiedad) aparecen otros, los de la Propiedad intelectual, industrial, prenda agrícola, mercantil, buques, etc., cuya misión coincide o debería coincidir en todos, a saber: revestir de publicidad las transmisiones y cambios de titularidades.

Examina la relación jurídica registral siguiendo a Gierke, como conjunto coherente de facultades y obligaciones que se derivan del contacto de cierta serie de situaciones jurídicas con la institución del Registro. El jurista, mediante el análisis de la relación jurídica, descubre: 1.º Un sujeto activo. 2.º Un poder cualificado. 3.º Un objeto; y 4.º Una esfera de actuación.

Las notas que caracterizan el concepto de cosa en Derecho español son: 1.º Sustantividad propia. 2.º Pertenencia a la naturaleza dominable. 3.º Posibilidad de un señorío jurídico. 4.º Necesidad de que suministren una utilidad; y 5.º La individualización.

Los pueblos tienen una distinción de cosas que obedece a su valor social en las distintas etapas históricas. La distinción romana entre cosas "mancipi" y "nec mancipi" es debida al carácter eminentemente agrícola y ganadero que tuvo el pueblo romano originariamente. Una clasificación de valor casi sacramental distingue las cosas en muebles e inmuebles.

Conceptos claros de ambas pueden encontrarse en el Derecho helénico y período clásico del Derecho romano, si bien es en la época post-clásica cuando la diferenciación se perfila y más es en Derecho germánico, donde la distinción adquiere trascendental importancia. Para Gierke y Heusler es una pura creación germánica.

Esta división abarcó todos los bienes materiales e inmateriales, se

convirtió en el eje del sistema jurídico germánico y se debió a la consideración de la tierra como nodriza inagotable de toda clase de cargas reales. Llegando a su grado culminante en el Derecho intermedio merced a la influencia del feudalismo.

Según el Sr. Marín, la clasificación de bienes muebles e inmuebles respondía a exigencias económicas superadas en la fecha de la Codificación. El Código civil nació anticuado y se impone su reforma. Hay bienes muebles que superan por su valor e importancia a otros inmuebles y exigen una regulación registral que garantice la publicidad en los cambios de titularidad, sin que sean suficientes las rudimentarias normas del artículo 464 del Código civil.

Es necesario, por tanto, establecer una nueva clasificación. El catedrático Sr. Castro distingue las cosas en registrales y no registrales. Marín, de acuerdo con el profesor Casso, acepta la distinción entre cosas susceptibles de publicidad material o formal. Para las primeras será suficiente el artículo 464, y respecto de las segundas, por su importancia o aptitudes, será necesario hacer constar sus cambios en un instrumento de publicidad. Si el criterio de enumeración no sirve para saber cuáles sean esas cosas, atenderemos al de individualización. Las cosas que pueden ser identificadas son aptas para ser objeto de publicidad registral; en el Registro pueden constar datos para identificarlas.

Estudia a continuación el desarrollo y evolución histórica de la publicidad. Parte del Derecho romano y germánico, en donde la evolución se centra en una distinción definida en sus orígenes entre muebles e inmuebles. Desde tiempos remotos se sujetaron los predios a formas solemnes extrajudiciales y luego fueron transformándose.

La publicidad se desarrolla a través de la "Gewere" y la "Auflassung". La palabra "Gewere" deriva de la raíz "were", que puede traducirse por el verbo latino "vestire", "investire", corresponde a nuestro sustantivo investidura, al francés "saisine" y al inglés "Seisin". Dos circunstancias fundamentales comprende: 1.^a, señorío efectivo sobre una cosa; 2.^a, especialísima y privilegiada posición del titular del goce y señorío con la cosa. Originariamente, la "Gewere" es el elemento externo del derecho de cosas, la apariencia perceptible y notoria del derecho real incorpóreo, la forma de publicidad adecuada al tipo jurídico de la propiedad.

Los cambios reales requieren "Auflassung" e inscripción en el Registro. Como aportación del siglo XIX puede destacarse haber organizado en el territorio alemán un mecanismo registral sistemático.

Con breve referencia al Derecho canónico, el autor prosigue el examen de la evolución histórica de la publicidad dentro del Derecho patrio y concluye que cuando a nuestros legisladores se les plantea la necesidad de adoptar un sistema registral con todas sus consecuencias, el ordenamiento jurídico español está totalmente embebido en el Derecho romano, el cual en la adquisición de la propiedad derivativa considera como axiomas los de que: "nadie puede dar lo que no tiene" y "sólo puede

adquirirse la propiedad válidamente de quien es propietario". En consecuencia, el adquirente de buena fe de una cosa, de quien aparece como dueño sin serlo en realidad, se verá despojado de ella por la acción reivindicatoria del dueño verdadero y no tendrá derecho a exigir indemnización.

El Derecho germánico comienza con los siguientes postulados: 1.º Si los derechos reales han de tener eficacia frente a todos, de todos deben ser conocidos (principio de publicidad). 2.º El tercero de buena fe que adquiere fundado en la apariencia exterior del Derecho, debe ser amparado aun en contra del verdadero titular. En el Derecho registral actual la inscripción en el Registro asume las funciones de la antigua "Gewere", legitima al titular inscrito en el ejercicio de sus derechos y defiende al tercero de buena fe que puso confianza en ellos. La publicidad del Registro no sólo da derecho a conocer los derechos reales, sino que tiene transcendencia sustantiva y permite al tercero adquirir el dominio y los derechos reales de quien aparece como titular en el Registro, aunque no los tenga en realidad.

Estas ideas inspiran la Ley Hipotecaria de 1861, cuyos precedentes se hallan en la etapa germánica de los Fueros Municipales y las cartas de población; el carácter germánico se encuentra en las reformas posteriores y culmina en el texto refundido de 8 de febrero de 1946, que sitúa francamente nuestro sistema entre los germánicos.

Para analizar la fase actual de la publicidad parte el Sr. Marín de la distinción entre las cosas susceptibles de publicidad material y aquellas otras que lo son de la registral. En la transmisión de inmuebles, nuestro Código civil se inspira en el Derecho romano, mientras que en la de bienes muebles es de orientación germánica. Recibiéndose el Derecho romano no a través del aforismo "Hand Wahre Hand", sino de la regla "en fait de meubles possession vaut titre" del artículo 2.279 del Code civil.

La hipoteca se halla referida en nuestro ordenamiento jurídico a los bienes inmuebles, y la prenda, a los muebles. El Derecho germánico admitió la hipoteca o el pignus, sin cambio de posesión de los bienes muebles que pudieran designarse con precisión; por ejemplo, buques, cables y granos almacenados. La Ley de 5 de diciembre de 1941, con excesiva amplitud, ha generalizado la hipoteca a todos los muebles con posible valor de garantía, en vez de haberla limitado a aquellos bienes muebles que pueden gozar de la publicidad por medio del Registro.

Al estudiar los diversos tipos de bienes objeto de publicidad registral sigue un simple criterio, y considera:

- 1.º Bienes comprendidos en la Ley de 5 de diciembre de 1941.
- 2.º Bienes que, aun comprendidos en esta Ley, deben regularse más específicamente, agrupándolos en la misma o en otra de carácter general.

3.º Los comprendidos en otras leyes y sometidos a otros Registros.

Entre estos últimos considera los bienes susceptibles de propiedad inte-

lectual e industrial, los problemas que suscita la inscripción de actos, personas y cosas en el Registro Mercantil y la empresa mercantil.

Soslayando las dificultades advertidas por los escritores para la creación de un Registro único para muebles derivadas de la multiplicidad de estos bienes, el Sr. Marín Pérez propugna la creación de un Registro único, establecido por una ley general y de carácter exclusivamente jurídico, idea en pro de lo que alega exigencias de carácter técnico y argumentos positivos.

Y con estas premisas llega el Sr. Marín a la parte acaso más jugosa y original de su labor: la determinación del concepto de Derecho registral. Analiza los aspectos que sirvieron de base a los diversos autores para formular su estudio. El denominado Derecho inmobiliario (Oliver), hipotecario (J. González), inmobiliario registral (Roca Sastre), como el Derecho regulador de las formas de constitución, modificación, transmisión y extinción de las relaciones jurídicas reales que tienen por objeto un bien inmueble (Cossío y destacados valores del Notariado). El Derecho del Registro de la Propiedad, tesis mantenida por el catedrático Ignacio de Casso. Admitida en España, como en casi todos los países, la hipoteca mobiliaria, el Derecho que se propugna es el relativo al sistema registral sobre cosas o derechos reales, que podría denominarse Derecho del Registro de la Propiedad, con lo cual se evita limitarlo a los bienes raíces y a los derechos reales sobre ellos.

Resume el Sr. Marín las conclusiones deducidas de su estudio en la siguiente forma:

1.º La publicidad es necesaria para garantizar los cambios en la titularidad de todos aquellos bienes susceptibles de ser objeto de garantía.

2.º Es también indispensable para determinar y garantizar ciertos conjuntos patrimoniales que aparecen como un todo orgánico y exigen un instrumento registral.

3.º Los conceptos de derechos reales y personales no son absolutos, sino que siguen la marcha evolutiva del Derecho en su perenne mudar.

En vista de todo lo cual, el autor perfila el concepto de Derecho registral en sentido objetivo: conjunto de normas reguladoras de las relaciones jurídicas relativas a aquellos bienes aptos para engendrar titularidades *erga omnes*, mediante la publicidad del Registro; y en sentido subjetivo, como el conjunto de facultades derivadas de una relación jurídica en contacto con el Registro y por tal dotada de efectos *erga omnes*.

Este Derecho, ¿es sustantivo o adjetivo? Concebido en su aspecto inmobiliario, es parte del Código civil, si bien se halle incluido, por razones históricas, en la Ley Hipotecaria. Hay un Derecho registral sustancial que mira al Registro como institución jurídica y otro formal que regula la inscripción y es adjetivo.

Teniendo en cuenta la tesis de Kohler, seguido por Goldschmidt, que admiten la división del ordenamiento jurídico, apoyada en datos históricos que nos ofrece el Derecho romano con la convivencia de un *ius honorarium*, Derecho del Pretor, y otro regulado por el *ius civile*, como tam-

bién el Derecho norteamericano separa *equity* y *common law*. Estima el autor admisible la coexistencia de un ordenamiento jurídico registral, si bien esto no supone que se trate de desgajar otra parte del Derecho civil.

Las necesidades del tráfico obligan a extender la institución del Registro a una serie de bienes y situaciones patrimoniales como la empresa mercantil que no encajan en los moldes de la actual legislación. Los Registros especiales deberán reducirse a cumplir una función matriculadora que sirva de punto de ingreso en el Registro general.

Hemos procurado, mediante esta sucinta exposición, dar cuenta de los principales temas comprendidos en el libro del Sr. Marín Pérez, cuya lectura estimamos que ha de ser provechosa a todos aquellos que se interesan por la problemática del Derecho civil y el registral.

La obra tiene toda la simpática vehemencia y el decidido entusiasmo propios de los trabajos de juventud. Y aunque las circunstancias hayan obligado al autor al manejo indirecto de algunas fuentes, sobre las que en ocasiones apoya su labor, constituye acierto indiscutible del trabajo del Sr. Marín, aparte de otros méritos, el haber realizado una exposición sistemática de materias dispersas, encaminadas a poner de relieve el valor fundamental del Registro para la constitución, modificación, transmisión y extinción de los derechos reales, labor realizada sin haber podido tener apoyo de otros precedentes autorizados. Claro es que el autor parece no haber querido seguir el criterio de quienes fundan la especialidad de un Derecho o su autonomía en la especialidad de la materia. Así como los partidarios de la autonomía abandonan el plan de Gayo o de Pandectas y elaboran otro con criterios técnicos en íntima unión con el fenómeno técnico de que se trate. Hay otros que consideran que la especialidad de la materia por sí sola no puede crear la especialidad del Derecho, sino simplemente es uno de los requisitos de la posibilidad del Derecho especial. La plena autonomía o substantividad de un disciplina jurídica exige un complejo orgánico de normas regido por principios generales propios y distintos de los del Derecho común.

Las nuevas disciplinas jurídicas: el Derecho agrario, económico, laboral, marítimo, etc., ofrecen una compenetración íntima entre el Derecho público y el Derecho privado. Proyectan la reglamentación jurídica sobre terrenos que habrían estado cerrados para el Derecho o abandonados al libre juego de las fuerzas económicas. Conceden mayor importancia al factor técnico, sin que ello suponga abandonar ni reducir el jurídico.

El Derecho civil, por la influencia de las tendencias del absolutismo del Estado y del individualismo, así como por el renovado desdoblamiento de la especialización, ha hecho pensar a algunos escritores que atraviesa un período de crisis. Mas no obstante el propósito particularista de los especialistas, no debe olvidarse que el Derecho civil ha constituido la base para todo el Derecho privado, y con tal significación y valor se afirma en la concepción jurídica moderna.

Sebastián MORO LEDESMA
Letrado de la Dirección General
de los Registros y del Notariado.

MEREA, Paulo: "Notas sobre o poder paternal no Direito hispanico occidental durante os seculos XII e XIII". Publicaciones del Anuario de Historia del Derecho español. XVIII. Madrid, 1947.

Junto a la aportación concreta a la Historia de nuestro Derecho privado, tiene un significado más general el presente estudio del profesor Paulo Merêa, con el que se vincula a toda una serie de ellos debidos al mismo autor. Significan una orientación metodológica que lleva a situarse en el interior del sistema jurídico que se trata de estudiar. En el tema del poder de los padres, Ficker había afirmado que el Derecho medieval español recoge una fase muy antigua del Derecho germánico. Ureña sostuvo la fusión de las concepciones germánica, musulmana y celtibérica. Preocupado en un segundo término por los problemas de orígenes, el profesor Merêa se interesa ante todo por reconstruir históricamente la dogmática de la institución. Le sirve de base fundamental el capítulo 206 del Fuero de Cuenca. Los hijos están en la potestad de los padres hasta que se casan. Estos son los hijos emparentados. La potestad es ejercida por ambos padres. El contenido específico de esta *potestas parentum* se refiere a las relaciones patrimoniales: el hijo emparentado no adquiere para sí, sino para sus padres. No tiene peculio. Consecuentemente, los padres responden de sus obligaciones pecuniarias.

Esta situación no acaba sino cuando el hijo se casa y pone su casa propia. Y también cuando uno de los progenitores muere, y el hijo le hereda, partiendo los bienes del matrimonio con el superviviente. Entonces éste puede todavía retener los bienes, pero como administrador de aquella parte que pertenece al hijo. Cesa la *potestas parentum*, en cuanto su consecuencia esencial era la atribución a los padres de las ganancias del hijo. En este punto el profesor Merêa rechaza la interpretación de Ficker, según la cual el capítulo 235 del Fuero de Cuenca establecía aquella misma atribución al progenitor viudo, y ve en ese precepto el reconocimiento de una expectativa sucesoria.

En cuanto al origen de esta potestad conjunta, señala la tendencia favorable al reconocimiento de la misma a la madre, que se advierte en la doble tradición románica y germánica del Derecho medieval. Pero destaca más su explicación interna, en el régimen económico del matrimonio, que hacía comunes a ambos cónyuges los bienes adquiridos y los rendimientos de los bienes propios.

Se estudia, finalmente, la transformación de este régimen en el Fuero Real por el influjo de la recepción romanista del sistema de peculio. Incluso es modificado en este sentido el propio Fuero de Cuenca por una mejora que en él introduce Sancho IV. Las Partidas completan esta evolución, copiando el modelo justiniano.

Conviene advertir que en el trabajo se insiste en el carácter patrimonial de la potestad conjunta, prescindiéndose de otros aspectos que, como en anteriores estudios dejó sentado el autor, no son específicos de la patria potestad; ejemplo, el derecho de corrección o la intervención en

el matrimonio de los hijos. Por este motivo creo que en el capítulo 235 del Fuero de Cuenca, cuya interpretación ofrece todavía algunas dificultades, puede ser muy reveladora la "confusión en el espíritu de quien lo redactó", que dió lugar a una "amalgama de los principios del poder paterno con los que regían la sucesión familiar". Acaso la redacción del Fuero de Teruel, § 339, no ha ido descaminada, al insistir sobre el testamento de los hijos sujetos, válido si se hace con voluntad de los padres.

R. GIBERT

MOSCO, Luigi: "La conversione del negocio giuridico". Ed. Jovene. Nápoles, 1947; 384 págs.

En la primera parte, de carácter introductivo al volumen, y dentro del marco del vigente Código civil de Italia, se tratan los siguientes temas fundamentales: la autonomía de la voluntad privada y sus límites; la integración y sustitución de la voluntad negocial por la voluntad legal; la dirección de la voluntad en el negocio jurídico; la causa y el objeto. La seriedad científica de la indagación no permitía prescindir del examen de tales materias; pero sólo el hecho de que se inicie la obra sometiendo a examen crítico varias de las fundamentales y más generales y discutidas doctrinas en torno al negocio jurídico, hace que en una reseña bibliográfica como la presente no se pueda siquiera intentar una valoración analítica de los resultados conseguidos. Quizás quepa decir a este respecto, en brevisísima síntesis, que parece haberse dado en los primeros capítulos de la obra una excesiva extensión a la noción de "autonomía de la voluntad" cabalmente cuando el principio se halla en la consabida crisis. Más aún sobre tema tan importante en la dogmática y tan fecundo en aplicaciones en la práctica como el de que la voluntad del sujeto del negocio se dirija solamente hacia los resultados prácticos del mismo y no hacia los resultados jurídicos, cabría hacer ciertas observaciones a la exposición de la obra. Y sería asimismo útil, a la vez que arduo, seguir al autor en su tentativa de revisión crítica del concepto y de la función de la "causa" del negocio, que culmina en la eliminación de ésta al decir que "lo que la doctrina cree deber identificar con el concepto de causa pertenece al concepto bien distinto del objeto del negocio o a una parte de éste" (pág. 225).

La segunda parte trata de los requisitos de sustancia del negocio que sustituye al inválido, del requisito de forma y de la invalidez o ineficacia del negocio en relación con la conversión del mismo. Bajo estos epígrafes estudiáanse los tres problemas fundamentales del tema tratado, a saber: qué relación debe existir para que se realice la conversión entre la voluntad negocial dirigida a dar vida al negocio nulo y el que viene a sustituirlo; cuál puede ser el negocio que sustituya al nulo (qué requisitos de sustancia y forma debe tener), y qué clases de negocios viados serán susceptibles de conversión.

La conversión del negocio jurídico, según la tesis fundamentalmente desarrollada, no estriba en la presunta voluntad de las partes, sino en la voluntad de la ley, siempre que no exista manifestación contraria de aquéllas; la norma que introduce la conversión del negocio nulo es una norma dispositiva, en el sentido de que tal conversión tiene lugar en tanto en cuanto no fué prevista por las partes la hipótesis de la nulidad y no fué pactada y dispuesta la exclusión de la conversión.

De esta tesis se inferen diversas consecuencias, como la de que no son aplicables a la conversión, como manifestación de voluntad, ni las normas sobre interpretación del negocio jurídico, ni sobre los vicios de la voluntad. Analízase posteriormente y se desarrolla dicha posición, aplicándola a múltiples casos particulares.

La obra en su conjunto, está bien pensada y contiene una prolija exposición, abonada con nutrida bibliografía, no sólo italiana, sino también extranjera y predominantemente alemana. Acredita en su autor ideas claras, agudo sentido jurídico y capacidad de percepción de los nexos unitivos de cualquier caso concreto, por especial que sea, con los principios generales del sistema.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

OPPO: "Ademplimento e liberalità. Milán, 1947.

Con este título, que pudiera interpretarse como una antítesis entre los términos que comprende, no quiere Giorgio Oppo significar que vaya a ocuparse en distinguir las hipótesis típicas de pago de las de liberalidad; entre ambas, las diferencias son claras, y sería superfluo dedicar un libro a tal problema. El objeto de esta obra es diferenciar las hipótesis en las que el carácter de cumplimiento y el de liberalidad no se presentan de una manera clara y unívoca, mostrando, por el contrario, cada una de ellas elementos que podrían encuadrarse en ambas categorías. En esta zona de confín, en la que los supuestos de hecho aparecen difuminados, centra su estudio el autor.

Oppo ve un elemento común en los supuestos de hecho de las figuras comprendidas en esa zona. Entre la existencia de un deber jurídico y la ausencia de cualquier deber hay un punto medio: la existencia de un deber no jurídico, de una relación no obligatoria, pero que no deja de ser relevante para el Derecho. Se trata de deberes originados por normas sociales no jurídicas a las que el Derecho atribuye una relevancia, no igual a la de la obligación, pero sí suficiente para proteger jurídicamente sus efectos. ¿Cómo deben calificarse esas figuras y qué efectos se producirán en caso de incumplimiento?

Es indudable que si esas relaciones fuesen plenamente jurídicas la prestación patrimonial constituiría un pago. Si fuesen absolutamente irrelevantes, su cumplimiento, desde el punto de vista jurídico, sería una liberalidad. Pero en estos casos intermedios, aunque no existe un vínculo jurídico, hay un vínculo social que no deja de producir efectos jurídicos; y

si bien es cierto que aquí no puede hablarse de "exigibilidad jurídica", no deja de haber una cierta intención de pagar.

Los elementos objetivo y subjetivo normales en los supuestos de hecho del pago aparecen en estos casos, pero referidos a un deber que no es jurídico, mas al que el ordenamiento concede relevancia. Es preciso saber si tal relevancia será suficiente para sustraer el cumplimiento de esos deberes a la esfera de la liberalidad e incluirlos en la del pago.

¿Cuáles son esas relaciones y deberes extrajurídicos a los que el ordenamiento concede relevancia?

Un primer grupo lo constituyen las relaciones gobernadas por la costumbre social (corrección, conveniencia, decoro, tradiciones populares y familiares, honor profesional, costumbres caballerescas, deportivas, etc.), que puede tener vigor en ambientes y lugares diversos, y siempre suponen expresión de una conducta practicada de modo usual por una parte determinada de la sociedad. El autor piensa que la "liberalidad de uso" no puede considerarse como un "quid medium" entre los dos términos de la antítesis: pago-liberalidad, sino que excluye de su concepto al primero de éstos para incluirse en el segundo; esos deberes generados por costumbre social, según el ordenamiento jurídico y la conciencia colectiva no poseen los supuestos de hecho del pago ni eliminan los de la liberalidad. Desde el punto de vista de la estructura y desde el de la causa, la liberalidad de uso es una donación: presenta todos los requisitos intrínsecos de la misma; sólo hay una cualidad extrínseca que la diferencia de la donación no usual: la conformidad con el uso; tal característica no suprime ninguno de los elementos esenciales de la donación, pero configura a estas liberalidades con una cualidad jurídicamente relevante. La frase "liberalidad no donativa" que la ley italiana emplea, debe entenderse en ese sentido y no en el de considerar que existe una diferencia substancial entre estas liberalidades y las donaciones; dentro de estos límites puede decirse que estas figuras son liberalidades, pero no donaciones. El régimen jurídico de las mismas—que, como es natural, con arreglo al criterio de Oppo, no puede ser el del pago—será el de la donación con los efectos particulares que a la circunstancia del uso conceda la ley.

Un segundo grupo lo constituyen las atribuciones de bienes derivadas del deber de recompensar beneficios recibidos ("donación remuneratoria"); estas son verdaderas donaciones, si bien que cualificadas respecto a las puras y simples. Las donaciones remuneratorias, según Oppo, no pueden configurarse como pago ni siquiera incluirse en un grupo intermedio entre el cumplimiento y la liberalidad: entran dentro del grupo causal de la liberalidad típica, de la donación. La disciplina de las mismas será, por tanto, la de las donaciones y no la del pago o la de un acto "neutro"; las particularidades de tal disciplina, impuestas por la relevancia concedida a⁷ elemento remunerador, no pueden considerarse manifestación de una naturaleza onerosa o neutra, sino derogación parcial de las normas de las donaciones puras, explicable por las características especiales que las remuneratorias presentan.

Por último, el tercer grupo lo constituye el cumplimiento de obligaciones naturales y de todos aquellos deberes a los que la ley no concede acción, pero excluye la posibilidad de repetir cuando son cumplidos espontáneamente. Estas atribuciones, que tienen su causa en un deber de moral social, no son ni donación ni liberalidad. A juicio de Oppo, ese cumplimiento es un contrato de atribución, causal de eficacia real. La causa ni es onerosa—puesto que no está caracterizada por la existencia de una contraprestación—ni gratuita—ya que el disponente no tiene ánimo de liberalidad—; se trata de un contrato que debe encuadrarse en la zona intermedia existente entre el pago y la liberalidad, y en este sentido puede llamarse “neutro”. Afirmada la naturaleza contractual de ese cumplimiento y derivando su eficacia de la libre manifestación de la voluntad de las partes basada en una causa lícita que el ordenamiento reconoce, la irrepitibilidad de la prestación es la consecuencia de aplicar el principio de la irrevocabilidad del consentimiento legítimamente prestado, con los efectos propios del mismo. De esta forma, el cumplimiento de deberes naturales constituirá una atribución patrimonial sin contraprestación que no puede ser encuadrada en el campo de la liberalidad.

Al exponer estos trazos generales, hemos intentado dar una idea del contenido del libro y de las conclusiones a que el autor llega. Quedó fuera toda la sólida fundamentación científica en que Oppo basa su pensamiento y la crítica convincente que hace de las diversas teorías. Sólo con una lectura completa de la obra se puede apreciar su extraordinario valor.

Técnicamente es un libro perfecto. El autor pone de manifiesto en la introducción el valor práctico de su trabajo, ya que la mayor parte de las liberalidades que se efectúan en la vida cotidiana son donaciones remuneratorias o de uso. Y es de lamentar que este pensamiento no influyese más en el método de investigación empleado por Oppo. Se cierra en un conceptualismo riguroso, indudablemente lleno de valor científico, servido por una gran claridad de exposición y belleza literaria. Pero le falta un poco de calor humano, que sólo podría conseguirse descendiendo en mayor medida al plano de los intereses.

G. J. ORTEGA

PRIETO CASTRO: “Derecho procesal civil”, I, Zaragoza, 1948.

1. Una vez más se reedita esta obra meritísima con la que se dió un impulso decisivo a la ciencia procesal española y se renovó en breve tiempo la concepción civilística dominante. Con relación a la primera edición, presenta ésta pocas innovaciones, especialmente circunscritas a las modificaciones legislativas y a la información bibliográfica.

El presente volumen consta de tres libros: dedicado el primero a las teorías generales; el segundo, al procedimiento en general, y el tercero, a los procedimientos ordinarios en primera instancia. Examinaremos sumariamente cada una de estas partes para concluir después con un juicio de

conjunto sobre el valor de las doctrinas expuestas y el significado general de la obra.

2. Parte Prieto (astro del estudio de la regulación jurídica estatal, a que se someten las relaciones interindividuales por medio de normas que son como la voluntad del Estado y cuya imposición está encomendada a la función legislativa. Independiente de ella es necesario instituir otra función complementaria para *hacer patente ante todos los ciudadanos la eficacia que la Ley posee y proteger en el caso concreto al particular*. Tal es la función jurisdiccional que se lleva a cabo por medio del proceso (páginas 1-2).

La conservación del orden jurídico privado es el fin inmediato del proceso y equivale a dar validez práctica a la Ley; es decir, a realizar en la práctica su contenido dando el derecho a quien lo tiene y negándosele al que no lo posee. De este modo, envuelto en aquel fin unitario se obtiene el de protección del derecho del individuo (fin mediato). Pero no siempre se trata en el proceso de proteger un derecho civil lesionado, porque puede suceder también que sólo se pretenda la *declaración* de si existe o no alguna relación jurídica, o de si se dan determinadas circunstancias de hecho, o las condiciones exigidas por la Ley para el cambio de un estado jurídico y la *constitución* de otro nuevo, o si existen los requisitos jurídicos para el *aseguramiento* provisional antes de comprobarse lesión de un derecho. Y todavía compete al proceso otra función: constreñir al obligado por una sentencia a cumplirla o, si no, se hará efectiva con independencia de su voluntad (— 5).

La naturaleza jurídica del proceso, tanto tiempo vinculada a la idea de una relación jurídica, es enfocada por Prieto desde las nuevas perspectivas apuntadas por Goldschmidt, si bien tampoco acepta meramente su tesis, sino que opina que el proceso es, en todo caso, un *conjunto de situaciones jurídicas*. Y lo define como *actividad de las partes y del Tribunal, regulada por el Derecho procesal, e iniciada por la que de ellas se llama demandante, para obtener la sentencia (cosa juzgada) o acto por el cual el Tribunal cumple su misión de defensa del orden jurídico, que le está encomendada por el Estado, y tutela el derecho de la parte que, en el curso de él, haya demostrado poseerlo* (— 9).

El Derecho procesal—objeto del párrafo 2.º—es concebido como el conjunto de normas que ordenan el proceso, persiguiendo realizar un fin de justicia objetiva; lo que les da carácter público, sin que sea argumento contrario la naturaleza *dispositiva* de algunas normas. Y precisamente por el orden público del proceso son inadmisibles los pactos de simulación, y se impone, como regla, la vigencia del Derecho procesal interno.

El Derecho material y el procesal se distinguen atendiendo al *contenido* y a la *finalidad*. Es procesal el precepto que forma parte del ordenamiento jurídico de protección de los derechos, y material el que regula o se refiere de algún modo a la relación jurídica material que constituye el objeto del proceso. Es decir, si el Derecho civil regula la constitución de las relaciones jurídicas y la adquisición de derechos subjetivos, el pro-

cesal las instituciones y los requisitos previos de la tutela judicial de los derechos, la clase, forma y efectos de esta protección y el procedimiento para obtenerla (— 15).

A continuación, tras el estudio de las fuentes legales (cap. II), de la historia y reforma de la LEC (III), y de la bibliografía y Derecho comparado (IV), pasa al examen de la acción. Y es aquí donde se ve mejor el carácter predominante en la obra: la precisión sintética de las ideas, que revela un largo y depurado esfuerzo constructivo, el *ne quid nimis*, que parece ser el espíritu del trabajo. Un solo trazo descubre la esencia del derecho de acción: "La satisfacción de los derechos privados de los particulares interesa al Estado, porque, cumpliendo cada cual lo que le incumbe, se realiza el derecho contenido en la Ley..." Si a esto se añade que el Estado, por lo general, se vale del particular como instrumento de la actuación del derecho, concediéndole la facultad de acudir a los órganos jurisdiccionales instituidos por él, surte sin más el concepto de acción como *potestad recibida del ordenamiento jurídico por los particulares o titulares de un derecho, para promover la actividad jurisdiccional encaminada a la actuación de la Ley* (53). Esta definición es cuidadosamente puesta de acuerdo con nuestro derecho positivo, y expresamente se rebate una objeción posible: que la tesis separe en absoluto la acción del derecho subjetivo. Lo cual es inexacto por dos razones: Primera, porque se presupone la *necesidad de tutela jurídica*; segunda, porque se precisa alegar algún vínculo con el Derecho material que se afirma en la demanda existente (57).

Sigue el estudio de las clases de acción (58 ss.), donde es de subrayar el acertado y esquemático diseño de la puramente declarativa, que especialmente por el esfuerzo del autor ha sido recibida por el Tribunal Supremo.

El concepto de jurisdicción aparece también expuesto con sorprendente sencillez: "Es la actividad del Estado para la realización del orden jurídico, por medio de la aplicación del derecho objetivo que se traduce en tutela y seguridad de los derechos de los particulares." Y sucesivamente se delimita y estudia en su extensión y contenido (— 89), para abrir paso después, en sendos capítulos, a la organización de los Tribunales y a su competencia respectiva (— 155).

Y, como último tramo del libro primero, sobreviene a continuación el análisis del concepto de parte, determinado, activa y pasivamente, por el ejercicio de la acción; en el quién y contra quién se ejercita. La noción procesal de parte se perfecciona lógicamente por el concurso de tres notas: la capacidad de parte, la capacidad procesal y la legitimación. Las dos primeras en correlación con la capacidad jurídica y la capacidad de obrar materiales, la última en relación con la identidad concreta entre los que son partes en el proceso y los que lo son en la cuestión litigiosa debatida. Es decir, las partes están legitimadas cuando "el genuino titular se dirige contra el genuino obligado". De ahí la división en legitimación activa, identidad del que pide con el que puede pedir, y legitimación pasiva, identidad de la persona contra quien se pide con aquella contra quien

se puede pedir. La legitimación es un verdadero presupuesto procesal y como tal debiera ser tratada—y este parece el pensamiento de la LEC—; pero el T. S. la considera como elemento de fondo (— 171). Todavía queda, como regla general, el requisito de la representación y postulación, pues no toda persona con capacidad procesal la tiene para postular y actuar por sí en el proceso. Y a este problema se consagra el párrafo siguiente del libro, cuyo contenido se concluye al considerar las hipótesis de pluralidad de partes y de intervinientes y el cambio de partes (— 191).

3. El libro segundo se ocupa de los principios y de los actos del procedimiento. Los principios son concebidos como medida del influjo que se concede a las partes y al Tribunal en el proceso (191) y se estudian en el sistema de nuestra LEC contraponiendo, primero, el dispositivo y el oficial, y criticando la excesiva sobreestimación de aquél; luego, la oralidad y la escritura, con sus consecuencias: orden legal de los actos, preclusión y eventualidad, concentración, mediación e inmediatez y publicidad (— 213).

Los actos procesales se definen con un riguroso criterio espacial; son “los que se realizan dentro del proceso”. Ciertos actos realizados fuera del proceso, aunque produzcan efectos en él, no son procesales, como el apoderamiento, etc. El acto procesal difiere esencialmente del civil, puesto que se realiza en cumplimiento de una función pública o para conseguir una actividad pública; su valor depende casi exclusivamente de la forma. Los vicios del consentimiento no pueden invalidar los actos de parte; pero los del Tribunal practicados bajo intimación o fuerza, son nulos. Y debe quien las padezca declarar su ineficacia en cuanto pueda. Los requisitos formales establecidos por la LEC son una exageración anacrónica muchas veces, aunque en ocasiones sean el freno indispensable opuesto a la soberanía procesal de las partes. La inobservancia de las formas conduce a las diversas nulidades, en cuya determinación es tan deficiente la LEC (— 225).

Los actos procesales se clasifican por razón de persona en actos de las partes y actos del Tribunal (Juez y auxiliares). Los de las partes se dividen por su *contenido* en: demandas, afirmaciones y contraafirmaciones y declaraciones; y por su *destino* en: actos de ataque y actos de defensa. Los del Juez son de ordenación procesal o resoluciones sobre el fondo. Los del Secretario son: actos de comunicación, de documentación o de impulso. Y los del ejecutor judicial: de ejecución, con autoridad delegada del Juez; de vigilancia y custodia y de ejecución material (— 239).

Como categoría especial de las declaraciones se estudia el negocio jurídico procesal, al que se considera, de acuerdo con la doctrina dominante, una entidad conceptual de muy poco valor y casi por entero abandonada (226).

4. Un amplio y cuidadoso examen se dedica en el libro tercero al juicio de mayor cuantía, y a él se refieren después los restantes procesos de cognición, sólo considerados en los supuestos excepcionales (395-final).

El juicio de mayor cuantía es afrontado desde tres puntos de vista

esenciales, que constituyen otras tantas partes de la exposición. En primer lugar se acomete el estudio de la fase expositiva, desde la demanda hasta el escrito de ampliación. En segundo, la fase probatoria. Y, por último, las diversas formas de terminar el proceso, con o sin sentencia.

La demanda—cuestión inicial de este libro—aparece definida como el acto procesal escrito del actor en que la acción se ejercita, solicitando un acto de tutela frente al demandado. Los hechos base de pedir—parte esencial de la demanda—, estima Prieto Castro que han de ser descritos y valorados con arreglo a la teoría de la *substanciación*, si bien el problema no tenga gran importancia práctica, pues si en el derecho de obligaciones hay que atenerse a la teoría de la substanciación, en los derechos reales es suficiente con la *individualización* de los hechos (—256).

Las materias que siguen a la demanda son: la acumulación, la presentación de la demanda y documentos, la litispendencia y el emplazamiento, comparecencia y defensa del demandado, tras de lo cual se consideran las excepciones y los presupuestos procesales (—268).

La teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales, de tanto interés en nuestra disciplina, da motivo al autor para las siguientes consideraciones: Por ser el juicio un medio para el cumplimiento de las normas jurídicas y la satisfacción de los derechos privados, es lógico que en sí y por sí exija el mínimo de valores para conseguirlo. Por esto, una política procesal consciente debe procurar que se investigue antes de nada si existen los requisitos previos necesarios para que después el juicio se desenvuelva sin obstáculos. Lo contrario daría lugar a procesos inútiles o dispendiosos, con todos los inconvenientes que de ello derivan. Los requisitos previos conciernen al órgano judicial, a las partes y al instrumento con que el juicio mismo se inicia. Si el Tribunal carece de jurisdicción o es incompetente, o hay litispendencia, o es la parte incapaz, o el poder del representante es defectuoso, o la demanda está incorrectamente formulada, la tramitación será inútil desde el momento en que se cometa la falta y hará falta subsanarlo desde ese punto. Por eso es lógico el examen previo del cumplimiento de tales requisitos (presupuestos procesales) (—270).

Una de las partes más logradas de la obra que comentamos es la destinada al estudio de la prueba, que comienza con la determinación de los conceptos generales y concluye con la consideración particular de cada medio de prueba (—364), en un nuevo y acabadísimo esfuerzo de síntesis.

Finalmente, la fase decisoria es ocasión de su análisis, encabezada por las diversas formas en que el proceso termina sin sentencia, rematada por ésta y sus efectos, especialmente la cosa juzgada, para la cual acepta la *teoría procesal* sin reservas.

5. Valorada en conjunto, la obra de Prieto Castro es una aportación valiosísima a la Ciencia del Derecho procesal y está a la altura de las mejores producciones de otros países. Pero su importancia fundamental radica en ofrecer por vez primera una visión rigurosamente científica de nuestras instituciones procesales, relegadas antes a la órbita estrecha e

infecunda de un procedimentalismo exegético. En esto, los merecimientos de Prieto son muy grandes, pues las dificultades que se oponían a su labor eran muchas, siendo necesario introducir, casi uno a uno, los términos y los conceptos más imprescindibles. A pesar de todo, los resultados de sus esfuerzos han sido completamente satisfactorios.

6. Lo cual no quiere decir—aun extremado el campo del elogio—que se hayan de compartir, una por una, todas las doctrinas expuestas por el eximio procesalista. El progreso científico no sufre interrupciones, y el pensamiento consciente vive en una continua evolución y perfeccionamiento. Por eso, la próxima edición de esta obra se anuncia que será hondamente transformada. A tal evento queremos hacer, por nuestra parte, algunas indicaciones, especialmente acerca de su teoría de la acción; no sobre su fondo, al que tanto se aproxima Carnelutti (Vid., p. e., RDPI, I, 1.^a parte, págs. 5 ss.), sino sobre la simple utilización de este vocablo. La palabra *pretensión* nos parece que está, por su expresividad y especificidad, destinada a sustituir a aquélla. Primero, porque indica muy bien la independencia del concepto procesal con el material paralelo. Segundo, porque no prejuzga nada el resultado último del proceso. Y tercero, porque las leyes materiales, al referirse a la acción, aluden indudablemente a la *acción ejecutiva*, como nos parece haber demostrado en un trabajo reciente (RDPrv. Diciembre de 1948), por aplicación de la teoría de los equivalentes jurídicos. Por otra parte, mientras se consolida la doctrina, como parece en vías de lograrse, en torno al concepto mismo de pretensión, sería bueno para la constitución de una escuela jurídica hispánica extremar hasta donde sea posible los vínculos de solidaridad en las cuestiones accidentales (y ésta—terminológica—está en ese caso)

En cuanto a la redacción y al espíritu de la obra—contra lo que otros opinan—no encontramos ningún motivo serio para aconsejar la modificación. Ni el "germanismo" expositivo nos parece un defecto, y sí una virtud, ni creemos que un exceso de claridad haya de sacrificarse al rigor científico. Con un exceso de preocupaciones pedagógicas—que bien pueden quedar en muchas ocasiones para la "escuela de párvulos"—no será gran cosa lo que se adelante en el terreno de la Ciencia pura. Es necesario si se quiere hacer algo, habituar a nuestros estudiantes a pensar en abstracto; de lo contrario, al terminar los estudios se encontrarán como al principio: en un tipo de mentalidad enteramente infantil.

En cambio, tal vez en algunos puntos fuera conveniente alterar las líneas del sistema, de acuerdo con las últimas orientaciones legislativas. Es probable que con ello ganara todavía la síntesis.

7. Prescindimos de otras divergencias ocasionales, alguna vez expuestas; pero se nos permitirá terminar con un recuerdo personal, pues, al fin, para nosotros este libro tiene un valor *distinto*.

Hace años iniciábamos el estudio del Derecho procesal en una gloriosa Universidad "provinciana". Acababa por entonces de aparecer la primera edición de la obra que comentamos; pero, por azares diversos, tardó algún tiempo en llegar a nosotros. Mientras tanto, nos vimos obligados a estu-

diar nuestras leyes procesales según la vieja técnica procedimentalista. Y por eso, cuando poco después llegó a nuestras manos un ejemplar de aquel libro, su lectura fué para nosotros una verdadera revelación. Abandonamos el propósito de especializarnos en Ciencias económicas y nos entregamos al Derecho procesal, que aparecía entonces tan sugestivo como prometedor. Por eso decimos que este libro tiene para nosotros un valor *distinto*, que la gratitud no consiente silenciar.

José LOIS ESTEVEZ

RADAELLI, Humberto: "L'eredità giacente". Milán. Soc. Ed. Libreria, 1948; 211 págs.

Hállase dividido el interesante volumen en dos partes, de las que la primera se ocupa de la sucesión hereditaria en general, y la segunda, de la yacencia hereditaria. Examina el autor en la primera parte la esencia de la sucesión "mortis causa", según la doctrina, la estructura de la herencia en el Derecho romano, la "successio in jus", desde el punto de vista de la teoría general del Derecho, la naturaleza y contenido de la cualidad de heredero, su diferenciación con el legatario, los efectos jurídicos de la "successio in jus" y la patrimonialidad y sus consecuencias. La segunda parte aparece dedicada a la construcción lógica de la herencia yacente, desechando el autor de modo sucesivo las teorías de la relación sin sujeto, de la personalidad jurídica y del patrimonio sin sujeto, para estudiar después la condición jurídica de los llamados, sucesivamente, las facultades del llamado, el curador de la herencia yacente, la delación subordinada a algún evento futuro e incierto, la comunidad hereditaria y la yacencia, la "omissio hereditatis" y sus consecuencias y el fin de la yacencia. Todo ello constituye un estudio interesantísimo que, por su adaptación al nuevo Código y por su visión clara y realista de los problemas planteados, ofrece indudable interés al jurista teórico y múltiples soluciones al práctico.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

ROCA SASTRE, Ramón María: "El problema fideicomisario de los hijos puestos en condición". Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1948; 102 págs.

A raíz de la celebración del Congreso Nacional de Derecho Civil, de Zaragoza, ha cobrado palpitante actualidad el estudio de las instituciones forales, cuya compilación ha de constituir la primera fase hacia la elaboración de un Código civil general.

Y como fué conclusión de la citada asamblea tener en cuenta al compilar las instituciones, no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente, ven la luz muy oportunamente todos los trabajos relativos a materia de

esta índole, y más aún aquellos que buscan soluciones concretas y positivas.

El que nos ocupa, debido a la fecunda pluma de Roca Sastre, reducido en dimensiones pero rico en contenido, aporta una solución, que si bien, en cuanto a sus efectos, tiene concomitancias con una de las posturas tradicionales sostenidas a este respecto, posee, por otra parte, una originalidad de enfoque altamente sugestiva. Se aparta de la tesis recogida en el Proyecto de Apéndice catalán de 1930 y toma fundamento de la convicción jurídica del pueblo catalán, que atribuye un valor prevalente a la estirpe sobre el grado.

La obra empieza centrando el problema de los hijos puestos en condición, que presenta como consecuencia de la aplicación del fideicomiso "sine liberis decesserit". Define éste como aquella sustitución fideicomisaria condicional, cuya efectividad se hace depender del hecho de que el instituido muera sin hijos, o con hijos que no lleguen a la edad de testar, y plantea la cuestión de si la circunstancia de dichos hijos, de estar puestos en condición, implica o no un llamamiento tácito a su favor en concepto de sustitutos. El autor destaca la honda trascendencia práctica de la solución, que hace, según sea ésta, seguir a los bienes trayectorias distintas. Precizando la naturaleza del problema y después de rechazar los distintos terrenos en que no debe plantearse, concluye que tiene un carácter esencialmente interpretativo.

La que pudiéramos llamar segunda parte de la obra consiste en una exposición de las dos tendencias doctrinales, jurisprudenciales y legislativas al problema de los hijos puestos en condición: la que considera que los hijos son llamados a la sustitución, sosteniendo la regla "positus in conditione, positus in substitutione", y su opuesta; ambas en el sentido de reglas interpretativas a modo de presunciones "iuris tantum", ya que tiene que prevalecer, ante todo, la voluntad del testador, manifestada de una manera expresa o conjetural, según dichas tendencias, y exclusivamente expresa según unas variantes de las dos; examinando los razonamientos utilizados por todas estas teorías.

A continuación pasa el autor a ocuparse del Derecho positivo vigente, afirmando que en Cataluña rige el principio de que los hijos puestos en condición, por el mero hecho de serlo, no se entienden llamados a la sustitución, principio que es admitido generalmente, aunque coonestado con el juego de conjeturas que son presunciones de llamamiento y de las cuales el Apéndice recoge tres, siendo de la opinión Roca, que sigue a Borrrell, de que además actuarán todas las que puedan desprenderse de las palabras del testador.

Esta doctrina vigente la encuentra Roca acertada, desde el punto de vista del actual derecho, lo cual no es óbice para intentar construir un sistema más convincente desde el punto de vista filosófico, y especialmente de la conveniencia social. Afirma que en el fondo del problema palpita una tendencia dirigida a colocar a los hijos puestos en condición en el lugar que en la sucesión ocuparía su padre si viviera, añadiendo que ope-

ra el principio de la representación, que nuestro pueblo siente de una manera instintiva sin llegar a darle expresión jurídica. Hace un estudio del mencionado derecho y su repercusión en la práctica notarial de cierto tiempo, para concluir que la mejor manera de hacer entrar en la herencia a los herederos puestos en condición es la de adaptar el derecho de representación al fideicomiso "sine liberis decesserit"; siendo esta tesis una excepción a su postura contraria a la introducción de la representación en la sucesión testamentaria. Esta actuación deberá ser, sin embargo, supletoria, permitiendo que el causante voluntariamente lo impida.

La obra termina con un Apéndice conteniendo los considerandos de una sentencia del desaparecido Tribunal de Casación de Cataluña, en relación con el problema tratado.

Santiago CAMPILLO

R. DE RUGGIERO y F. MAROI: "Istituzioni di Diritto privato". 2 volúmenes. Milán, Principato, 1947, 6.^a edición.

Fulvio Maroi, profesor en Roma y el más antiguo discípulo del eminente De Ruggiero, en cumplimiento de una suerte de "mandato post mortem" de éste recibido, se ha propuesto llevar a la práctica el designio del preclaro maestro de desarrollar las famosísimas "Instituciones" en un tratado elemental de Derecho civil en cuatro volúmenes y reducirlo simultáneamente a un volumen único a efectos pedagógicos de "Instituciones de Derecho privado". Como es sabido, "el Ruggiero", como usual y cariñosamente se ha designado a la obra que ha contribuido a formar la educación jurídico civil de la mayor parte de la moderna generación de juristas italianos, componíase en sus seis primeras ediciones de dos volúmenes, traducidos al castellano, y que fueron aumentados a tres en la séptima edición. Acaecida la muerte de su ilustre autor, su continuador Maroi condensó aquellos tres volúmenes en uno solo, que en corto espacio de tiempo logró cinco ediciones sucesivas y que actualmente, en su sexta edición, ha vuelto a constituir dos volúmenes. En el primero se contiene la Introducción y parte general, el derecho de la persona, el de familia, el hereditario y los derechos reales; en el segundo hallan puesto el derecho de obligaciones y la materia relativa a la tutela de los derechos.

Un manual de instituciones maravillosamente armónico y completo como el De Ruggiero no hubiera podido encontrar más sabia revisión y puesta al día que esta de Maroi, quien, manteniendo la obra en sus preclaras características que tanto la hicieron destacar, la ha adaptado a la elaboración legislativa, doctrinal y jurisprudencial del tiempo presente, ofreciendo un seguro camino para el estudio sistemático del nuevo Derecho privado italiano y para su mejor comprensión institucional. El trabajo constituye ejemplo de claridad, de sistematización y de concisión, al tiempo que reúne toda la materia del Derecho privado extraída de las más autorizadas fuentes y perfectamente resumida, con un cortejo de

exhaustivas notas bibliográficas, índice de ulteriores investigaciones, con una precisa puesta a punto de todas las cuestiones fundamentales y con una prudente orientación hacia sus soluciones. La misma legislación especial vigente es indicada con escrupulosa precisión, especialmente en cuanto deroga principios institucionales. Las aproximaciones entre las diversas instituciones son sistemáticas y acertadísimas; sus líneas de diferenciación son precisas y sagaces; la argumentación, sobria, pero eficaz.

En fin, ha logrado tal perfección la obra de Maroi, que la de De Ruggiero parece como si hubiese sido originariamente construida de acuerdo con el nuevo Código; y, por lo mismo, el rango preferente que entre los libros de instituciones ocupaba el De Ruggiero ha de ocupar éste, que asocia el nombre de los dos insignes maestros.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

SALVI: "La cessione dei beni ai creditori". Milán, 1947.

El Código italiano del 65 no dió reconocimiento legal a la "cessio bonorum", sin duda alguna influido por la idea entonces dominante de que aquella figura tenía como base un fin humanitario, por lo que se tornaba inútil dentro de un sistema que excluía la responsabilidad personal del deudor. Pero no faltaron quienes, con la vista puesta en las exigencias del tráfico moderno, llegaron a demostrar el absurdo que suponía ligar la "cessio bonorum" al concepto de esta figura en los tiempos de la "manus injectio". El resultado de esta última tendencia fué el de llegar en el nuevo Código al reconocimiento pleno de la institución.

Salvi se plantea el problema de la actualidad de la "cessio bonorum" y, con acierto, lo resuelve afirmativamente, basándose en consideraciones de tipo económico-social, de política legislativa y hasta por una razón de tipo moral. Sin embargo, para la solución definitiva del problema convendrá remitirse a la futura práctica civil y mercantil, solamente la cual podrá decir la última palabra sobre la viabilidad de la cesión de bienes. Entretanto, cumple a la ciencia jurídica esclarecer los caracteres y la naturaleza del instituto a fin de facilitar la aplicación práctica.

Y esto es lo que ha intentado Salvi con su libro, cuya primera parte, la más interesante desde el punto de vista doctrinal, está dedicada al estudio de la naturaleza jurídica de la cesión de bienes a los acreedores. Un capítulo dedica el autor a definir la cesión como figura autónoma del Derecho privado.

Después de estudiar la cooperación entre sujetos de derecho, como fenómeno general dentro del cual actúa la cesión de bienes, pasa revista a las varias figuras particulares de cooperación, rechazando el concepto como impropio y sometiendo a crítica también la teoría de la sustitución.

Para Salvi la representación directa, por sí misma, es insuficiente

para catalogar la compleja naturaleza de la "cessio". En cambio, la cesión de bienes es un mandato sin poder de representación; los obstáculos que pueden oponerse a esta idea quedan superados con otros expedientes: así, por ejemplo, el problema de la indisponibilidad de los bienes cedidos, recurriendo al fenómeno de la adquisición constitutiva. El "ius disponendi" transmitido a los acreedores constituye un verdadero y propio derecho subjetivo "in re". En contra de la opinión de Stolfi, que opone el grave obstáculo del "numerus clausus" de derechos reales, Salvi aduce como decisiva la tipificación de la "cessio bonorum" hecha por el legislador italiano de 1942. El poder de disposición de los acreedores concebido como "ius in re aliena", es, además, compatible con la noción de mandato. Como ya había enseñado magistralmente Betti¹, la fórmula "cessio = contrato de mandato" se refiere a las relaciones internas que nacen como consecuencia de la cesión; la fórmula "cesión de bienes = negocio atributivo del poder de disponer" mira, por el contrario, a las relaciones externas y viene a explicar la relevancia de los actos realizados por los cesionarios en sus relaciones con los terceros y con el cedente. Salvi excluye la necesidad de la procuración, de donde a su modo de ver, el complejo concepto dogmático de la "cessio bonorum" resulta constituido por un simple mandato, al que se añade un fenómeno de sucesión constitutiva en favor de los acreedores. Estos dos elementos, integrándose mutuamente, agotan el contenido de tales figuras jurídicas y claramente solucionan el problema planteado por Salvi en la primera parte de su estudio.

La segunda parte, dedicada a la disciplina legislativa del instituto, no es inferior a la primera, pero ofrece menos interés para el lector español.

J. JORDANO

STARCK: "Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée". París, 1947.

La reparación de daños que la actividad de los hombres causa a otros hombres constituye, en palabras del autor, un problema fundamental del Derecho contemporáneo.

La idea de la culpa, llave que abría la puerta de la responsabilidad desde la época romana hasta el siglo XIX, parece que dejó de ocupar el lugar de única causa que origina la reparación. El progreso industrial multiplicó asombrosamente los accidentes—no obstante las precauciones y medidas tomadas para evitarlos—; y al no designar el accidente un culpable, se plantea el problema de condenar a un no culpado. Con esta separación de hecho entre la culpa y el daño, la teoría de la responsabilidad adquiere en los tiempos modernos una significación diferente.

1. BERTI: "Natura giuridica della cessione dei beni ai creditori", en "Rivista del Diritto commerciale", 1935, II, pág. 319.

Los autores han ideado las más diversas teorías para buscar fundamento al deber de indemnizar. Algunos siguen considerando que la responsabilidad no puede nacer sin culpa. Otros llegan a proclamar, no ya una separación de hecho entre ambas, sino un divorcio en el sentido de que estas ideas no están ligadas entre sí y cada una puede vivir por separado. Otros, por fin, dividen la responsabilidad atendiendo a dos causas productoras: la culpa y el riesgo.

De otra parte, la legislación y la jurisprudencia, al tener que solucionar casos nuevos no previstos que la vida moderna ha planteado, dieron soluciones diferentes para distintos supuestos, con lo que introdujeron una casuística que viene a diversificar hasta el infinito la vieja idea romana de la culpa. Y así se habla de culpa delictual, contractual, personal, del guardián de personas y del guardián de bienes, de responsabilidad por accidentes de trabajo, de aviación, de deporte, responsabilidad en el ejercicio de un derecho, entre vecinos, de personas normales y dementes, de personas físicas y jurídicas... En todo este conjunto parece imposible encontrar un común denominador que abarque todos los supuestos.

Tal denominador no ha sido encontrado ni por los partidarios de la culpa ni por los del riesgo.

El hecho de que existan numerosos casos de responsabilidad independiente de la culpa, y el de ser la idea del riesgo insuficiente, llevan al autor a afirmar que el problema de la responsabilidad no se resuelve con una de estas ideas tan sólo. Analizando las opiniones de los autores que sostienen una y otra, concluye que ambos buscan la razón del deber de reparar los perjuicios causados, contemplando exclusivamente al autor de los daños. Invirtiendo este punto de vista, enfoca el problema desde el lado de la víctima y busca el fundamento del deber de reparar en el análisis de sus derechos y de las relaciones que se establecen entre los derechos en conflicto de las dos partes.

El concepto de "garantía", que propone en sustitución, le permite explorar todo el inmenso campo de la responsabilidad civil. Desenvuelve esta teoría en las dos primeras partes de su libro, bajo el título de garantía extracontractual la primera y el de garantía contractual la segunda.

La idea de garantía explica, en primer lugar, la responsabilidad aquiliana. A juicio de Starek, el concepto de culpa y el de riesgo son inútiles en este caso: la responsabilidad existe de pleno derecho, pues los daños que constituyen atentado contra la vida de otro, contra su integridad corporal o contra sus bienes, son en sí mismos daños ilícitos, imponiéndose la reparación siempre, salvo caso de fuerza mayor. El Derecho positivo actual prescribe que la protección de la vida, de la integridad corporal y de los bienes materiales, está garantizada a todos; de aquí que cualquier atentado contra estos derechos produce daños ilícitos. ¿Cómo explicar de otra forma la responsabilidad del loco y del que realiza un acto necesario?

La misma idea de garantía explica y justifica la responsabilidad por daños extracontractuales no aquilianos (tanto económicos como morales), que son también daños ilícitos, pues derivan de una invasión ilegala de derechos y libertades de la víctima; ahora bien, el concepto de culpa interviene aquí para determinar el límite subjetivo de nuestros derechos y de nuestras libertades.

Y, sobre todo, es también la idea de garantía la que explica la responsabilidad contractual. ¿Para qué hablar de culpa? ¿No es artificial e inútil declarar que el deudor que no cumple una obligación actúa necesariamente con culpa? La responsabilidad de éste debe ser deducida directamente de su vínculo: "pacta sunt servanda"; lo que aquí desempeña papel predominante es la garantía que él ha prometido, y todo consiste en determinar la extensión de la misma.

De esta forma, la teoría de la responsabilidad se reduce a una teoría de la garantía.

Pero con ello no excluye Starck en absoluto la idea de culpa en relación con la responsabilidad. A ella dedica la tercera y última parte de su libro, reduciendo su función a la de pena privada. Cuando se constata la culpa, la responsabilidad se agrava, la reparación debe ser integral, extendiéndose a todo daño, incluso al moral y al imprevisible. El papel de la culpa puede ir aun más allá, prescribiéndose medidas dirigidas a poner fin a la iniciativa culposa o a prevenir su repetición, puesto que la pena privada tiene una finalidad preventiva.

Esta obra presenta una visión original de la responsabilidad y pone de relieve la importancia que hay que conceder a la parte que sufre los daños; los intereses de ésta no habían sido suficientemente ponderados por la mayor parte de la doctrina, que fijaba su atención exclusivamente en el autor de los perjuicios. Es cierto que la valoración de los intereses de la víctima tiene mayor importancia que la de los del autor; pero tal vez Starck pecase por exceso. Aunque reconoce que se debe atender a las relaciones que se establecen entre los derechos de las dos partes en conflicto, muestra, seguramente por contraste, tal preferencia por quien sufre los daños que, atendiendo a su criterio, el que los causa podría quedar sujeto a una responsabilidad muy superior a la que, desde un punto de vista objetivo, merece.

G. J. ORTEGA

Revistas

I. Derecho civil

1. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

CORBIN GARCIA, Ricardo: "La teoría del acto emulativo y la instalación de rótulos". *Revista General de Derecho*, 53, 1949; págs. 84-86.

Aplicando la teoría del acto emulativo al caso concreto de la colocación de rótulos por el arrendatario cuando el propietario injustificadamente se oponga a ello, estima que la oposición del propietario es abusiva cuando aquéllos reúnan las condiciones que normalmente se dan en los fijados en establecimientos que se dedican a operaciones análogas a las que son objeto de aquel en que se trata de instalar el rótulo.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Constancia de la legitimidad o ilegitimidad en las inscripciones de nacimiento". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 78, 1949; págs. 3-6.

La Ley del Registro Civil, en el número 7.º del artículo 48, señala la obligación de hacer constar la legitimidad o ilegitimidad si fuese conocida, pero sin expresar la clase de ésta, a no ser la de los hijos denominados legalmente naturales.

Examina cada una de las situaciones que pueden presentarse, y en relación con los naturales contempla dos supuestos, sin perder de vista el artículo 132 del C. c.: uno de que la inscripción del recién nacido la verifique la madre y otro en que la inscripción la verifique el padre; en ambos casos habrá de inscribirse como hijo natural sin revelar nada referente al otro progenitor. Si el niño lo inscribe una tercera persona distinta de los padres, habrá de hacerse con el carácter de ilegítimo, y lo mismo cuando el niño al inscribir tiene el carácter de "hijo ilegítimo".

Observa el autor que tal como está regulada la filiación en nuestra legislación, y al no poder revelar el nombre del otro progenitor, se inscribirán como naturales verdaderos hijos ilegítimos y viceversa, la solución cree veñía en la ampliación del plazo normal de inscripción del nacimiento, determinado en el artículo 45 de la Ley, por lo menos en las inscripciones de hijos ilegítimos, lo que podría conseguirse modificando o adicionando el párrafo segundo del artículo 31 del Reglamento.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Transcripción de las partidas sacramentales de matrimonio al Registro Civil". *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 81, 1949; págs. 3-8.

De los distintos supuestos que plantea el artículo 77 del C. c. en relación con la Real Orden de 29 de abril de 1889, deduce que para la transcripción no basta una mera providencia, sino que se precisa incoar un expediente en el que, además del escrito inicial suplicando la transcripción de la partida sacramental que se acompañará debidamente legalizada si procede de distinto partido judicial, se practicará información acerca de la causa de la falta de inscripción, a los efectos disciplinarios, y de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 77 del C. c., en el que se dictará auto mandando verificar la transcripción, poner en conocimiento del superior Juez de 1.ª Instancia dicha transcripción a los efectos de inspección. Dicho expediente es el que regula el Real Decreto de 19 de marzo de 1906.

LUNA, Demetrio: "En torno a un concepto ecléctico del Derecho subjetivo". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 249, 1949; págs. 90-95.

Tras distinguir entre Derecho objetivo y subjetivo los diversos sentidos de esta expresión y exponer las teorías modernas sobre el Derecho subjetivo, da del mismo una definición ecléctica, en el sentido de considerarlo: "Poder de obrar, limitado y concreto, en satisfacción de los propios intereses, garantizado por la Ley". Termina distinguiendo el derecho subjetivo de una serie de figuras afines, como son: "cualidad jurídica", "interés", "facultad jurídica", "expectativa de derecho", "pretensión", "acción" y "deber jurídico".

QUINTANILLA ALVAREZ, Bernardino: "Problemas vivos en el Derecho (La inercia en lo jurídico)". *Revista General de Derecho*, 53, 1949; páginas 87-96.

Hay situaciones irregulares en las que, en conflicto lo jurídico judicial con lo vital e incluso con lo moral, producen un decaimiento de derechos o una realidad de indefensión, ya porque la norma legal establecida no prevega clara solución, o ya porque el órgano judicial no funcione en lógica determinación a dicha norma. Cita como casos en que tales situaciones se producen el de una mujer casada que sin causa que lo justifique abandona el domicilio conyugal llevándose a sus hijos y algunos enses; el de un hijo que, a pesar de contar cuarenta años, convive con su padre, cuya vida hace muy difícil, no habiendo nada que justifique la continuación de tal convivencia.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino: "En torno al negocio indirecto y figuras jurídicas afines". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 1949; págs. 276-304.

En los momentos en que el Derecho se encuentra en continua metamorfosis buscando su adecuación a la realidad económica, se tiende a

que todo contrato lícito sea merecedor de protección jurídica independientemente de su correspondencia a un tipo legislativamente fijado, mediante el concurso de las causas típicas de los diversos contratos nominados del Código; sin embargo, se opera una resistencia por parte de los técnicos del Derecho a admitir nuevos tipos, aun a trueque de retardar la evolución jurídica, influidos por la concepción experimental y fenoménica de la vida.

Analiza, de acuerdo con lo que antecede, la apariencia jurídica, la ficción jurídica, el negocio simulado, el fiduciario, para terminar estudiando el negocio indirecto, cuya validez, dice, dependerá en cada caso concreto de que sus motivos trascendentes no sean contrarios a la naturaleza del negocio típico que les ampara o a la del ordenamiento en sí.

SILVA MELERO, Valentín: "Relaciones entre el Derecho civil y el Derecho penal" Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, I-2.º, 1948; páginas 246-256.

La ya antigua cuestión de la relación entre las distintas ramas jurídicas junto con su correlativa dependencia o independencia es abordada por el autor con una brillante exposición de las distintas teorías formuladas al respecto. Afirma que el Derecho civil apenas tendría posibilidades de realización práctica sin el Derecho penal, y que éste vería restringida su órbita si no tuviera como finalidad la protección de los bienes jurídicos que el Derecho civil regula. Termina señalando las distintas instituciones donde puede apreciarse la relación del Derecho penal con el civil, considerando que de lo que se trata en definitiva es apreciar conjuntamente en ambas ramas jurídicas conceptos que viven en cada una de ellas y cuyo acercamiento y valoración general puede significar un progreso de importancia en la teoría general del Derecho.

2. Derechos reales

A cargo de José M.ª CODINA CARREIRA.

BELMAR, C., Eduardo: "Sobre la utilidad de la posesión viciosa". Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Órgano del Colegio de Abogados de Chile, XLV, 1948; págs. 27-36.

Clasifica la posesión en útil e inútil, atendiendo a si conducen o no a la adquisición del dominio por prescripción.

El Código chileno considera como posesiones inútiles las llamadas "viciosas", a saber: la violenta y la clandestina, y como útiles la regular y la irregular, ya que ambas llevan a la usucapión, ordinaria la primera y extraordinaria la segunda.

El autor se plantea el problema de si las posesiones viciosas coexisten con las que no adolecen de vicios, como un grupo aparte, o como formas

degeneradas que pueden revestir las posesiones regulares e irregulares, llegando a las siguientes conclusiones:

La clandestinidad puede acompañar a la posesión irregular, así como a la regular, pero esta última no puede jamás ser clandestina *ab initio*, porque está reñida con la buena fe.

La posesión regular no podrá nunca ser violenta, y, por consecuencia, cuando así suceda será siempre irregular, pero el poseedor violento puede prescribir cuando posee sin título.

El poseedor clandestino puede prescribir cuando no tiene título o cuando posee en virtud de un título traslativo.

El poseedor violento y el poseedor clandestino no pueden prescribir cuando tienen el *corpus* en virtud de un título de mera tenencia.

PONSAËD, André: "La présomption de communauté". *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 4, 1948; págs. 387-428.

El Código civil francés, al determinar las reglas relativas al régimen de comunidad, consagra en los artículos 1.402 y 1.499 la existencia de una presunción en favor del patrimonio común; en virtud del primero de dichos preceptos, bajo el régimen de comunidad legal, "todo inmueble se reputa adquisición de la comunidad", salvo prueba en contrario, y el segundo sienta una posición semejante en lo que concierne a los bienes muebles.

Indica el autor que la fórmula de estos artículos tiende a resolver un problema de hecho y no de derecho; un problema de prueba, que se aplicará cuando las condiciones de adquisición de un bien sean desconocidas.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

COTTINO, Gastone: "L'impossibilità di ricevere o di cooperare del creditore e l'impossibilità della prestazione". *Rivista del Diritto Commerciale*, 11-12, 1948; págs. 443-458.

Examina el viejo problema enunciado en el epígrafe en relación con la extinción del vínculo obligatorio; aporta opiniones de diversos juristas, entre ellos de Mignoli, que, en relación con el antiguo requisito de que la imposibilidad sea extraña a la persona del deudor, señala la necesidad de investigar la causa de la misma. El autor parece adherirse a la opinión de Titz: cuando señala que son dos los presupuestos del cumplimiento: la actividad del deudor, de una parte, y de otra la parte del mundo exterior sobre la que aquélla se ejercita, sea ésta una cosa o la misma persona del deudor. Advierte la incompatibilidad entre la "mora accipiendi" y la imposibilidad. Señala el especial relieve que el tema adquiere en el campo de las relaciones laborales, sobre todo por lo

que hace referencia a la destrucción del establecimiento o a la clausura por orden de la autoridad. Termina afirmando que lo mismo el acreedor que el deudor pueden hacer valer la imposibilidad a los fines del artículo 1.256 y, en último término, del 1.463 del Código civil italiano, y que constituiría un error tener como norma de equidad el que la tutela del deudor debe, en todo caso, prevalecer sobre la del acreedor.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Eficacia de la documentación extrajudicial pública". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 74, 1949; págs. 3-6.

Enfrenta el autor la voluntad y sus formas perfeccionadoras solemnes en lo que hace a la adquisición de los derechos reales.

Examina el valor del documento público extrajudicial, afirmando que las legislaciones civiles francesa e italiana fascista, desconocen su eficacia en aras de la mejor pureza del principio consensualista; en el Derecho inglés el documento no tiene la consideración de requisito "ad solemnitatem", sino como simple medio de prueba del negocio jurídico controvertido; finalmente, los sistemas germánicos centran la legitimación positiva sobre inmuebles en la inscripción registral o en la posesión inscrita, nunca en el título escrito y solemnizado por determinado funcionario. Ello demuestra, dice, la disparidad de estos sistemas con el nuestro en lo que se refiere a la documentación pública.

GARCIA ROYO, Amando: "¿Son nulos los arrendamientos rústicos con renta fijada en dinero?" Revista Jurídica de Cataluña, 57, 1949; páginas 17-38.

El debatido problema planteado por el artículo 3.º de la Ley de 23 de julio de 1942 encuentra eco en este trabajo. Señala la posición, por un lado, del Tribunal Supremo, y, por otro, de los Tribunales inferiores, así como el desacuerdo de los tratadistas de la materia. Frente a la posición del T. S. de considerar estos contratos como nulos, considera que de estos contratos *contra legem* nace en favor de ambos interesados la facultad de acudir a los Tribunales al amparo del párrafo 3.º del artículo 3.º de la Ley, para que la renta-dinero se convierta en renta-trigo, según el valor que este cereal tuviera el día en que se celebre el contrato, y una vez efectuada esta conversión, seguirán en lo futuro las normas del párrafo 1.º de dicho precepto, sin perjuicio de la facultad revisora genérica establecida en los artículos 7.º y 5.º de las Leyes de 1935 y 1942.

MAJADA, Arturo: "Las nuevas orientaciones del T. S. en materia de simulación contractual: Ante un caso práctico sobre arrendamientos urbanos". Revista General de Derecho, 52, 1949; págs. 22-32.

En base a un caso práctico en el cual las partes habían realizado una simulación encaminada a enervar los derechos que la vigente Ley de Arren-

damientos Urbanos concede a los inquilinos en el caso de enajenación del local arrendado, simulación oscurecida con la intervención de una hipoteca y de una permuta cuyo único fin era soslayar aquellos derechos, considera que es necesario impugnar tales negocios jurídicos sin que baste que los arrendatarios ejerciten pura y simplemente la acción de nulidad que les otorga la Ley de Arrendamientos Urbanos—que se concreta al contrato transmisorio—, pues entonces en su día actuaría el efecto esencial de la hipoteca simulada que constituye el negocio jurídico más perjudicial para los arrendatarios.

S. REQUENA, Pedro: “La Ley de prórroga de los arrendamientos rústicos protegidos”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 249, 1949; páginas 96-108.

Por la Ley de 4 de mayo de 1948, en virtud de la cual se prorrogan los contratos de arrendamientos de fincas rústicas por un período de seis años, que terminará el día 30 de septiembre de 1954, se ha venido a dividir la propiedad rústica en dos grandes grupos que prácticamente tienen caracteres diferentes con sus correspondientes consecuencias en el orden jurídico y económico: la que podríamos llamar de propiedad libre, integrada por las fincas no arrendadas durante los quince últimos años, por las que tenían asignadas renta superior a 40 quintales de trigo, y por las de renta inferior si sus dueños pudieron ejercitar el derecho de recabar su cultivo directo o directo y personal, según los casos. Estas fincas en el orden económico han tenido un sobreprecio de consideración. El otro grupo lo integran las restantes fincas, cuya comerciabilidad está tan afectada que pueda afirmarse que en los seis últimos años apenas se han vendido fincas de esta clase.

VALSECCHI, Emilio: “*Transazione, trascrizione e diritti dei terzi*”. *Rivista del Diritto Commerciale*, 11-12, 1948; págs. 413-442.

En los últimos tiempos se ha ido agravando la discusión relativa a la naturaleza jurídica de la transacción. El autor estudia algunos de los problemas que plantea, entre ellos el de la pretendida eficacia modificativa de la transacción como fundamento de la constitutividad; la naturaleza constitutiva de la misma en el Derecho vigente; efectos en relación a terceros, etc.

Concluye afirmando que las diversas cuestiones enunciadas están entre sí ligadas por un recíproco vínculo de interdependencia; de esta forma los términos del problema se precisan con evidencia y la discusión adquiere una concreción hasta ahora desconocida en la doctrina sobre la materia.

4. Derechos de familia

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

A. G. R.: Matrimonio civil de españoles en el extranjero". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 76, 1949; págs. 3-4.

La limitación del número de nuestras representaciones consulares en el extranjero impide a muchos españoles dar cumplimiento al párrafo 3.º del artículo 100 del C. c., por lo que algunos de nuestros compatriotas legalizan sus uniones ante la autoridad del lugar de su residencia, por una falsa aplicación del principio "locus regit actum".

Aboga por el restablecimiento de una norma que figuraba en la Ley del Registro Civil de 1870, en la que se permitía la transcripción en el Registro Civil consular español de las actas de matrimonios celebrados ante las autoridades territoriales, y que fué derogado por el referido artículo 100 de nuestro primer texto legal.

PALMIERI VIZENZO, Mario: "Homosexualismo y anulación de matrimonio". Revista Jurídica de Cataluña, 56, 1948; págs. 33-38.

Desde el punto de vista médico, trata el autor del homosexualismo, al que reconoce un fundamento biológico, planteándose el problema de si el mismo puede ser, jurídicamente, un motivo de nulidad del matrimonio.

Solicita que sea considerado como una forma de impotencia, ya que en todos los casos la anormal sexualidad del cónyuge lleva aparejada consecuentemente una impotencia que se presume perpetua, siendo aconsejable impugnar sobre este terreno la validez del vínculo matrimonial.

REIS, J. Alberto dos: "Investigação de paternidade ilegítima com fundamento em sedução". Revista de Legislação e de Jurisprudencia, 2.893, 2.894 y 2.895, 1949; págs. 305-308, 321-326 y 337-341.

Intenta averiguar qué debe entenderse por seducción en el Derecho portugués, ante la diferencia de requisitos exigidos por las Legislaciones civil y penal, ya que la primera, en el número 4.º del artículo 34 del Decreto de 25 de diciembre de 1910, permite la acción de investigación de la paternidad, en el caso de seducción practicada con abuso de autoridad o de confianza, o con promesa de matrimonio, y, por otro lado, el Código penal, al perfilar el delito de estupro habla de la seducción de mujer virgen, mayor de doce y menos de dieciocho años.

El autor afirma que, para efectos civiles o penales, la seducción no implica necesariamente la idea de que la seducida fuese virgen y menor; sin embargo, para que un hombre pueda ser perseguido por el delito de estupro es indispensable que la estuprada fuese virgen y menor.

Termina estableciendo un concepto unitario de la seducción, tanto para efectos civiles como penales: implica el empleo de medios maliciosos o fraudulentos por parte de un hombre para conseguir el consentimiento de la mujer para el acto sexual.

5. Derecho sucesorio

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

CORRADO, Renato: "Il diritto dei superstiti in caso di morte del lavoratore". *Rivista del Diritto Commerciale*, 46, 1948; págs. 269-299.

Del contenido del artículo 2.122 del Código civil italiano se desprende que, en caso de muerte de un trabajador, la indemnización que al mismo le correspondería si en el momento del fallecimiento hubiese sido despedido sin previo aviso y en ausencia de una justa causa, debe corresponder al cónyuge, a los hijos y, si vivían a cargo del obrero, a los parientes dentro del tercer grado y a los afines dentro del segundo grado.

El autor después de examinar las diferentes posiciones doctrinales sobre este particular, llega a la conclusión de que estos derechos de los supérstites no pueden ser definidos como derechos provenientes de la sucesión, porque no consisten, ni en derechos que se hallan en la herencia, ni en derechos sobre la herencia; se trata de un seguro sobre la vida de los herederos legítimos, ya que de esta forma los supérstites pueden lucrarse con la indemnización sin tener que aceptar una herencia pasiva, y, por lo tanto, sin tener que satisfacer con ella las deudas del difunto.

MAZUELOS, Juan María: "Influencias de la representación sucesoria en la Ley de los Impuestos de Derechos reales y sobre transmisión de bienes". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 248, 1949; páginas 16-32.

Intenta averiguar si coinciden o no los límites de la representación sucesoria en Derecho civil y fiscal, conforme a la innovación introducida por la Ley de 17 de marzo de 1945, que dió entrada al derecho de representación sucesoria en la legislación al adicionar un párrafo al número 30 de la Tarifa.

El autor, después de examinar la aplicación del derecho de representación testada, a través de la doctrina, y de presentar algunas consideraciones sobre el régimen fiscal de las donaciones, llega a las siguientes conclusiones:

. En el terreno jurídico fiscal, como en el civil, se admite siempre la representación sucesoria en la herencia intestada.

Mientras en el Derecho civil sólo cabe hablar *propriamente* de representación en la sucesión testada, en la Legislación fiscal el ámbito de aplicación de la representación es más amplio.

En Derecho civil la representación sucesoria se da en la línea recta descendente hasta el infinito, y en la colateral, en favor de hijos de hermanos cuando concurren con tíos; en cambio, en el Derecho fiscal sólo produce efecto tributario en favor de los *nietos* legítimos.

Respecto a las donaciones, en Derecho civil no cabe hablar *propriamente* de representación en las mismas, y, sin embargo, en la Legislación fiscal los efectos de la representación sucesoria son aplicables a las donaciones hechas expresamente con dicho carácter.

II. Derecho hipotecario

A cargo de PASCUAL MARIN PEREZ.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "Fe pública registral". "Información Jurídica", 6º. 1949; págs. 205-226

Este documentado artículo, después de destacar el grado de madurez a que han llegado los estudios de Derecho hipotecario en España, debido a la indudable trascendencia del Registro de la Propiedad en el desarrollo del tráfico jurídico, llega a la conclusión de que sin inscripción obligatoria, constitutiva y abstracta, y sin eficacia civil de la "capitis-disminuída" calificación, la institución registral resulta ineficaz, quedando reducida a un poder excepcionalmente legitimador de primer grado, normalmente subsidiario, y una facultad certificante, válida sólo en tanto cuanto no se alegue su discrepancia con la realidad jurídica, que ha de privar siempre sobre la registral, constituyendo el vigente Código civil un argumento más en contra de la inscripción.

GOMEZ PAVON, Rafael: "Comentarios a la calificación registral". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 249, 1949; págs. 109-112.

Breve artículo destinado a poner de manifiesto la necesidad de robustecer las facultades calificadoras de los Registradores de la Propiedad, propugnando por la instauración en nuestro Derecho de un sistema de alegación de hechos y pruebas ante el Registrador, para que permitan, caso de ser denegada la inscripción, su rectificación, con anotación para asegurar las resultas, y supresión del trámite ante las Audiencias Territoriales.

LOIS ESTEVEZ, José: "Una reaparición del proceso provocatorio. (En torno al artículo 41 de la Ley Hipotecaria reformada)". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 185, 1949; págs. 57-79.

Después de una brillante introducción, destinada a destacar la importancia del problema, el autor centra el tema de su artículo en la consideración de la acción de jactancia como exponente del proceso provocatorio, delimitando el ámbito de la provocación procesal, desentrañando la esencia del proceso provocatorio y de su finalidad, llegando a la conclusión de que este proceso es independiente del hecho de la provocación que excluye radicalmente la inconcreción y, con ella, la jurisdicción voluntaria. El artículo 41 no carece de afines en la legislación vigente.

Sobre el proceso provocatorio hipotecario encajado sobre la doctrina anterior, sostiene la tesis de que debería producir la excepción de cosa juzgada, desechándose la demanda que no contuviese nueva motivación y no recurrirse a elementos probatorios diversos.

PEREZ VICENTE, Santiago: "Ortodoxia del artículo 41 de la Ley Hipotecaria". *Información Jurídica*, 68, 1949; págs. 15-54.

Después de destacar la serie de comentarios que ha provocado la nueva redacción del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, señala los tres criterios interpretativos diferentes de que ha sido objeto, por parte de Jueces, Audiencias y Abogados, y siguiendo el método de la *jurisprudencia de intereses*, acomete el análisis de cada uno de ellos.

Para ello estudia la evolución histórica del texto legal, en su primitiva redacción de 1861, en la posterior de 1909, en la de 1927 y en el vigente texto refundido, no sin detenerse en el análisis de los proyectos y anteproyectos, llegando a la conclusión, en cuanto al aspecto sustantivo, de que no se ha modificado la posesión tabular reemplazándola por el derecho del titular registral a la posesión efectiva; pero prácticamente se consiguen resultados a través del artículo 41, que sobrepasan esa meta, como logra demostrar, en la segunda parte de su trabajo, cuando estudia la naturaleza y límites del procedimiento, en el que señala varias lagunas, relativas a las costas, remedios para los casos de caución insuficiente por rebaja judicial, indemnización al contradictor que resulta victorioso y otras.

RAMOS FOLQUES, Rafael: "La inscripción y la hipoteca hasta el Código civil". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 249. 1949; páginas 73-89.

A través de una bien trazada evolución histórica de la hipoteca en su concepto clásico, en el Derecho histórico español, en los Proyectos de Código civil de 1836 y 1851, en la Ley de 11 de febrero de 1858, en la de 1861 y en la de 1869, sostiene que la hipoteca, para el legislador del 61 y 69, no fué considerada, en su inscripción, como un modo; para dichos legisladores bastó que la hipoteca fuera derecho real para que no produjera efecto respecto de terceros en tanto no fuese inscrita.

Pero el Código civil y las posteriores Leyes Hipotecarias han sentado lo contrario, dando lugar a que, sobre ellos, la doctrina haya construido la teoría del valor constitutivo de la inscripción de hipoteca.

RICÁ Y ARENAL, Ramón de la: "Las anotaciones de demanda y el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. Vigencia, sin contradicción alguna, de la inscripción del Registro". *Revista de Derecho privado*, 333, 1949; páginas 89-105.

Con su formación científica y claridad habituales, nos ofrece el Dr. La Rica un nuevo aspecto del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, centrado en el requisito de la vigencia, sin contradicción alguna, de la inscripción del Registro, llegando a la conclusión de que el nuevo texto se apoya en la legitimación actual del titular inscrito para favorecerle con una posición procesal preeminente, supliendo el asiento no contradicho, una declaración provisoria de derecho, generando por sí solo, un proceso de ejecución que

sólo se puede impugnar, dentro del mismo procedimiento, mediante una demanda de contradicción con causas tasadas y en la que el peso de la prueba ha de recaer sobre quien contradiga.

VENTURA-TRAVERSET GONZALEZ, Antonio: "Problemas que plantea la doble inmatriculación de fincas y sus posibles soluciones legales". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 248, 1949; págs. 1-15.

Con su habitual tacto, el autor va analizando estos problemas, partiendo del estudio de las causas de la doble inmatriculación y de los problemas que plantea, a saber: Existencia de una inexactitud registral; constancia registral de la contradicción; engarce de este problema con la posesión de la finca doblemente inmatriculada; legislación que rige la relación entre ambos titulares contradictorios, y, finalmente, el caso de existir derechos reales impuestos por alguno de los titulares en contradicción.

El tener en cuenta todos estos factores redundará en prestigio de la institución registral, a través de una seria búsqueda, antes de inmatricular y una depuración en caso de finca remotamente parecida, recurriendo, si preciso fuera, a procedimientos extrarregistrales.

III. Derecho mercantil

1. Parte general

A cargo de E. VERDERA Y TUELLS.

CASANOVA, Mario: "Autonomia ed orientamenti del nuovo diritto commerciale". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. I, fasc., 5-6; págs. 97-109.

Partiendo del Derecho vigente, es inadmisibles afirmar la autonomía del Derecho de la navegación y negar la del Derecho mercantil. La autonomía científica es una realidad presente que no se puede negar. Consecuencia inmediata y directa de ella es la autonomía didáctica.

Hoy la ciencia del Derecho mercantil no puede prescindir de numerosas instituciones de Derecho público que circundan e invisten el campo de la actividad jurídicamente mercantil.

En la futura codificación, ciencia y sistema del Derecho mercantil, deberán continuar gravitando en torno a la noción de empresa mercantil, como centro vital, aun cuando se acentúen los procesos de estatización de vastas categorías de empresas. Es difícil que la codificación unitaria y la heterogénea y barroca construcción legislativa del libro del trabajo resistan la prueba de una revisión crítica.

E. V.: "Las bases generales para la redacción del C. de c. de Honduras". *Revista de Derecho mercantil*, vol. VI, núms. 17-18; págs. 317-335.

La necesidad de un nuevo C. de c. se deduce del más superficial examen del promulgado en 1940. Con propósito exclusivamente informativo exponemos en nuestro breve trabajo un esquema de las bases generales dictadas para la redacción del nuevo C. de c., que deberá estar dividido en cinco libros: I, Comerciantes individuales, sociales y sus auxiliares; II, Obligaciones profesionales de los comerciantes; III, Cosas mercantiles (títulos-valores y empresa); IV, Obligaciones y contratos; V, Quiebra y suspensión de pagos.

MOSSA, Lorenzo: "Breve storia dosmatica della partecipazione del lavoro alla gestione dell'impresa". *Nueva Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. I, fasc. 9-12, 1948; págs. 217-223.

La participación en la gestión de la empresa de técnicos, obreros y empleados está a punto de convertirse en los diversos países, en una forma o en otra, con una mayor o menor penetración social, en un hecho vivo y real. Se afirma particularmente, en virtud del derecho del trabajo que irrumpe, pero también en virtud del derecho de la economía que se desenvuelve y se transforma. La participación en la gestión de la empresa asume un carácter diverso en el Derecho mercantil histórico y en el Derecho de la Economía o Derecho mercantil social de nuestro tiempo. Hoy, superadas las antiguas concepciones, la relación de trabajo es una relación de organización y de sociedad que los juristas del Derecho natural, antes de las grandes crisis de la escuela histórica y del positivismo jurídico, veían en la empresa de la misma manera que la veían en la sociedad humana en general.

SUAREZ DE FIGUEROA, F.: "Alcance de la intervención de los agentes mediadores de comercio en las letras de cambio". *Revista de Derecho mercantil*, vol. VI, núms. 17-18; págs. 311-316.

En un estudio del alcance de la Real Orden núm. 755 del Ministerio de Hacienda, de 29 de octubre de 1930, relativa a los efectos de la intervención de los corredores colegiados de comercio en la aceptación de letras de cambio. La eficacia de la doctrina intachable de la Real Orden, dice el autor, no está asegurada ante los Tribunales, mientras no se modifiquen los artículos 480 y 521 del C. de c. y 1.429 de la LEC.

VILLEGAS PASAVILBASO, Benjamín: "Rapporti tra diritto amministrativo e diritto commerciale in diritto argentino". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. I, fascículos 9-12; págs. 239-247.

Las relaciones entre Derecho administrativo y Derecho mercantil presentan características diversas que las que ponen en contacto Derecho ad-

ministrativo y Derecho civil. El ejercicio del comercio crea relaciones complejas que penetran tanto en el campo del Derecho público como del privado. Son graves las dificultades para establecer una neta línea de demarcación entre Derecho administrativo y Derecho mercantil, por cuanto existen instituciones reguladas por éste en las que el interés público predomina sobre el privado interés de lucro. El primado de lo público sobre lo privado, en determinados negocios mercantiles, explica la importancia y la relevancia del Derecho administrativo en sus relaciones con el Derecho mercantil.

2. Sociedades

A cargo de E. VERDERA Y TUELLS.

FERRI, Giuseppe: "Il diritto dell'usufruttuario sulle azioni optate". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. I, fasc. 5-6; págs. 123-125.

Las nuevas acciones son adquiridas siempre por efecto del derecho de opción, inherente a las antiguas acciones. La inversión de determinadas sumas, limitadas a los gastos del título o comprensivas del valor nominal, constituye un gravamen al que el derecho de opción está subordinado. Si afirmamos que la inversión de las sumas constituye un gravamen del derecho de opción, queda excluido que pueda constituir la contraprestación de las acciones recibidas, y es necesario fijar el régimen jurídico del derecho de opción. Para el autor, la posición del usufructuario y del propietario deberán determinarse sobre la base del artículo 1.998 y completado con el 1.009 del C. c.

MOSSA, Lorenzo: "Limiti alla circolabilità delle azioni". *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. I, fascículos 5-8; págs. 109-123.

La historia de las acciones nominativas nos muestra su flexibilidad para quedar vinculadas a un grupo homogéneo de participantes. Por ello, la limitación de la circulación ofrece especial interés en el caso de las acciones al portador. Para el autor, la circulabilidad de las acciones es esencial a la Sociedad Anónima, y por ello no puede ser limitada por pactos en interés de la sociedad, de un grupo o de determinadas personas. Todo pacto en este sentido es inválido y sin efecto.

RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Joaquín: "Estatuto jurídico y fiscal de las Sociedades extranjeras en México". *Boletín del Instituto de Derecho comparado de México*, mayo-agosto 1948. Año I, núm. 2, págs. 9-27.

Es principio general consagrado por el artículo 15 del C. de c., la equiparación de las Sociedades extranjeras con las mexicanas.

Los requisitos que deben llenar las Sociedades extranjeras para ejercer

el comercio en México están regulados en la Ley general de Sociedades mercantiles, cuyos principios generales han pasado al Proyecto del Código de Comercio de 1947.

Existen, sin embargo, importantes excepciones al principio general apuntado, establecidas por la misma Constitución o por la legislación especial, y que afectan tanto a la capacidad misma de las Sociedades como al ejercicio del comercio; a la realización de actos aislados de comercio o de ciertos actos administrativos.

Termina el estudio con el examen de la situación fiscal de las Sociedades extranjeras en México.

SUAREZ, Modesto: "Algunos rasgos de la Sociedad de responsabilidad limitada en el Derecho comparado. (El objeto de estas Sociedades y los límites mínimo y máximo del capital social.)" *Revista de Derecho mercantil*, vol. VI, núms. 17-18; págs. 201-221.

Hay que pensar, en España, en una regulación positiva de la Sociedad de responsabilidad limitada, que hoy campa por sus respetos. Cuando este momento llegue se podrá sacar partido del medio siglo largo de experiencia acumulada por la práctica y recogida por las legislaciones desde 1892, en que Alemania promulgó la primera Ley de Sociedades limitadas. Queriendo contribuir a ello, el autor recoge y presenta datos, opiniones, alegatos y contraargumentos acerca de alguno de los puntos más controvertidos: el objeto de estas Sociedades y los límites mínimo y máximo del capital social.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Jerónimo LOPEZ LOPEZ.

ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, Alfredo: "El mandato de crédito". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núms. 243-244, agosto-septiembre 1948; págs. 531-547.

Examina brevemente los antecedentes históricos y la configuración que recibe en algunas de las principales legislaciones europeas, y la distinción de figuras jurídicas afines, señalando que pueden reconducirse las teorías sobre su configuración a dos direcciones principales: la que lo asimila a la fianza y la que lo hace al mandato, y critica estas concepciones desde el punto de vista de la jurisprudencia de intereses. Indica luego los elementos y contenido de este contrato, y las causas de extinción. Termina examinando dos sentencias, en las que el T. S. ha tratado algunos de los problemas que esta institución suscita.

ROCA GUILLEN, Jaime: "Estudio de reaseguro". *Revista de Derecho mercantil*, vol. VII, núm. 19, enero-febrero 1949; págs. 7-42.

Después de examinar los métodos de compensación en el seguro (tarifación de riesgos, constitución de reservas, extensión del radio de acción, teoría de los "plenos"), señala que producen un estancamiento del seguro que solamente el reaseguro logra salvar. Hace el bosquejo histórico de esta institución e indica su concepto en la doctrina jurídica francesa, inglesa, alemana y española, así como el concepto que fija la legislación de nuestra patria. En cuanto a su naturaleza jurídica estima que se trata de un verdadero contrato de seguro, caracterizado por concertarse entre aseguradores basándose en otro u otros seguros preexistentes o posteriores y completamente distinto de ellos. Hace el estudio de sus elementos personales, de las modalidades de este contrato (siguiendo la clasificación de Thorin, examina los reaseguros de cantidades, daños y pérdidas, de una porción del riesgo, el contrato de "Pool" y el reaseguro-crédito, así como sus principales variantes), y el contrato de retrocesión, y del contenido del contrato, su duración y fin, analizando el proceso de liquidación. Finalmente, se refiere al ámbito internacional del reaseguro, necesario para conseguir su fin, que es la división, homogeneización y atomización de los riesgos, en la actualidad afectado por la dificultad que supone la realización de los pagos de los saldos pasivos en divisas.

ROLDAN, Eulogio: "El suministro de vagones, ¿constituye un verdadero contrato especial, o, por el contrario, es sólo un complemento del contrato de transporte o, simplemente, una consecuencia legal de la obligación de transportar que tiene el ferrocarril." *Revista de Derecho mercantil*, vol. VII, núm. 19, enero-febrero, 1949; págs. 99-107.

Después de examinar criterios de la doctrina y jurisprudencia extranjeras, que aparecen divididas en dos corrientes principales (la que sostiene que no es contrato especial distinto del de transporte, y que se basa, por regla general, en que el ferrocarril tiene obligación de transportar, y la que estima que se trata de un contrato adicional al de transporte), señala que constituye un contrato mercantil, auxiliar (puesto que nace y finaliza antes que el de transporte y tiende a facilitar su celebración), previo e independiente (porque se rige por normas propias), distinto (porque el de transporte se puede celebrar sin que éste se celebre, o viceversa, y porque de acuerdo con nuestra legislación nace y termina antes que el de transporte, y por ser consensual, mientras que el de transporte es real), y, finalmente, lo define.

4. *Varia*

A cargo de Jerónimo LOPEZ LOPEZ.

COSIO CORNEJO, Jorge: "El billete de Banco en el Perú hasta el año 1879" *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Comerciales de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, enero 1949; páginas 72-77.

Señala las alternativas que tuvo desde la época de Gobierno autónomo hasta la fecha citada, examinando las causas económicas que la produjeron. Estudia los proyectos de Unanue (1822) y Acevedo (1830), ambos fracasados y de efímera vida, el período de emisión de billetes por organizaciones bancarias privadas y las medidas estatales para regularizar su circulación, y, finalmente, el proyecto de Elguera (1876), que no llegó a discutirse.

MORALES, Carlos: "Fideicomisos (Ley de Bancos)". *Revista de Derecho y Legislación*, enero-abril 1948; págs. 17-20.

Examina la alteración del concepto de fideicomiso, fijado por el artículo 963 del C. c. venezolano, verificada por la Ley de Bancos promulgada en dicha nación en enero de 1940, la cual considera como casos de fideicomiso el mandato y la administración de bienes ajenos. Estudia el concepto de fideicomiso en las modernas legislaciones hispanoamericanas, para criticar, finalmente, la Ley citada.

RAVELLO MONTESINOS, S.: "Proyecto de Ley sobre nacionalización de las industrias del hierro y del acero en Inglaterra". *Revista de Derecho mercantil*, vol. VII, núm. 19, enero-febrero 1949; págs. 149-152.

Analiza el autor, señalando sus posibles inconvenientes, el indicado Proyecto de Ley, presentado en octubre del pasado año, y que tiene por objeto reunir las principales industrias relacionadas con los citados productos en manos de una Corporación propietaria, que seguirá realizando las actividades que hasta el presente efectuaban, o bien otras nuevas. Afecta asimismo a las industrias de mediano volumen de producción que, si bien no nacionalizadas, no podían subsistir sin autorización ministerial.

IV. *Derecho notarial*

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

ALCANTARA SAMPELAYO, J.: "La fe de conocimiento". *Revista de Derecho privado*, 332, 1949; págs. 1-24.

Como indica el subtítulo, se trata de una exégesis de la Ley de 18 de diciembre de 1946, pero en la que se enfrenta el autor con todos y cada

uno de los problemas que tan delicada cuestión plantea, estableciendo las siguientes conclusiones: la fe de conocimiento es una institución que persigue un fin de seguridad del tráfico; cuando el Notario no conozca a los otorgantes debe asegurarse de su identidad por los medios supletorios, y dando fe de haberse asegurado; el error propio o provocado en la fe de conocimiento debe engendrar la responsabilidad objetiva que la Ley de 18 de diciembre de 1946 establece sólo para el caso de inducción por terceros; el error excluye el dolo. En la dación de fe de conocimiento con error, el Notario no comete delito; la reforma pudo limitarse a sustituir en el primer párrafo del artículo 302 del C. penal la frase "abusando de su oficio" por la palabra "maliciosamente", más general y que excluiría la culpa.

ASTOLFO: "Intereses colectivos". Nuestra Revista, 756, 1948; páginas 1-3.

La circunstancia de ser el Notario funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales, determina que se le deba exigir gran esmero en el desempeño de sus funciones, de tal forma que no pudiera tomar posesión de su nueva Notaría—en el caso de que cambie de residencia—sin acreditar que cumplió bien y fielmente sus obligaciones en la que abandona; ello redundaría en beneficio de los intereses colectivos notariales.

LICENCIADO MINIMO: "Con el Reglamento en la mano". Nuestra Revista, 760, 1949; págs. 3-5.

El casuismo del artículo 42 del Reglamento, al tratar de disciplinar el lugar de emplazamiento del despacho del Notario, sume en un mar de confusiones, dadas las variadas interpretaciones que al mismo pueden darse; por otro lado, no logra su fin principal, que es el evitar la competencia ilícita, y, sin embargo, dificulta con mayores trabas la posibilidad de instalarse en una población determinada con el acuciante problema de la vivienda planteado. Por ello sería conveniente que en lugar de la reglamentación citada se permitiesen que las Juntas Directivas discrecionalmente resolviesen en el más breve plazo sobre las peticiones que se le presentasen, sin perjuicio de la correspondiente alzada a la Dirección General.

LICENCIADO MINIMO: "Luz indirecta". Nuestra Revista, 759, 1949; páginas 1-3

En base a la nueva Ley del Notariado para el Distrito Federal y Territorios, fechada en 31 de diciembre de 1945, y en orden al punto concreto de la provisión de las Notarías—sistema mixto de práctica y examen—, señala la conveniencia del estudio de tales avances, pues si bien como acertadamente reconoce, el campo notarial no es apropiado ni propicio para las experiencias atrevidas ni impremeditadas, no es tampoco

prudente recogerse obstinadamente en la tradición inmovible y negarse por comodidad peligrosa a toda reforma que pudiera ser mejoradora del sistema.

LICENCIADO TARTESIO: "Congrua". Nuestra Revista, 761, 1949; páginas 1-3.

El noble y alto fin de la congrua notarial ha venido a ser desnaturalizado, a pesar de la prolija regulación de la misma que se observa en el Reglamento Notarial, la cual, según el autor, podría ser sustituida por un solo precepto en donde se señalase que para solicitarla se precisaba elevar instancia razonada en donde se hiciera constar la necesidad *efectiva y cierta* de percibirla, sin otros requisitos, a la vista de la cual la Junta del Patronato practicaría una investigación profunda y emitiría un informe no formulario, sino real.

M. ARATA, Roberto: "Ideas para el Derecho notarial". La Notaría, 83, 1948; págs. 52-68.

A las preguntas de si ha llegado el momento de afirmar la existencia de un nuevo Derecho—el Derecho notarial—, y de cuál es la utilidad que comporta a los estudiosos, ambos reveladores de una preocupación por estos estudios, trata de formular contestación adecuada el autor a través del estudio de la evolución histórica y de la situación actual. Afirma que quien considere que el Notariado es la simple preservación de las formas o la repetición constante de las prácticas establecidas, no sólo formula un concepto simplista, sino que carece de conocimiento de la importancia de la misión.

V. Derecho procesal

A cargo de Manuel GONZALEZ ENRIQUEZ
y José ENRIQUE GREÑO.

1. Parte orgánica

DOS REIS, Alberto J.: "Sobre o Decreto-Lei n.º 37.047 de 7 de setembro de 1948". Revista de Legislação e de Jurisprudencia. Año 81, n.º 2.896.

El Decreto-Ley de 7 de septiembre introduce modificaciones de importancia en el sistema procesal portugués. El autor comenta especialmente la parte relativa a la composición del Tribunal Colectivo y a las repercusiones que el nuevo sistema tiene sobre el enjuiciamiento de las causas. La reforma del legislador de 1948 ha consistido en la elevación del nivel del Tribunal Colectivo, mediante dos formas: el regreso al régimen de tres magistrados de carrera y la atribución de la presidencia del Tribunal a un Juez de primera clase, especialmente escogido para esa función.

DOS REIS, Alberto J.: "Sobre o Decreto-Lei n.º 37.047 de 7 de setembro de 1948". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Año 81, n.º 2.897.

Crítica el nuevo sistema del Tribunal Colectivo y la ventaja que puede derivarse del hecho de que sea un mismo Presidente del Tribunal el llamado a resolver en todas las comarcas del mismo distrito administrativo, y las consecuencias beneficiosas que pueden derivarse de esta uniformidad de criterio, más concretamente referida a la investigación de la paternidad ilegítima.

DOS REIS, Alberto J.: "Sobre o Decreto-Lei n.º 37.047 de 7 de setembro de 1948". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Año 81, n.º 2.898; páginas 387-393.

Examina en el Decreto-Ley de 7 de septiembre la composición del Tribunal Colectivo. No basta para que funcione con pleno rendimiento que se organice en condiciones de dar garantías de idoneidad y competencia. Es necesario que se asegure debidamente el carácter de colegialidad. La decisión del Tribunal debe traducir la colaboración real y efectiva de los tres miembros de que se compone. Dos Reis comenta la "colegialidad" introducida por el Decreto-Ley y considera que presenta las ventajas de los sistemas anteriores. Por otra parte, el nuevo Decreto restringe la competencia del Tribunal Colectivo. Por el artículo 2.º se limita su intervención a las causas de valor superior a 20.000 reis en que se hayan de seguir los términos del proceso ordinario o del proceso sumario. Viene de este modo a restablecer el estado de cosas anterior al Decreto número 29.950.

2. Parte general

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, N.: "Ley de organización judicial y Código de Procedimiento civil de la Ciudad del Vaticano". *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. Año 1, mayo-agosto 1948, número 2; págs. 27-39.

Considera el autor el Código de Procedimiento civil de la Ciudad del Vaticano "que significa una de las más logradas realizaciones entre los de su clase vigentes en todo el mundo", según palabras del propio autor, y del que hace un estudio primero analítico, para desarrollar en un capítulo las tendencias procesalistas que se observan—muy por encima del Código de Procedimiento civil italiano de 1865 y del de 1940—, que hacen del Código de 1947 un texto con personalidad propia e inconfundible, que "es de uno de los cuatro o cinco que más pueden tenerse en cuenta en cualquier reforma procesal que se acometa".

LOIS ESTEVEZ, José: "Teoría de la expropiación procesal". Revista de Derecho privado. Diciembre de 1948; págs. 1.098-1.110.

El autor parte del estudio del artículo 349 del C. c., y caracteriza la expropiación por estas tres notas: a) la abrogación del señorío particular en el señorío de algún bien jurídico; b) un interés social que excluye la subsistencia de un derecho; c) un procedimiento legal que asegure la existencia real del interés social declarado. Sobre esta base positiva, una consideración precisa de la naturaleza jurídica de la expropiación procesal—en que sigue de cerca a Chiovenda—y que configura como la "cesación del poder de hecho, que carece ya de justificación jurídica".

Esta noción, que por su carácter general puede extenderse indistintamente a todo fenómeno de expropiación forzosa, para poseer en el proceso un valor específico necesita ser concretada, mediante los rasgos diferenciales que permitan individualizarla. Uno de los que la tipifican es el que cuando sobreviene se excluya la indemnización. A la luz de este concepto se explican satisfactoriamente la naturaleza de la cosa juzgada que deviene un supuesto más de expropiación forzosa. Un último paso lleva al autor a la explicación por la expropiación de la naturaleza de la relación procesal. Al comenzar el proceso los derechos materiales se expropian, cesa en ese momento un poder que carece de justificación jurídica. De este modo se explica la relación entre derecho material y ejecución forzosa por su eliminación.

GUASP, Jaime: "Ataques y defensas en el Derecho procesal civil". Revista de Direito e de Estudos Sociais. Ano 111, n.º 5 y 6, dez. 1947-fev. 1948; págs. 235-296.

Plantea el Catedrático de la Central, desde la enorme proliferación de los términos de ataque y de defensa—recogidos con insistencia a través del articulado de la Ley procesal—, la determinación del concepto de los ataques y defensas procesales. Para ello parte de una base ingenua para sobre ella alcanzar la construcción jurídica. Esta caracterización primera configura el ataque como una innovación y la defensa como una conservación, algo que se intenta perdure en un fenómeno. Esta primera nota que perfila el carácter del ataque y de la defensa procesales debe completarse con estas dos notas: el ataque, como una actividad en que se pretende innovatoriamente imponer un perjuicio contra cierta persona; la defensa, una actividad en que se intenta conservatoriamente disfrutar de un beneficio contra cierta persona.

Este análisis lógico permite llegar a una correlación entre ataque y defensa. Hay entre una y otra figura relación semejante a la que puede producirse entre un agente de reacción y la reacción que se desencadena. La naturaleza jurídica de los ataques y de las defensas se configura—rechazando la asimilación a otras figuras—como modos de ser posible de una determinada actividad procesal.

El régimen jurídico aplicable está presidido por lo que llama el autor *principio de penalidad*, en virtud del cual los ataques y defensas son ac-

titudes peculiares de las partes litigantes y no del órgano jurisdiccional. En segundo lugar, el régimen jurídico estará presidido por el *principio de la instrumentalidad*, por virtud del cual estas actividades son elementos coadyuvantes de las finalidades procesales reconocidas. En tercer término, dicho régimen debe estar amparado en el principio de la *bipolaridad*, que enlaza ataques y defensas, haciendo depender siempre los primeros de los segundos en un cierto modo de vinculación.

GUASP, Jaime: "Indicaciones sobre el problema de la causa de los actos procesales". Revista de Derecho procesal, año IV, núm. 3, 1948; páginas 403-430.

Define la causa de los actos procesales como "aquel requisito de orden objetivo en virtud del cual se exige, para su válida o lícita eficacia normal, la existencia (en su caso inexistencia) de un motivo o porqué del mismo jurídicamente determinado". Distingue las causas específicas y las genéricas de la actividad procesal. Las primeras son los "motivos legales" establecidos expresamente por la Ley para ciertos actos; las segundas, que operan en defecto de las primeras, están constituidas por el "interés jurídico", personal, objetivo y directo, que en los actos del órgano jurisdiccional ha de hacer referencia a la pretensión procesal, y en los de las partes a la obtención de una decisión judicial. Finalmente, propugna el examen de oficio del requisito causal.

MARTINEZ USEROS, Enrique: "Conflictos de jurisdicción". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, t. 184, 1948; págs. 489-527.

Se trata de un comentario de la Ley de 17 de julio de 1948, precedido de unas consideraciones doctrinales (en que se defiende la justificación y eficacia del sistema español de resolución por el Jefe del Estado, si bien se juzga preferible, desde un punto de vista jurídico, la creación de un Tribunal especial), y de un estudio de Derecho comparado e histórico; se hace especial referencia a la comparación del régimen establecido en la Ley de 1948 con el anterior a la misma.

NETO, Teles: "Direito à ação". Revista Forense, Río de Janeiro, agosto de 1948; págs. 357-359.

La acción es distinta del derecho subjetivo material: consiste en un derecho nuevo frente al Estado que, al prohibir la represión por autoridad propia de las violaciones de los derechos, se obliga a reprimirlas por sus órganos cuando las consideraciones éticas sean insuficientes para evitar dichas violaciones. La obligación del Estado se funda en esas mismas consideraciones éticas.

REULOS, Michel: "La theorie des preuves et les techniques modernes de renroduction de documents". *Revue trimestrielle de Droit commercial*, octubre-diciembre de 1948; págs. 608-610.

Estudia el problema de la fotocopia y el microfilm en su doble aplicación para expedición de actas auténticas y para copias de documentos originales susceptibles de destrucción. En este segundo aspecto, defiende que se conceda al negativo el valor de original para que los positivos puedan tener el de primeras copias. Señala la precisión técnica que se ha de exigir, y propugna la creación de un cuerpo de fotógrafos dedicados a este menester.

RODRIGUEZ VALCARCE, Francisco: "La sentencia civil: determinación del Derecho aplicable". *Revista de Derecho procesal*, núm. 3, 1948; págs. 431-468.

Inspirado, según afirma, en la obra de Castán, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, el autor examina el principio "iura novit curia", la constitución de la relación jurídica procesal y la construcción de la premisa "de iure" en la sentencia, en su triple aspecto: A) Determinación de la existencia de la norma: fuentes del Derecho, función de la Jurisprudencia, aplicación analógica, normas defectuosas, etc. B) Interpretación de la norma, y C) Subsunción del caso en el Derecho indagado; terminando con unos consejos sobre la construcción de la sentencia.

3. Parte especial

CUERVO PITA, Miguel: "La contestación a la reconvencción y la réplica en el juicio ordinario de mayor cuantía". *Revista de Derecho procesal*, año IV, núm. 4, 1948; págs. 693-701.

Sobre la base de un caso práctico y estableciendo la distinción, por su contenido, entre ambas figuras, se sienta que en ciertos casos cabe contestar la reconvencción renunciando el trámite de réplica y eliminándose, por tanto, el de dúplica, a fin de mantener el principio de igualdad procesal de las partes.

DOS REIS, Alberto J.: "Sobre un caso de depósito a que se aplicou o artigo 454 do Código do Processo Civil". *Revista de Legislação e de Jurisprudência*. Ano 81, n.º 2.892; págs. 293-296.

Sobre hechos que han servido a una decisión del Supremo Tribunal de Justicia, examina el alcance de los derechos que concede el artículo 474 del Código Comercial, y a la luz de su interpretación crítica la sentencia del Tribunal.

FUENTES CARSI, Francisco: “¿Es presupuesto esencial del juicio ejecutivo la traba de bienes?” *Revista General de Derecho*, noviembre 1948; págs. 620-624.

El proceso regulado en los artículos 1.429 ss. LEC. no es un proceso puro de ejecución, sino un proceso mixto. Por ello, a pesar de la letra del artículo 1.459, no debe paralizarse por el hecho de que la falta de bienes del deudor impida el embargo. El proceso debe continuar hasta la sentencia que proporcione un título propiamente ejecutivo, a efectos del procedimiento de apremio.

MEZGER, S.: “L'arbitrage commercial et l'ordre public”. *Revue trimestrielle de Droit commercial*, octubre-diciembre de 1948; págs. 611-624.

A diferencia de lo que sucede en materia civil, el arbitraje está permitido, en materia sometida a la competencia de los Tribunales de comercio, incluso en las cuestiones regidas por leyes imperativas. En caso de que el compromiso someta el conflicto a la decisión de amigables componedores, se señalan los límites en que éstos quedan sometidos a dichas leyes de orden público y a las cláusulas contractuales, y los posibles recursos contra sus decisiones. Finalmente, estudia el problema en Derecho internacional privado.

RODRIGUEZ VALCARCE, Francisco: “Cuestiones procesales relacionadas con la constitución judicial de la dote obligatoria”. *Revista de Derecho procesal*, año IV, núm. 4, 1948; págs. 687-692.

Por razones de orden ético-familiar, y a pesar de existir contradicción entre partes se trata de un acto de jurisdicción voluntaria. El juez habrá de decidir en gran medida “ex aequo et bono”. Son aplicables algunas de las disposiciones que regulan en general la jurisdicción voluntaria, pero no cabe el tránsito al juicio contencioso ordinario. Cabe recurso de apelación, pero es dudosa, en muchos casos, la posibilidad del de casación.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION DE 2 DE FEBRERO DE 1949

Regulación de honorarios de los Registradores

Don J. C. A. se dirige a la Dirección General de los Registros impugnando los honorarios de inscripción a título hereditario de una finca, que importan mil doscientas ochenta y tres pesetas con cincuenta céntimos, por haberse tomado como base la cantidad de cuatro millones quinientas mil, a que asciende el valor, según certificación expedida por el Negociado de Plusvalía del Ayuntamiento de Madrid, en vez de fijar tales honorarios con arreglo a ciento treinta y siete mil seiscientas pesetas, que fué el valor que sirvió para la transmisión hereditaria de 11 de diciembre de 1928, o, en el caso de atender a la fecha de la inscripción, ajustarse a la cantidad de un millón quinientas cincuenta mil pesetas, abonadas para la expropiación de la finca por la canalización del Manzanares. Promovido expediente de apremio, el impugnante consignó judicialmente la cantidad de mil trescientas pesetas, suspendiéndose aquél hasta la regulación definitiva de los honorarios.

El Registrador de la Propiedad alegó en esencia que los honorarios deben regularse teniendo en cuenta el valor de la finca el día que la operación se practicó, criterio declarado en el artículo 343 de la L. H. y ratificado por jurisprudencia de la Dirección; que no puede servir de valor para regular honorarios un dato del cual no hay en el Registro referencia oficial ni particular; que se tomó como base un valor inferior al que resulta de las dos certificaciones oficiales que se adjuntan, y que hizo caso omiso de las edificaciones que existen en la finca; que la justificación legal del medio comprobatorio empleado se deduce del artículo 470 del Reglamento Hipotecario anterior, entonces vigente; que el artículo 80 del Reglamento del Impuesto de Derechos reales incluye la plusvalía como medio de comprobación, y que la contienda originada nace, posiblemente, de la inadecuación del actual arancel de los Registradores de la Propiedad, cuya fecha es de 5 de julio de 1920.

El Presidente de la Audiencia entiende que el Registrador se atuvo al citado artículo 470, por lo que debe ser desestimada la impugnación.

La Dirección General, vistos la Regla 12 de las Generales del Arancel y los artículos 470 y 471 del Reglamento Hipotecario anterior, y 613, 618 y 619 del vigente, establece la siguiente doctrina:

A) *La legislación hipotecaria contiene disposiciones encaminadas a que los honorarios se acomoden al verdadero valor de la finca y evitar que los legítimos intereses de los funcionarios sean defraudados, toad vez que la realidad demuestra que, por móviles principalmente de indole tributaria, es general la disminución de valores en los títulos.*

B) *Que a este fin responde la Regla 12 del Arancel de 5 de julio de*

1920 y los artículos 470 y siguientes del Reglamento Hipotecario que autoriza como base para la regulación de honorarios la que haya servido para la liquidación del impuesto, y el artículo 618 del mismo Cuerpo Reglamentario que justifica el uso de la plusvalía como medio comprobatorio.

C) Que con arreglo a lo expuesto, y hecho el cómputo legal correspondiente, resulta que el Registrador sólo reclamó 1.203 pesetas 50 céntimos, debiendo haber cobrado 1.299,50 pesetas, no obstante lo cual, y por concurrir en el presente caso la excepcional circunstancia de haberse presentado y despachado en el Registro, a la misma hora y en el mismo día, el documento que causa la impugnación y el de adquisición de la finca por Canalización del Manzanares, lo cual implica la certeza absoluta de que el valor pagado por esta entidad fué sólo de un millón quinientas cincuenta mil pesetas, excluyéndose así toda sospecha acerca de este extremo, la base para la regulación de honorarios de ambas inscripciones debe ser esta última, debiendo percibir el Registrador por la practicada a título hereditario la cantidad de cuatrocientas veinticinco, a deducir de las 1.300 depositadas en el Juzgado.

RESOLUCION DE 28 DE FEBRERO DE 1949

Derecho intertemporal

Practicada en el Registro, el día 11 de febrero de 1947, determinada inscripción de inmatriculación, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, se libró el edicto prevenido en el 87 del Reglamento de 6 de agosto de 1915. Por acta notarial de 4 de marzo de 1947 se hizo constar que, requerido el Secretario del Ayuntamiento para proceder a la exposición del mismo, se negó a ello, alegando que la finca inscrita no era poseída por los inscribentes y que pertenecía a laboriosos vecinos de la localidad. Requerido asimismo dicho funcionario notarialmente el 10 de abril del mismo año para que devolviera el edicto con certificación de haber permanecido expuesto por espacio de treinta días, repitió su negativa, fundándose en que el inmueble objeto del mismo no existía en el término municipal.

Presentada nuevamente la escritura a calificación el 13 de mayo de 1947, fué ya denegada en virtud de la siguiente nota: "No admitida la inscripción que se solicita en el documento que precede, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, por no cumplirse los plazos que señala el número 4.º del artículo 298 del Reglamento de la misma Ley, al determinar éste que las adquisiciones derivadas de un título universal en el que no se describan las fincas o derechos adquiridos, se justifique se hallan comprendidos en la misma transmisión por otro documento anterior al momento traslativo y fecha anterior en un año, por lo menos, al día de practicar la inscripción que se solicita, y siendo la relación adicional presentada como antecedente de fecha 5 de diciembre de 1946, es defecto que impide verificar la inscripción."

Interpuesto recurso gubernativo, se alegó fundamentalmente: a) Por el recurrente: Que el Registrador debió conminar al Secretario del Ayuntamiento para la publicación del edicto de 11 de febrero de 1947, acudiendo para ello al Presidente de la Audiencia Inspector; que el capricho del funcionario municipal no puede determinar la pérdida de dere-

chos civiles, y que el Registrador había dado efecto retroactivo al artículo 298 del Reglamento hipotecario novísimo, cuando en realidad debió aplicar el de 6 de agosto de 1915, vigente al solicitarse la primera inscripción. b) Por el Registrador: Que dicho funcionario carece de facultades para la conminación a que se alude, siendo la recurrente quien debió ejercitar las acciones que creyera corresponderle o exigir la correspondiente responsabilidad; que no hay aplicación indebida del nuevo Reglamento hipotecario porque éste se encontraba ya vigente al presentarse por segunda vez el documento a inscripción, cancelada, como lo había sido por caducidad, la primera de 11 de febrero de 1947, por lo que no cabe relacionar el primitivo asiento con la nueva presentación del documento, y que el Registrador no tiene facultades para acordar una prórroga de la inscripción que caduca automáticamente pasados los tres meses sin devolverse el edicto.

El Presidente de la Audiencia Territorial confirmó la nota del Registrador en virtud de razonamientos análogos a los aportados por éste, y la Dirección General ratifica el auto apelado, estableciendo la siguiente doctrina:

A) *Que las normas en vigor referentes a la determinación de las fincas no garantizan suficientemente su existencia física, ni evitan la posibilidad de doble inmatriculación, ni prescriben la prueba ante el Registrador en forma contradictoria y con la amplitud de un juicio declarativo, por lo que los documentos con ella relacionados deben ser objeto de un mayor rigor en la calificación.*

B) *Que no cabe aceptar alegación alguna encaminada a que se efectúe la inscripción, a pesar de haber omitido el funcionario municipal la publicidad exigida legal y reglamentariamente, sin que el Registrador esté facultado para demorar la cancelación del asiento cuando los edictos no han sido publicados en el plazo correspondiente, ni para rehabilitar inscripciones caducadas.*

C) *Que no hay problema de retroactividad porque la nueva presentación de la escritura tuvo lugar después de hallarse en vigor el Reglamento hipotecario de 1947.*

Arturo GALLARDO RUEDA
*Letrado del Ministerio de Justicia
y Registrador de la Propiedad.*

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

1. Derecho del arrendatario para ocupar de nuevo la finca reconstruida

(SENTENCIA 15 ENERO 1949)

Recurso de injusticia notoria

I. La reconstrucción del inmueble en los Decretos de 1931 y 1936.—II. Los Decretos de arrendamiento como Derecho necesario.—III. La reconstrucción de la finca en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.

ANTECEDENTES.—Se resumen en el primero de los considerandos que a continuación se exponen:

CONSIDERANDOS.—Primero. Que son hechos que interesa consignar para los efectos de este recurso, que en el año 1943, D. José H. I. causante de los demandados, era dueño de las casas números 18 y 20 del paseo de la Independencia, de Zaragoza, y habiendo proyectado derribarlas para construir otra sobre sus solares, demandó a los actores D. Julián J. L., don Manuel A. D. y la Sociedad regular colectiva "M. y R.", arrendatarios de establecimientos mercantiles en dichas casas, requiriéndoles por medio de actos de conciliación que se celebraron en 30 de septiembre, 2 y 7 de octubre del año expresado, para que se obligaran: primero, a reconocer que por ser propósito del demandante los expresados derribo y construcción tenía derecho a que los demandados desalojaran los locales que ocupaban en las referidas fincas; segundo, a reconocer que la indemnización legal que a los demandados correspondía por desalojar dichos locales era el importe del alquiler de un año; tercero, a aceptar tal importe, que el demandante pondría a disposición de los demandados en el momento que tuviese lugar el acto conciliatorio con el compromiso de desalojar los locales que ocupaban el día 25 de marzo de 1944, continuando satisfaciendo la renta que pagaban, y, para el caso de que los demandados aceptasen cuanto ha quedado consignado en los anteriores extremos, el demandante se obligaba a reconocer a cada uno de ellos derecho preferente a ocupar para su establecimiento mercantil una de las tiendas del nuevo edificio que se proponía construir sobre los solares de dichas casas y también a consentir que pudieran permanecer en el local que ocupaban hasta el comienzo de las obras de derribo, si por cualquier causa éstas hubieran de iniciarse con posterioridad a la indicada fecha de 25 de marzo

de 1944, con todas cuyas proposiciones expresó su conformidad cada uno de los demandados en el respectivo acto de conciliación.

Segundo. Que esto establecido, lo que el recurso exige que se resuelva como cuestión fundamental es si el derecho de los arrendatarios, actores en este pleito, a ocupar nuevamente los locales resultantes para establecimientos mercantiles en el edificio reconstruido, venía declarado por las disposiciones vigentes sobre arrendamientos urbanos en las fechas en que se celebraron los aludidos actos de conciliación, disposiciones que por ser de derecho necesario no podían ser modificadas por las convenciones de las partes, o, por el contrario, son tales convenciones concretadas en dichos actos de conciliación, en los términos que han quedado expuestos y que las partes concertaron en uso de su libertad de contratación, consagrada por el Código civil, las que deben regir el derecho de los arrendatarios a la ocupación de los nuevos locales.

Tercero. Que el artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 estableció en su apartado e), como causa de excepción a la prórroga de los contratos de arrendamientos de fincas urbanas, proclamada en su artículo 1.º, el propósito del propietario de derribar el inmueble, aunque no se encontrara en estado ruinoso, para construir otro nuevo en el mismo terreno, reconociendo únicamente en favor del inquilino el derecho a las indemnizaciones marcadas en el párrafo tercero del apartado a) del propio artículo 5.º, pero el Decreto de 21 de enero de 1936, dictado por la necesidad de proteger el patrimonio industrial o mercantil, que el arrendatario había creado en el local que ocupaba, con su capital y actividades, hubo de acentuar el sentido de protección del inquilino en que la legislación de alquileres se inspiraba y por eso reconoció en favor de los arrendatarios de establecimientos mercantiles o industriales derechos que en la anterior legislación no aparecían declarados, tal como el que se consigna en el artículo 8.º de dicho Decreto, conforme a cuyos términos, si el propietario necesitase verificar en la finca obras de tal naturaleza que obliguen al cierre del establecimiento mercantil o industrial, tendrá el arrendatario derecho a ocupar nuevamente el local, una vez terminadas las obras, salvo el caso previsto en el apartado c) del artículo 5.º, extendiéndose este derecho del arrendatario a la ocupación de los locales resultantes en el caso de que al reconstruir la finca hubiese sufrido modificación la alineación de ésta, teniéndose en cuenta para fijar el nuevo precio o merced lo dispuesto en el artículo 6.º, apartado a), de esta misma disposición, que previene que la elevación del precio deberá consistir en el interés legal del capital invertido en la obra, y habiéndose declarado por reiterada jurisprudencia de esta Sala que el derecho de los arrendatarios a ocupar los locales de negocio nace, no solamente cuando en la finca se realizan obras parciales que obliguen al cierre del establecimiento mercantil o industrial, sino cuando el arrendatario es desahuciado por causa del derribo de la finca para construir otra, porque los términos del citado artículo 8.º en que se habla de "reconstruir la finca", de que "hubiese sufrido modificación de alineación de ésta" y de "los locales resultantes" así lo demuestran.

Cuarto. Que de lo expuesto resulta que si bien conforme al artículo 5.º, apartado e), del Decreto de 29 de diciembre de 1931, el propósito justificado del propietario de derribar un inmueble para construir otro en el mismo terreno era causa de excepción de la prórroga del contrato de arrendamiento, es decir, determinaba su extinción cuando se trataba de locales destinados a vivienda, no se producía cuando se refería a establecimientos mercantiles o industriales, respecto a los cuales, por virtud de lo prevenido en el mencionado artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936, únicamente se daba la suspensión del contrato por el tiempo que durase la reconstrucción del inmueble derribado, y pasado aquél podían los arrendatarios ocupar los locales resultantes, en las mismas condiciones que el contrato de arrendamiento establecía, ya que subsistían sus efectos sin más modificación que la relativa al precio, el cual, por lo dispuesto en el repetido artículo 8.º del citado Decreto, en relación con el 6.º de la misma disposición, podía elevarse, debiendo tal elevación consistir en el interés legal del capital invertido en la obra, y esto sentado, no puede admitirse la tesis del recurrente conforme a la cual los contratos de arrendamiento de los establecimientos mercantiles que los actores ocupaban en el inmueble derribado quedaron extinguidos por virtud de los convenios que celebraron con el propietario de aquél, causante de los demandados, en los actos de conciliación de que se ha hecho mérito, habiendo adquirido los actores por virtud de tales convenios únicamente el derecho de preferencia al arrendamiento de los locales por el mismo precio y en las mismas condiciones que un tercero ofreciera, porque sea cualquiera la interpretación que pueda darse a los expresados convenios, éstos carecen de eficacia en cuanto se opongan a las disposiciones de la legislación de alquileres, que son de derecho necesario y no pueden ser modificadas por los pactos que los contratantes quieran establecer, como expresamente declara el artículo 13 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, y la sentencia recurrida al estimarlo así interpreta acertadamente y aplica debidamente el artículo 5.º, apartado e), del Decreto de 29 de diciembre de 1931, los 6.º y 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936 en relación con la jurisprudencia establecida por esta Sala y no infringe por el concepto de violación los artículos 1.255 y 1.258 del Código civil ni por los de violación e inaplicación los artículos 1.281, 1.282, 1.283 y 1.284 del mismo cuerpo legal y el 476 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque tales artículos solamente podrían ser aplicados en cuanto las normas en ellos contenidas se acomodaran a las establecidas por la legislación de alquileres, pero no en cuanto se les opusieran, y constituiría una abierta oposición a estas normas legales la aceptación de la tesis del recurrente, que pretende ampararse en dichos preceptos, por todo lo cual deben ser desestimados los motivos primero y segundo del recurso.

Quinto. Que el artículo 106 de la Ley de Arrendamientos Urbanos reconoce a los inquilinos y arrendatarios que cumplieren lo dispuesto en el capítulo 8.º de la misma el derecho a que se les reserven en la finca reconstruída tantas viviendas y locales de negocio como alquilados tuviesen

en la derruida, y el 107 de la misma disposición legal determina las condiciones que tales viviendas o locales de negocio de la nueva finca habrán de tener, en relación con los que tenían los que ocupaban en la antigua, respecto a superficie, altura y posición, pero el artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936, aplicable al derecho que se discute, no especificaba tales condiciones, sino que empleaba una fórmula general, reconociendo a los arrendatarios el derecho a ocupar los locales resultantes en caso de reconstrucción del inmueble, y a estos términos de generalidad resultan acomodados los convenios celebrados en los repetidos actos de conciliación, en todos los cuales las partes acordaron que el demandante don José H. I. se obligaba a reconocer a cada uno de los demandados—actores en este procedimiento—derecho preferente a ocupar para su establecimiento mercantil una de las tiendas del nuevo edificio, que se proponía construir sobre los solares de las casas números 18 y 20 del paseo de la Independencia, proposición con la cual dichos demandados estuvieron conformes, y ajustándose a sus términos han solicitado en la súplica de la demanda que se declare que los demandados—don José, don Mariano, don Joaquín y doña Carmen H. C.—tienen obligación de poner inmediatamente a disposición de cada uno de los actores, a fin de que la ocupen para sus establecimientos mercantiles a título de arriendo, una tienda del nuevo edificio números 18 y 20 del paseo de la Independencia, de Zaragoza, pero como la sentencia recurrida no se ajusta en este particular a la petición formulada en la demanda, en cuanto asigna a cada uno de los actores, por el aludido título de arriendo, no una de las tiendas de la nueva finca, que es lo que habían solicitado, sino concretamente la tienda del nuevo edificio, números 18 y 20 del paseo de la Independencia, que anteriormente ocuparon, con las modificaciones introducidas, y esto constituye una discrepancia esencial, no solamente con la literalidad de los términos empleados en la súplica de la demanda, sino con el contenido real de ésta, es visto que la sentencia recurrida adolece del vicio de incongruencia que se denuncia en el tercer motivo del recurso, resultando infringido por violación el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que procede la estimación de dicho motivo.

FALLO.—Ha lugar.

C O M E N T A R I O

No por tratarse de pronunciamientos basados en normas hoy derogadas dejan de ofrecer interés los de esta sentencia, que ha sabido poner de relieve, en términos de gran rigor, la naturaleza y alcance del derecho concedido por el artículo 8.º del Decreto de 1936 a los arrendatarios de locales destinados al ejercicio del comercio o de la industria para ocupar nuevamente el local una vez terminadas las obras que obligaron al cierre del establecimiento. Y decimos que ofrecen interés porque permiten hacer algunas consideraciones—por vía de contraste—acerca de la naturaleza y alcance de un derecho semejante, aunque distinto, concedido por la nueva

Ley de Arrendamientos Urbanos a los inquilinos y arrendatarios de locales de negocio que abandonen el inmueble como consecuencia de aplicar la causa segunda de excepción a la prórroga.

I. *La reconstrucción del inmueble en los Decretos de 1931 y 1936*

El Decreto de 29 de diciembre de 1931 dispone en su artículo 5.º, apartado e): “No procederá la prórroga establecida en el artículo 1.º: cuando el propietario justifique su propósito de derribar el inmueble, aunque no se encuentre en estado ruinoso, para construir otro nuevo en el mismo terreno...”

El artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936 establece: “Si el propietario *necesitare* verificar en la finca obras de tal naturaleza que obliguen al cierre del establecimiento mercantil o industrial, tendrá el arrendatario derecho a ocupar nuevamente el local, una vez terminadas las obras...”

De la simple lectura de ambos preceptos se deduce, sin el menor asomo de duda, que se diferencian en dos puntos fundamentales: por lo que respecta a los requisitos necesarios para entablar la acción y por lo que mira a los efectos que se derivan para el arrendatario.

En cuanto a los requisitos: la norma del D. de 1931 exige tan sólo que el propietario justifique su propósito de derribar para construir; el art. 8.º del D. de 1936 condiciona taxativamente el ejercicio del derecho que al propietario concede a una doble circunstancia: a) que el propietario *necesite* verificar obras en el inmueble, y b) que esas obras sean de tal naturaleza que obliguen al cierre temporal del establecimiento. Es decir, para el D. de 1931 basta que el propietario se proponga, propósito que emana libre y espontáneo de su voluntad, no presionada por ningún elemento o circunstancia ajena a esa misma voluntad; para el D. de 1936 no es suficiente ese simple propósito, hace falta algo más, hace falta que el propietario se vea en la *necesidad* de verificar obras para cuya ejecución sea *necesario* también el cierre del establecimiento.

O dicho de otro modo: el propietario, que según el apartado e) del artículo 5.º del D. de 1931 debe justificar su propósito de realizar la demolición, ha de justificar—si pretende hacer uso del derecho que le otorga el art. 8.º del D. de 1936—la *necesidad* en que se halla de realizar obras y la *necesidad*, además, del cierre del establecimiento, por consecuencia de esas obras.

Pero no sólo se diferencian las normas dichas en cuanto a los requisitos; se distinguen—y es este un contraste fundamental—por lo que mira a los efectos de su aplicación.

El apartado e) del art. 5.º del D. de 1931 consagra uno de los supuestos en que no procede la prórroga del arrendamiento. El art. 8.º del D. de 1936 establece que el arrendatario “tendrá derecho a ocupar nuevamente el local, una vez terminadas las obras”.

Lo cual significa que en el primer caso el arrendamiento se *extingue*, mientras que en el segundo permanece viva la relación jurídica que une

al arrendador con el arrendatario, quedando en *suspense* las prestaciones de una y otra parte por el tiempo que duren las obras.

Se dirá tal vez que aquí no se da una suspensión del arrendamiento, por cuanto éste no puede quedar en pie por la doble circunstancia de que no cabe un contrato sin objeto y que el precio puede modificarse, por el aumento que lleva consigo el capital invertido en tales obras.

La objeción es baladí. ¿Contrato sin objeto?, pero, ¿es que no conocemos la *subrogación real*? ¿Modificación del precio? Sí, pero dentro del mismo contrato. Es la Ley quien así lo declara: el art. 8.º del D. de 1936 —en su último apartado— se remite, para regular este punto, al art. 6.º, apartado a), del mismo Decreto, y ese art. 6.º disciplina la *modificación del precio* de alquiler estipulado en el contrato, y nadie dudará de que el contrato es el mismo, aunque resulte modificado el precio por esa revisión. No se olvide que nos hallamos ante un contrato de duración extraordinaria, sustraído al imperio del Código civil, por las prórrogas legales en favor del arrendatario, y que esa *revisión* del precio es simple corolario de la prórroga unilateral.

Llegados a este punto, hora es ya de acometer el problema interpretativo en toda su crudeza.

Si admitimos, por un momento, que el art. 8.º del D. de 1936 consagra un supuesto de *extinción*, deberemos preguntar: ¿De qué naturaleza es ese derecho que se concede al arrendatario para *ocupar nuevamente* el local, una vez terminadas las obras?

Y no cabe más contestación que ésta: un *derecho de preferencia* para concluir con el propietario del local un nuevo arrendamiento.

¿Y a qué nos conduce semejante calificación? Pues nos conduce a un absurdo. Si ese derecho es un mero *derecho de preferencia* para concluir un nuevo contrato de arrendamiento, nada impide que el propietario arriende el local a un tercero. Y, en tal caso, ¿qué acción entablará el industrial burlado? Pues una triste acción de carácter personal contra el dueño del inmueble, para *exigirle reparación de daños y perjuicios* por incumplimiento de una obligación—una obligación legal de contratar—que sobre el dueño pesaba¹.

¿Es ese el designio del art. 8.º? Nadie dudará de que—por ese camino—se burla arteramente el precepto legal amparador del comercio y de la industria que, a toda costa, impone al dueño del inmueble la carga que supone pechar de nuevo con el antiguo inquilino, sin posibilidad de ceder su local a una tercera persona.

Pero hay más. La facultad que en favor del propietario consagran las disposiciones que venimos comentando, no pueden ejercitarse tampoco en el mismo momento. Para hacer uso del derecho que establece el art. 8.º del D. de 1936 basta que el dueño del inmueble necesite verificar en la fina obras de tal naturaleza que obliguen al cierre del establecimiento.

1. Vid MARIO STOLFI, *L'obbligo legale a contrattare*, en "Rivista di Diritto Civile", XXIV, 1932, págs. 132 r s.

Y es claro que esa necesidad puede ocurrirle al propietario en cualquier momento.

No así en el caso del apartado e) del art. 5.º del D. de 1931. Esta norma regula un supuesto concreto en que el arrendador puede oponerse a la prórroga del contrato.

¿Y cuándo es esto posible? Sólo en el momento y hora en que el contrato expire y en que—de no ejercitarse ese derecho—se prorrogará, a voluntad del inquilino, por imperativo legal.

Supongamos un arrendamiento concertado, por cinco años, en 1940. Quiere el propietario ejercer esas facultades a que vimos refiriéndonos. Pues bien, para aprovecharse de lo establecido por el D. de 1931 habría de esperar a 1945; para valerse de la que contiene el art. 8.º del D. de 1936, no necesitaba aguardar al cumplimiento de ningún plazo, pues, en todo momento, podía hacerlo con sólo probar que necesitaba hacer obras que obligaban al cierre del establecimiento.

II. *Los Decretos de arrendamientos como Derecho necesario*

La sentencia que comentamos contiene una interesante declaración, al decir que los convenios celebrados entre el arrendador y los arrendatarios amparados por el art. 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936 “carecen de eficacia en cuanto se opongan a las disposiciones de la legislación de alquileres, que son de derecho necesario y no pueden ser modificadas por los pactos que los contratantes quieran establecer, como expresamente declara el art. 13 del Decreto de 29 de diciembre de 1931”.

Durante la vigencia del Decreto de 1936, por no existir criterio jurisprudencial, era dudoso si el derecho concedido al arrendatario en el artículo 3.º abarcaba también el supuesto de derribo total de la finca; y por eso en muchos casos se celebraron contratos que tenían por fin principal el expreso reconocimiento de tal derecho.

Esos contratos eran válidos y eficaces en la medida que respetaran las normas imperativas del Decreto.

¿En qué puntos se hallaban privadas las partes para pactar libremente?

A nuestro juicio: 1) en cuanto al desconocimiento del derecho a “ocupar nuevamente el local, una vez terminadas las obras”; 2) sobre la naturaleza de este derecho, cuya eficacia no podía debilitarse, convirtiéndose en simple “preferencia” para realizar nuevo contrato la facultad de continuar el anterior arrendamiento; 3) acerca de la fijación del nuevo precio, pues su cuantía máxima se hallaba regulada en el art. 6.º, apartado a); 4) si siendo varios los locales destinados al ejercicio del comercio o de la industria, se reservaba a uno de ellos el derecho de reintegrarse a la finca en términos que resultaba desconocido el derecho de los demás a ocupar nuevamente el local.

Fuera de estos límites, las partes se hallaban autorizadas para contratar, y, en verdad, que los convenios podían ser de gran utilidad por las

muchas dudas que era de temer surgieran en materia tan pobremente disciplinada.

Tales convenios respondían a uno de estos cuatro tipos:

a) Simple reproducción, aplicada al caso, de las normas del Decreto de 1936.

b) Aplicación al caso de sus preceptos, con pactos dirigidos a llenar sus lagunas.

c) Desconocimiento, en todo o en parte, de las normas imperativas.

d) Reserva del derecho a ocupar nuevamente el local, con silencio de algunas de las previsiones establecidas en dichas normas.

En los supuestos a) y b) no se planteaba problema ninguno, pues, observado por las partes el Derecho necesario, no había nada que rectificar en los convenios. En el caso c), por el contrario, los pactos eran ineficaces en la medida que conculcaban las normas del Decreto. Y en el último, estas normas servían para integrar las lagunas del contrato.

Nótese que si el convenio se ajustaba al orden imperativo tenía plena validez, y por eso, en caso de litigio, su examen podría hacerse, sin dificultad, en juicio declarativo ordinario, y no por el cauce del procedimiento especial de arrendamientos urbanos.

III. *La reconstrucción de la finca en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos*

La nueva Ley de Arrendamientos Urbanos reconoce también la facultad de los arrendatarios para volver al inmueble cuando fuere reedificado, pero se distingue del Decreto anterior en cuanto a los requisitos, supuestos, naturaleza y efectos de esa facultad, si bien tomó algunos elementos de los Decretos de 1931 y 1936.

Paralelamente al simple "propósito de derribar el inmueble" (Decreto de 1931, art. 5.º, apart. e), la Ley dispone que el arrendador podrá negar la prórroga del contrato "por proyectar el derribo de la finca", pero añade otros requisitos que el Decreto no establecía: 1) La nueva finca ha de contar, "cuando menos, con un tercio más de las viviendas que en ella hubiere, y una, como mínimo, si no las hubiere en el edificio que se pretende derribar" (art. 76); el arrendador, con un año de antelación a las obras, debe adquirir ante el Gobernador civil el compromiso de reedificar la finca en esas condiciones y notificarlo a los arrendatarios (art. 102); la demolición ha de ser autorizada por el Gobernador y debe iniciarse dentro de los dos meses siguientes al día en que quede totalmente desalojada la finca (arts. 103 y 115).

A diferencia del Decreto de 1936, que sólo reconocía derecho a volver a la finca a los arrendatarios comerciantes o industriales, la nueva Ley otorga ese derecho a los inquilinos y arrendatarios para ocupar "tantas viviendas y locales de negocio como alquilados tuvieren en la derruida" (art. 106), y determina las condiciones de superficie, altura y posición de esas viviendas y locales en relación con las que tenían los que ocupaban en la antigua finca (art. 107), extremos sobre los que guardaba silencio.

el Decreto de 1936. Tampoco coinciden este Decreto y la nueva Ley en cuanto a la naturaleza de esa facultad: en el Decreto de 1936 el arrendatario tiene "derecho a ocupar nuevamente el local"; en la nueva Ley tiene derecho a ocuparlo de nuevo *si así lo desea*, pues en otro caso puede pretender una indemnización (arts. 104 y 103), derecho este último que era el único otorgado a los inquilinos por el Decreto de 1931, según hace notar la sentencia.

Como se ve, la Ley ha tomado elementos de esos dos Decretos, y ésta ha sido la razón de que la facultad de reintegrarse a la finca sea de naturaleza diferente.

En efecto, la reconstrucción del inmueble aparece aquí como causa para negar la prórroga del contrato (art. 76), y no puede alegarse para exigir a los arrendatarios que lo abandonen durante la vigencia del mismo como acontecía en el régimen del Decreto de 1936. No puede hablarse ahora de "suspensión del contrato" mientras duran las obras, sino de la obligación legal de contratar que pesa sobre el arrendador para alquilar necesariamente a los antiguos ocupantes los locales *reservados*. Así resulta *a sensu contrario* del art. 106, *in fine* ("quedando en libertad de alquilarlos el arrendador" si no se instalan los inquilinos o arrendatarios en ellos en el plazo de treinta días).

Esa obligación legal de contratar tiene garantía adecuada en el artículo 113, que concede acción a los arrendatarios e inquilinos para conseguir la ocupación, logrando incluso "*el lanzamiento del ocupante de la vivienda o local de negocio que eligiere el demandante*". Con ello la Ley prohíbe al arrendador, implícitamente, que, mientras se halle viva la facultad de los antiguos arrendatarios, arriende los locales o ceda su uso a otra persona o los ocupe por sí mismo, ya que el lanzamiento alcanza a cualquier ocupante, sin distinguir el título de tal ocupación.

Esta obligación legal de contratar no era la figura jurídica adecuada para expresar el derecho de los arrendatarios a reintegrarse a la finca según el Decreto de 1936, porque, al faltar en él la posibilidad de un lanzamiento automático de los ocupantes extraños, hacía ilusoria la protección de aquéllos, a quienes, si se negaba la continuación del contrato originario, se les reducía a la condición de simples titulares del derecho de preferencia para contratar un nuevo arrendamiento, lo que, con gran acierto, rechaza la sentencia objeto de este comentario.

En el art. 8.º del Decreto de 1936 existía base suficiente para hablar de "suspensión del contrato": 1.º las obras eran causa del cierre del establecimiento mercantil durante la vigencia del contrato, y no de excepción a la prórroga obligatoria; 2.º se disponía que "durante el tiempo que el establecimiento estuviere cerrado por la causa indicada, el arrendatario *no vendrá obligado a pagar el alquiler*"; 3.º se hablaba del "nuevo precio o merced del arrendamiento", y no del "precio o merced del nuevo arrendamiento".

Nada de esto aparece en los preceptos antes indicados de la Ley, siendo de notar que ésta disciplina con toda claridad un supuesto de "suspension

sión del contrato" en el art. 156: "cuando la autoridad competente disponga la ejecución de obras que impidan que la finca siga habitada, todos los contratos a que se refiere este capítulo *se reputarán en suspenso* por el tiempo que duren aquéllas, quedando, por tanto, *suspendida* por igual período la *obligación de pago de la renta*".

Amadeo de FUENMAYOR
Catedrático de Derecho Civil.
Abogado del I. C. de Madrid.

2. Tutela con asignación de «frutos por alimentos»

(SENTENCIA 15 JUNIO 1948)

ANTECEDENTES.—Doña A. dedujo demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia de Chinchilla, en fecha 11 de abril de 1940, contra don M., basándola en los siguientes hechos:

Que la demandante y su hermano Miguel habían quedado huérfanos de padre y madre y entraron en tutela ejercida por su tío don M., por designación del consejo de familia que confirió al tutor el encargo con asignación de "frutos por alimentos". El tutor así nombrado creyó que esa concesión de confianza era patente de propiedad de los bienes de los pupilos, y desenfrenadamente aprovechó las rentas y frutos de esos bienes sin atender a sus obligaciones, hasta el punto de que siendo sobradísimos los medios que proporcionaban tales rentas la demandante llegó a la mayor edad sin saber leer ni escribir, habiendo sido obligada a trabajar en la casa del tutor en faenas propias de sirvientas, y su hermano fué destinado a cuidar animales, imponiéndosele un trabajo superior al que correspondía a su edad. La demanda calculaba en más de 400.000 pesetas el producto de los bienes que don M. administró en los dieciséis años de duración de la tutela. Habiendo muerto el hermano de la demandante y siendo ella su única heredera, exigía la responsabilidad del tutor por los perjuicios causados al incumplir sus obligaciones tutelares, solicitando que, para conocer el alcance y cuantía de dichos perjuicios, rindiese cuentas de su gestión tutelar y devolviese después los bienes propiedad de los menores con sus títulos y justificantes y reintegrase las cantidades recibidas en metálico con los intereses legales procedentes, sin que se admitiera la excepción de que la tutela fué asignada "frutos por alimentos", dado el incumplimiento de las obligaciones tutelares, otorgando a lo sumo al tutor una retribución, si le fuese reconocida como legítima, que habría de señalarse con arreglo a la importancia del caudal administrado, debiendo devolver los frutos que no justificase haber empleado en beneficio de los pupilos. Por último, declaraba que el tutor procedió dolosamente en su gestión y debía señalarse conforme a ello la responsabilidad en que había incurrido.

La demanda fué contestada negando los hechos imputados.

En 8 de julio de 1944, el Juez de Primera Instancia de Casas Ibáñez, con jurisdicción prorrogada para el Juzgado de igual clase de Chinchilla, dictó sentencia declarando que el tutor había incumplido dolosamente sus obligaciones, perjudicando con ello a las personas y bienes de los pupilos y que para conocer el alcance de los perjuicios debía prestar cuentas generales de su gestión tutelar. Declaraba inválida la asignación de frutos por alimentos, en virtud de haber incumplido esas obligaciones, y reconocía tan sólo al tutor el derecho de percibir una remune-

ración que se fijaría en la definitiva aprobación de cuentas, condenándole a devolver a la demandada todos los bienes y documentos propiedad de los pupilos y a indemnizarle de los daños y perjuicios causados, cuya cuantía se determinaría en período de ejecución de la sentencia, y a abonarle el saldo que en definitiva resultase a favor de los menores, por todos los conceptos, con el interés legal.

Apelada dicha sentencia, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, en 14 de julio de 1945, confirmó el fallo de primera instancia, en lo que coincidiese con el de la Audiencia y revocándolo en lo que difiriera.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de ley, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero y segundo. Fundados en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Infracción del artículo 359 de dicha Ley, por no ser congruente la sentencia con las pretensiones deducidas en el pleito, ya que el pretenderse que, como consecuencia de la declaración de "invalidez", el tutor devuelva, por imposición de un fallo judicial, lo que percibió e hizo suyo en virtud del acuerdo del consejo de familia, que le asignó "frutos por alimentos"; exige ejercitar una acción restitutoria, que tendría su origen o en el incumplimiento de obligaciones recíprocas o en la falta de eficacia legal de la tutela a cuyo amparo se hizo la apropiación que se considera indebida, pero no una acción de indemnización de perjuicios o reparación de daños originados por dolo o culpa extracontractual. Además, la sentencia condena al demandado, por vía de indemnización de daños, al abono de todos los beneficios líquidos producidos por los bienes administrados, indemnización no solicitada por la demandante, que sólo pedía la indemnización de los perjuicios que el tutor hubiese causado con el incumplimiento doloso de sus obligaciones, para cuya fijación consideraba precisa la rendición de cuentas; de esta forma se le otorga lo que no pidió.

Tercero. Fundado en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Infracción del artículo 359 de esta Ley, por contener el fallo disposiciones contradictorias, pues declarando la sentencia que por incumplimiento de sus obligaciones el tutor causó perjuicios a los pupilos, y que para conocer su alcance debía rendir cuentas generales, no puede simultáneamente declarar que esa indemnización ha de consistir en los beneficios líquidos de los bienes administrados, ya que, precisamente, la rendición de cuentas se impone para conocer los perjuicios. Por otra parte, al ordenar la Sala que se rinda una sola cuenta general, como de ella ha de deducirse cuáles son los beneficios líquidos, y para conocer éstos se hace preciso cargar en las partidas la retribución otorgada al tutor, la cual sólo se determinará en período de ejecución de la sentencia, resulta que mal puede fijarse la retribución sin rendirse antes la cuenta, y mal puede rendirse la cuenta sin conocer qué partidas han de figurar en ella; por tanto, no se podrá saber cuáles son los beneficios líquidos sin conocer qué cantidad hay que descontar de los productos de los bienes como retribución del tutor.

Cuarto, quinto y sexto. Fundados en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Infracción por violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 276, 279, 280, 281, 290, 309 y 310 del Código civil, así como de la doctrina legal contenida en las sentencias de 21 de mayo de 1872, 2 y 27 de octubre de 1894, 1 de octubre de 1897, 28 de octubre de 1904 y 13 de enero de 1936, al consignarse en la sentencia la "invalidez" de la asignación de frutos por alimentos en virtud de haber incumplido sus obligaciones tutelares el demandado. Las sentencias citadas conceden al perjudicado una acción de indemnización de perjuicios, pero no la de invalidez del régimen jurídico de frutos por alimentos. Teniendo en este caso el acuerdo del consejo de

conceder la tutela con la asignación de frutos por alimentos todos los elementos esenciales y no infringiendo ningún precepto legal, no puede considerarse nunca inválido. Además, siendo condenado el tutor a abonar a la demandante todos los beneficios líquidos que resulten de la cuenta de administración, ese pronunciamiento tiene que apoyarse en la invalidez de la asignación de frutos por alimentos; y como el demandado entiende que la sentencia no ha podido formular esa invalidez por falta de apoyo legal, impugna también las consecuencias que ésta llevaría consigo. Por otro lado, en el fallo recurrido, después de declarar la invalidez de esa asignación, se reconoce al tutor el derecho a percibir una remuneración que habrá de fijarse; de esta forma la Sala sustituye el acuerdo del consejo de familia, que concedió tal asignación; ahora bien, tal acuerdo pudo ser impugnado en el momento de tomarse, y como no lo fué es necesario reconocer su eficacia, imposible de negar después de acabada la tutela: La Sala había podido declarar que el tutor incumplió sus obligaciones y condenarle a indemnizar a la demandante en la medida de los perjuicios causados, pero nunca podría, después de extinguirse la tutela, convertir la retribución en frutos que el consejo acordó, en una retribución de un tanto por ciento de las rentas, porque ello equivale a privar al tutor de lo que válidamente le otorgó el consejo.

Séptimo. Fundado también en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Infracción, por violación, interpretación errónea y aplicación indebida, de los artículos 1.101, 1.902 y 1.137, en relación con los 201, 236, 256, 265, 276, 279, 280, 281 y 290 del Código civil. La sentencia recurrida declara en el segundo de sus considerandos que "este incumplimiento de obligaciones, del que visiblemente se hallan ambientados los autos, tiene raíz no ya exclusivamente en el tutor, sino también en el conjunto del organismo tutelar..."; habiéndose incumplido las obligaciones por el conjunto del organismo tutelar, es evidente que la responsabilidad debe alcanzar a todos los órganos de la tutela, y, por tanto, la Sala no podía, después de reconocer ese incumplimiento conjunto, condenar por todos los perjuicios sólo al tutor; de esta forma la sentencia incide en injusticia notoria.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fué ponente el Magistrado D. Saturnino López Peces, desestima el recurso, sentando la siguiente doctrina:

CONSIDERANDOS.—Primero. Que apoyados, respectivamente, en los números segundo, tercero y cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil formula el recurrente los tres primeros motivos de casación en que ampara su recurso, dirigidos a demostrar que la sentencia recurrida infringe el contenido del artículo 359 de la Ley riuaria por manifiesta incongruencia entre lo otorgado y lo que se pidió en la demanda por exceder lo que se concede de lo que se solicitó y por existir contradicción en los términos del fallo, pero examinados con detenimiento los diferentes pedimentos de la demanda y los varios pronunciamientos del fallo se advierte lo infundado de aquella triple alegación, porque, efectivamente, en la demanda se ejercitaron dos acciones, la una relacionada con la devolución de los bienes de la herencia de los menores que había hecho suyos el tutor y otra relativa al producto de todo el peculio de los menores durante la tutela, que al no ser aplicado, según se acusa, a las necesidades de los tutelados (alimentos en toda su extensión jurídica) resulta indebidamente lucrativo para el tutor; y aunque la exigencia de la rendición de cuentas aparece pedida para cada caso, ya se expresa en el

quinto pedimento de la demanda que tales cuentas se podrán formular conjuntamente, y es lógico que así fuese porque el importe de la cuantía de los productos ha de resultar como consecuencia de la cuenta general de administración de los bienes, y habiendo calificado la resolución recurrida simplemente de negligente la actuación del tutor, que el fallo de primera instancia estimó dolosa, se ha paliado con ello su obligación resolutiva, que queda reducida en la sentencia de la Audiencia a la entrega de los beneficios líquidos obtenidos de los bienes durante el transcurso de la tutela con las reducciones de los gastos efectivamente realizados con los menores y la retribución que se asigne al tutor, por juzgar, sin duda, que en la apropiación de tales beneficios por el tutor, sin destinarlos a los fines tutelares, está el perjuicio ocasionado; y por lo expuesto se advierte que no existe la incongruencia acusada, ni el haberse otorgado más de lo pedido, sino, desde luego, menos, dados los términos de la demanda, ni, por último, contradicción en los pronunciamientos del fallo, porque las dificultades que expresa el recurrente, y en que funda su aserto, para que pueda llegarse a la fijación del importe de los beneficios líquidos que deben ser entregados a la actora, son aparentes, toda vez que es de sobra conocida la forma de realizar las operaciones matemáticas que deben conducir al resultado que se pretende en el fallo recurrido, deduciéndose de cuanto queda dicho la procedencia de desestimar los tres motivos del recurso al principio aludidos.

Segundo. Que los motivos cuarto, quinto y sexto del recurso, amparados en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, están dedicados por el recurrente a impugnar desde distintos puntos de vista el pronunciamiento del fallo recurrido que decreta la invalidez de la asignación de frutos por alimentos que fué otorgada al tutor por el Consejo de familia de los menores como retribución por el desempeño de la tutela de éstos, acusando la infracción por violación, interpretación errónea y aplicación indebida de determinados artículos del Código civil relativos a la tutela, que se repiten en los tres motivos, y alguna doctrina jurisprudencial que se cita, pero para el examen de esta cuestión, que es en la que más empeño pone el recurrente, hay que advertir que ciertamente, como éste afirma, no existe precepto legal en que se apoye el pronunciamiento aludido, si no es la conocida jurisprudencia de esta Sala interpretando el desarrollo del organismo tutelar, en el caso de que la retribución fijada al tutor sea la de frutos por alimentos, la que ha establecido las normas a que hay que ajustarse para enjuiciar los supuestos de incumplimiento de obligaciones contraídas por el tutor a quien se otorgue tal asignación, que, conservada del antiguo derecho y coexistente con la establecida por el Código civil, no ha sido regulada por éste en todos sus aspectos, y centrada de este modo la cuestión no aparece que hayan podido infringirse los preceptos de la ley sustantiva civil que como tal se citan, porque, en efecto, el Consejo de familia de los menores, en uso y obediencia de lo que disponen los artículos 309 y 276 del Código, asignó al tutor como retribución por el ejercicio de la tutela la compensación de

frutos por alimentos, y bajo esta asignación tuvo su desenvolvimiento la actuación del tutor durante el tiempo que duró su cometido; mas en el pleito no se impugna tal acuerdo del Consejo de familia y por ello no entran en juego los artículos citados, sino el mal uso que el tutor ha hecho de él y si mientras duró la tutela pudo el referido Consejo, estimulado por el protutor, investigar y sancionar la improcedente conducta del tutor en este respecto; no lo hizo ciertamente, por lo que terminada la situación de su guarda, puede el menor, ya mayor de edad, acudir a los Tribunales de justicia, no para exigir al tutor el cumplimiento de la obligación de rendir cuentas del ejercicio de la tutela, que en el caso de desempeñar, como acontece en el presente, el cargo con la asignación de frutos por alimentos, no está obligado a rendirlas, según el Código, sino ejercitando otra acción distinta encaminada a pedir la reparación de los perjuicios causados en el ejercicio de la gestión tutelar, ya sea por defraudaciones o malversaciones, por retraso en la entrega de los bienes o incompleta devolución de los mismos ó por cualquier otra causa análoga, y aun por recobrar los frutos de su peculio que debiéndose haber aplicado al sostenimiento y educación de los menores fueron aprovechados para sí por el tutor incumpliendo tan primordial obligación, porque es incuestionable que la asignación que se haga, por quien deba hacerse, al tutor de *frutos por alimentos*, no sólo en el significado gramatical y lógico de la frase, sino en el sentido ético del concepto, no constituye al tutor en dueño incondicional de los frutos y rentas de los bienes de sus pupilos, sino que implica una obligación correlativa con aquel derecho tanto de administrar los bienes del tutelado como de suministrarle alimentos, vestido y educación con arreglo a su clase y circunstancias, de modo que el incumplimiento de estos deberes debe privar necesariamente al tutor, conforme a los más elementales principios de equidad, del derecho de hacer suyos los frutos y productos del caudal de su pupilo, y la interpretación contraria no puede admitirse porque entrañaría un lucro indebido para el tutor con perjuicio de los intereses del tutelado, opuesto a los principios de confianza y beneficencia, sustentadores cardinales de la institución tutelar, y como la Sala de instancia al estimar esta acción ejercitada por la demandante, y que es independiente por completo de aquella otra a que se refieren los artículos 279, 280 y 281 del Código, no ha cometido la infracción de éstos que se alega por el recurrente ni ha contradicho la doctrina jurisprudencial citada en el recurso, procede la desestimación de los motivos cuarto, quinto y sexto en que tal hipótesis se sustenta.

Tercero. Que con base en cierta frase que en forma hipotética se inserta en un considerando de la sentencia recurrida, formula el recurrente el motivo séptimo y último de su recurso suscitando la cuestión de la solidaridad entre el tutor y el Consejo de familia a efectos de haberse de atribuir conjuntamente a todos los componentes del organismo tutelar la responsabilidad derivada de la producción de los perjuicios cuya reparación se reclama; pero la aplicación de esta teoría al caso presente cae fuera de lo discutido, porque si el Consejo de familia es cierto que

deseuó el exigir la debida fianza al tutor así como la formación del obligado inventario y observó una actitud pasiva durante el transcurso de la función tutelar, cabe presumir, porque no hay elementos contrarios en los autos, que esta conducta obedeciera a la confianza, tal vez excesiva, que le merecía el tutor, confianza a la que éste, por lo visto, no correspondió, y, aparte de que la demandante dueña de su acción pudo si lo hubiera estimado conveniente a sus intereses dirigirla también contra los miembros del Consejo de familia en aplicación de los artículos 1.101, 1.902 y demás que cita el recurrente, no lo hizo, y en virtud de esta determinación quedan aquéllos fuera de este pleito, es incuestionable que en la regulación que hace la ley sustantiva de la institución tutelar la rendición de las cuentas de la tutela es exigida únicamente al tutor, por ser éste quien directa y personalmente se halla encargado de la administración de los bienes y cuidado y guarda de los tutelados, y por ello han de estimarse bien esgrimidas las acciones ejercitadas en el litigio e inoperante, en consecuencia, este último motivo del recurso, que debe por ello ser desestimado.

FALLO.—Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. M., a quien condenamos al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido.

C O M E N T A R I O

1. Nótase en esta sentencia el afán de salvar el derecho de una de las partes, a la que, sin duda, asiste la justicia; por haberse planteado la demanda en forma algo oscura, pudo el recurrente fundamentar con habilidad un recurso razonado, y el Tribunal ha tenido que separar acciones donde la parte recurrida no separaba expresamente.

Ella viene a tomar posición sobre el alcance de la asignación de "frutos por alimentos" como modo de retribuir al tutor, instituto del antiguo Derecho que el Código dejó subsistir, pero, prácticamente, sin regularlo; y en defecto de normas aplicables en este punto, el fallo jurisprudencial sienta con arreglo a un principio de equidad, una doctrina legal que ya tenía precedentes.

Por último, no aprecia la relevancia de una posible existencia de obligación solidaria entre el tutor y el Consejo de familia, a efectos de atribuir conjuntamente a todos los componentes del organismo tutelar la responsabilidad derivada de los perjuicios que se causaron.

2. En el primero de los considerandos, se afirma que en la demanda se ejercitaron dos acciones: una relacionada con la devolución de los bienes de la herencia de los menores que había hecho suyo el tutor, y otra relativa al producto de todo el peculio de los mismos durante la tutela, que al no aplicarse a las necesidades de los pupilos proporcionaron al tutor un lucro indebido.

Tal vez fuese más exacto decir que se debieran haber ejercitado esas dos acciones.

De los términos de la demanda no se desprende claramente esta duplicidad; en ella aparecen un tanto barajadas las pretensiones. Y el Tribunal se ha visto obligado a admitir como seguro el ejercicio simultáneo de ambas acciones, que si bien pudieran verse implícitamente incluídas en el conjunto de las súplicas, no aparecen allí nítidamente diferenciadas y planteadas como distintas.

No se trata, por tanto, de haber declarado la existencia de dos acciones donde sólo hay una, sino de precisar—frente a las alegaciones del recurrente, que basándose en esa imprecisión de la demanda presentó como concedidas por el fallo de la Audiencia dos cosas que no podían ser encuadradas dentro de la única acción, ejercitada—que aunque expresamente no estén separadas en la demanda, ésta engloba las dos mencionadas acciones.

Puestas las cosas en este plano, el camino se encuentra ya despejado para afirmar la congruencia del fallo recurrido con las pretensiones deducidas en el pleito. Desde el punto de vista adjetivo el problema queda resuelto, pues así se puede encuadrar perfectamente todo cuanto se concedió a la parte recurrida en las dos acciones que se declaran ejercitadas.

Y es digno de alabanza el que se declarase la duplicidad de acciones, porque era la forma de llegar al resultado que la justicia imponía; rechazando el sutil razonamiento del recurso, la Sala contempló las pretensiones de la demanda a la única luz en que adquirirían sentido.

Perfectamente en congruencia con esa duplicidad de acciones está el doble pedido de rendición de cuentas. Y es lógico que se permita rendirlas de modo conjunto, sin admitir las dificultades e imposibilidad de determinar con ello la fijación del importe de los beneficios líquidos que deben ser entregados a la actora, dificultades e imposibilidad—alegadas por quien recurre—sólo aparentes, ya que quedan resueltas con las operaciones matemáticas que han de realizarse al rendir las cuentas.

3. En el considerando segundo, que es el más importante de la sentencia, se resuelven varios problemas que la asignación de frutos por alimentos plantea.

El primero es determinar si el tutor que obtuvo la tutela con este medio de retribución está o no obligado a rendir cuentas.

Una antigua corriente jurisprudencial—citada por el recurrente—, que culmina en la sentencia de 28 de octubre de 1904, se inclinó por la negativa.

Esta sentencia de 1904 se opone expresamente a que el tutor a quien se hubiera asignado la tutela “frutos por alimentos” tenga que rendir cuentas, y sólo concede al pupilo, cuando llega a la mayor edad, una acción—diferente de la rendición de cuentas—para exigir del tutor, o de sus herederos, que repare toda clase de perjuicios que haya podido irrogarle en el desempeño de su cargo, ya sea por defraudaciones, o por malversaciones, o por retraso en la entrega de los bienes, o por incompleta

entrega de los mismos, o por negligencia, o por otra cualquier causa análoga; por tanto, a los tutores exento del deber de rendir cuentas en virtud de haber obtenido el cargo "frutos por alimentos", sólo se les podrá reclamar esa reparación, y no exigirles que rindan cuentas, porque entonces resultaría ineficaz el precepto legal que les dispensa de este deber.

A partir de esa sentencia, se originó una nueva corriente jurisprudencial de signo contrario que se inicia con la de 28 de noviembre de 1905. En ella se afirma que la atribución "frutos por alimentos", ya proceda de testamento o del Consejo de familia, no constituye al tutor en dueño incondicional de los frutos y rentas de los bienes del pupilo, sino que implica una obligación correlativa con aquel derecho, no sólo de administrar los bienes del menor o incapacitado, sino también de suministrarle alimentos, vestido y educación con arreglo a su clase y circunstancias, de modo que el incumplimiento de estos deberes ha de privar necesariamente al tutor, conforme a los más elementales principios de equidad, del derecho de hacer suyos los frutos y productos del caudal del pupilo; la interpretación contraria no puede admitirse porque entrañaría un lucro indebido para el tutor con perjuicio de los intereses del tutelado, opuesto a los principios que inspiran la tutela. Por consiguiente, puede en estos casos el pupilo, cuando llega a la mayor edad, exigir al tutor a quien se asignó el cargo "frutos por alimentos", que rinda cuenta general y le entregue el saldo, después de deducir la recompensa que le corresponda y las cantidades que hubiera invertido legítimamente.

Esta nueva dirección culmina en la sentencia de 27 marzo 1936, según la cual el deber de rendir cuentas prescrito en el artículo 281 del Código civil comprende a todos los tutores, incluso a los que obtuvieron el cargo "frutos por alimentos".

La sentencia que comentamos reproduce las palabras de la de 1904, que anteriormente hemos transcrito, sobre la imposibilidad de exigir después de terminada la tutela que el tutor con asignación de frutos por alimentos rinda cuentas, ya que el Código civil le dispensa de este deber, y la procedencia únicamente de una acción encaminada a pedir que el tutor repare los perjuicios que causó en el ejercicio de su cargo y a recobrar los frutos no aplicados al sostenimiento y educación del menor. ¿Quiere esto decir que se excluye toda posibilidad de que tales tutores rindan cuentas? Firmemente creemos que no, y a confirmarlo viene lo establecido en el primer considerando, en el que se impone al tutor ese deber.

Por ello aparece claro que el Tribunal siguió—aunque no lo declare en forma expresa—el mismo criterio de la sentencia de 13 enero 1930, que reputamos del todo correcto. Comienza esta última sentencia—al igual que la que nos ocupa—invocando las declaraciones jurisprudenciales que niegan tenga que prestar cuentas el tutor retribuido con "frutos por alimentos"; pero admite el derecho del pupilo a solicitarlas cuando sean necesarias para el ejercicio de la acción que le compete con el fin de obtener la reparación de los perjuicios que el tutor le hubiera causado.

No puede ser otro el criterio adoptado en este caso. La Sala reconoce que el tutor con "frutos por alimentos" está dispensado por el Código

civil del deber de rendir cuentas, y por otro lado, concede al pupilo el derecho a reclamar de este tutor la indemnización de los perjuicios que le causara; pues bien, cuando al ejercitar esta acción se haga preciso que el tutor rinda cuentas, con el fin de determinar el alcance de los perjuicios, se podrá imponerle el deber de rendirlas, no derivado del precepto del Código civil que las exige al tutor al acabar la tutela (art. 281), sino como consecuencia de haber sido demandado para que repare los perjuicios que se pretende causó en el ejercicio de la tutela y como medio de prueba para determinar el alcance de esos perjuicios.

Por tanto, la rendición de cuentas funcionará en estos casos como medio judicial de prueba y medida de los perjuicios causados, no como deber legal impuesto a todos los tutores.

La sentencia pudo declarar expresamente que este era su pensamiento. Si no lo hizo fué, seguramente, porque lo consideró innecesario, ya que queda bien claro en el primero de los considerandos, en el que se dice, de modo que no deja lugar a dudas, que la rendición de cuentas tendrá por fin determinar los bienes de la herencia de los menores que el tutor había hecho suyos al objeto de que sean devueltos, y precisar los productos de todo el peculio de los pupilos para que reintegre los que sobren, después de descontar la retribución que se le asigne, y no justifique haber empleado en beneficio de los sujetos a su tutela.

Creemos que este criterio es el más seguro, porque dejando perfectamente salvaguardado el interés del menor al concederle la posibilidad de exigir la rendición de cuentas como medio de prueba del alcance de los perjuicios, no desliga por completo los artículos 279 y 281 del Código civil, como hace la sentencia de marzo de 1936, que adoptó una postura extrema. Tal vez la solución a que llega la sentencia del 36 fuese la más correcta si se prescindiera del Código; pero siendo difícil buscarle apoyo legal y llegándose, por otra parte, con el criterio de la del 30 y de esta del 1948, prácticamente al mismo resultado, en los casos en que puede tener importancia el rendir cuentas, es menos arriesgado seguir este último, que no deja de ser un tanto conservador. El más poderoso argumento que se puede aducir para desligar los artículos 279 y 281 es el "a sensu contrario", siempre peligroso. Será de desear que en una futura reforma del Código, de no suprimirse la asignación de frutos por alimentos, que en ningún caso viene a favorecer los intereses del pupilo en vista de los cuales se creó la tutela; se imponga expresamente a estos tutores el deber de rendir cuentas, y si no se quiere exigirles las anuales, deben al menos prestar la general al acabar el ejercicio de su cargo. Pero hasta tanto que no se llegue a tal reforma, lo más prudente será acudir al criterio de la sentencia de 1930, seguido también por la que comentamos, y no al de la de 1936.

Otro problema importante que se resuelve en este considerando es el de la invalidez de la asignación de frutos por alimentos.

Se rechazan los motivos del recurso fundados en que al decretarse la invalidez de la asignación se declara ilegítimamente inválido un acuerdo del Consejo de familia que poseía todos los elementos esenciales y no

infringió ningún precepto legal, y se sustituye, sin base alguna, la remuneración que al tutor concedió el Consejo por otra que la sentencia recurrida determinaba. Y no se toman en cuenta estas razones por considerar que no se había impugnado tal acuerdo del Consejo, sino la apropiación de los frutos debido al mal uso que el tutor hizo de ellos; durante el período de tutela el Consejo de familia, estimulado por el protutor, pudo investigar y sancionar la conducta del tutor a este respecto. Como no obró así, puede el pupilo, una vez acabada la tutela, acudir a los Tribunales ejercitando una acción encaminada a pedir que el tutor repare los perjuicios que hubiere causado y devuelva los frutos que, debiendo aplicar a su sustento y educación, aprovechó en propio beneficio incumpliendo sus deberes.

Y al igual que en la sentencia de noviembre de 1905, se afirma en ésta que la asignación de "frutos por alimentos", tanto por el significado lógico y gramatical de la frase como por el sentido ético del concepto, no constituye al tutor en dueño incondicional de los frutos y rentas de los bienes del pupilo, sino que implica un deber—correlativo con el derecho de apropiarse de los frutos—de administrar los bienes del tutelado y suministrarle alimentos, vestido y educación, de tal modo que el incumplimiento de estas obligaciones privará necesariamente al tutor de ese derecho de hacer suyos los frutos y productos del caudal de su pupilo, conforme imponen los más elementales principios de equidad. Lo contrario entrañaría un lucro indebido para el tutor, con perjuicio de los intereses del tutelado, opuesto a los principios de confianza y beneficencia sustentadores cardinales de la institución tutelar.

O sea, partiendo de la plena validez del acuerdo del Consejo de familia que concedió la tutela "frutos por alimentos", se declara inválida la apropiación de los frutos, porque esa asignación impone al tutor determinados deberes respecto al destino de los frutos, y al incumplir tales obligaciones desaparece su derecho de apropiarse de los productos de los bienes del menor, porque el derecho lo tiene en cuanto cumple las obligaciones correlativas.

Es de alabar este criterio, que se basa en la interpretación lógica y gramatical de la frase "frutos por alimentos" y en los más elementales principios de equidad, que exigen que quien recibe unos frutos con el fin de dar alimentos no pueda quedarse con esos frutos sin proporcionar los alimentos. La solución contraria, como se reconoce en la sentencia, daría lugar a un enriquecimiento sin causa, porque la finalidad para que se reciben esos frutos (dar alimentos, en toda la extensión jurídica del término) quedaría incumplida; y ese enriquecimiento sería doblemente injusto; primero, por ser indebido; después, porque se produciría en favor del tutor y con perjuicio del pupilo, en consideración al cual el ordenamiento estableció la tutela, con lo que se vendrían a invertir los objetivos que esta institución persigue.

4. En el tercero y último de los considerandos, se declara fuera de lugar la aplicación en este caso de la solidaridad entre el tutor y el Consejo de familia a efectos de atribuir conjuntamente a todos los que com-

ponen el organismo tutelar la responsabilidad por los perjuicios ocasionados, aducida en el séptimo motivo del recurso con base en una frase que en forma hipotética se insertaba en uno de los considerandos de la sentencia recurrida.

Ello obedece a que no habiendo en los autos elementos que prueben la culpa del Consejo de familia, cabe presumir que su conducta pasiva durante el ejercicio de la tutela obedeció a una confianza excesiva en el tutor, a la que éste no supo corresponder. Pero aun admitiendo la solidaridad, como la demandante era dueña de su acción, al no ejercitarla contra los miembros del Consejo, seguramente porque no lo consideró necesario para sus intereses, quedan estos fuera del pleito.

Esta solución es perfectamente correcta, porque aun dando como probada—y no lo está—la existencia de una obligación solidaria, el acreedor, según dispone el artículo 1.144, puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios; y es lo que ocurriría en este caso, resultando preferido el tutor. En todo caso, no sería el recurso el momento oportuno para invocar la solidaridad.

Que la recurrida prefiriese dirigir su acción contra el tutor—en el supuesto de pensar que existía un incumplimiento conjunto de obligaciones por parte de todos los componentes del organismo tutelar, del que nacería una responsabilidad solidaria—es perfectamente explicable, porque para determinar el alcance de los perjuicios que se le ocasionaron era precisa la rendición de cuentas, y esta rendición es exigida por la ley únicamente al tutor, por ser él quien directa y personalmente se encuentra encargado de administrar los bienes y de la guarda de los menores.

Gregorio-José ORTEGA PARDO

3. El problema de la prueba en los interdictos posesorios y otras cuestiones

(SENTENCIA 11 JUNIO 1948)

ANTECEDENTES.—La inteligencia de la resolución precisa tener presentes los siguientes hechos: En un doble procedimiento interdictal, producto de la acumulación del de retener al de obra nueva—solicitada para el trámite de prueba estaba concluido en el interdicto iniciado—se propusieron por el demandante, en la segunda pieza, las de confesión, documentos, testigos, reconocimiento judicial y dictamen pericial. El demandado se opuso a la admisión de esta última. Y el Juez declaró pertinentes las otras, pero inadmisibles la pericial. El demandado objetó, impugnando tal pronunciamiento para dejar a salvo sus recursos, que la diligencia de reconocimiento judicial no se permitía en los artículos 1.644 y 1.656 de la LEC, ante lo cual el Juez, imputando a error la resolución precedente *decide revocarla*, dejando sin efecto el reconocimiento judicial. Interpuesto por el actor recurso de reposición contra dicha providencia, fué desestimado. De todos modos, la resolución definitiva le fué favorable, por lo cual, cuando, apelada la sentencia, el primitivo actor (ahora apelado) hubo de pronunciarse sobre el apuntamiento, decidió, por medio de otrosí, solicitar de nuevo la recepción de las pruebas denegadas, amparándose en los artícu-

ios 859 y siguientes de la LEC. El apelante se opuso a dicha recepción y la Audiencia dictó auto no dando lugar al recibimiento a prueba por no estimarlo preceptivo. Contra esto se interpuso recurso de súplica. Desestimado, y seguida la apelación por sus trámites, se dictó sentencia que revocaba la de instancia. Se interpuso entonces recurso de casación por quebrantamiento de forma fundado en: 1.º) denegación de la diligencia de reconocimiento judicial, tanto en primera como en segunda instancia, que era admisible, y cuya falta produjo indefensión (LEC, 1.693^o); 2.º) Falta de recibimiento a prueba en segunda instancia cuando procedía con arreglo a derecho (1.693^o).

Cuestiones a decidir

Como expresa con gran acierto el primer "considerando" de la sentencia, hay dos problemas fundamentales planteados en el recurso. El primero, si puede el Juez dejar sin efecto *ex officio* la admisión, acordada ya, de una prueba, alegando que fué admitida por error. El segundo, si es admisible el reconocimiento judicial, como medio de prueba, propuesto por las partes, en los interdictos de obra nueva y de retener, y, caso de que lo sea, si denegado en primera debió practicarse en segunda instancia.

Soluciones patrocinadas por el Tribunal Supremo

1. El primero de los problemas, afrontado en el segundo "considerando", se elude de modo explícito por la Sala; pero implícitamente se resuelve en sentido negativo. En efecto, prescindiendo del formalismo del gerundio, la sentencia razona así: "No se puede acceder al extremo primero del recurso, porque la viabilidad de la casación por quebrantamiento de forma se hace depender en la L. E. C. de que, al tiempo de cometerse, se haya pedido la subsanación de la falta (arts. 1.696 y 1.752^o). Ahora bien, la parte formuló dicha petición en instancia; pero al reproducirla ante la Audiencia, debió sustanciarse y decidirse por los trámites de los incidentes (art. 859). No se hizo así, y de ello son responsables la Audiencia, que debió ordenar dicha tramitación, y la parte, que debió exigirla. No la exigió. Luego el requisito de los artículos 1.692 y 1.792 ha sido incumplido, y no procede admitir el recurso por este motivo.

Es evidente que la viabilidad de la pretensión de reforma alegada depende de dos condiciones: una, externa, que la resolución que se impugna discrepe del derecho objetivo; la otra, interna, que la pretensión reúna todos los presupuestos de admisibilidad. El Tribunal Supremo ha estimado aquí que uno de tales presupuestos no ha sido cumplido. Por esto rechaza la pretensión. Pero del modo como lo hace, hay que colegir que, a no ser por ese defecto, la hubiera considerado viable. La frase que emplea "no se puede acceder a este extremo del recurso" denota que se accedería si mediaran los presupuestos de admisibilidad.

2. Al segundo de los problemas le da el Tribunal una solución negativa: No compete la prueba de reconocimiento judicial en los interdictos de retener y de obra nueva. ¿Las razones? Estas: Los artículos 1.656 y 1.766 de la L. E. C. disponen que para la celebración del juicio verbal

se observará lo prevenido en el artículo 1.644. No hay, en esa remisión, ningún punto exceptuado. Luego la remisión es completa y se refiere también a las pruebas que pueden ser propuestas y practicadas. En consecuencia, sólo proceden las de posiciones, documentos y testigos.

Apreciación crítica

1. Desde una consideración estrictamente dialéctica, la sentencia comentada presenta varios puntos vulnerables. Incurre en la inconsecuencia de dar por incumplido el requisito previo que exige para la admisibilidad la L. E. C., acumulando a esta exigencia otra que nada tiene que ver con ella. En efecto, la Ley, en el artículo 1.752, impone a la Sala el deber de examinar si se ha reclamado la subsanación de la falta cometida. Y, al hacerlo, la Sala estima que no. Pero los mismos hechos que la resolución tuvo en cuenta prueban lo contrario.

El alcance que da la Ley a esa petición subsanatoria brota claramente del artículo 1.696: "Para que puedan ser admitidos los recursos de casación fundados en quebrantamiento de forma será indispensable que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió; y si hubiere ocurrido en la primera, que se haya reproducido la petición en la segunda, conforme a lo prevenido en el artículo 859." Por su parte, el artículo 859 dice: "Cuando en la primera instancia se hubiere quebrantado alguna de las formas esenciales del juicio, de las que dan lugar al recurso de casación, y reclamada en ella no hubiere sido estimada, la parte a quien interese podrá reproducir su pretensión por medio de otrosí en el escrito a que se refiere el artículo 857, para que se subsane la falta. Esta reclamación se substanciará y decidirá previamente por los trámites establecidos para los incidentes..." Hasta aquí lo que interesa del artículo.

Es, pues, clarísimo que la L. E. C. exige, para la procedencia del recurso, tres contingencias: 1.^a, que se haya cometido una falta; 2.^a, que se pida la subsanación en la misma instancia en que se cometió; 3.^a, que si fué en la primera, se reproduzca la petición en la segunda. ¿Exige, además, la L. E. C. alguna otra condición para la procedencia del recurso? Entendemos que no. El apartado segundo del artículo 859 no se refiere a ninguna actividad de la parte, ya que la substanciación y decisión competen al Tribunal, y, por consiguiente, la petición subsanatoria *agota*, en este respecto, la línea de acción obligatoria para el recurrente.

De todas suertes, para llegar a una solución lógica precisa y basta plantear este problema simplicísimo: ¿Cuál es la falta contra la cual es imprescindible que se haya reclamado? Evidente que la respuesta no puede ser más que una. La falta es aquella que se alega como motivo del recurso; aquí, la revocación *ex officio* de las diligencias de prueba ya acordadas. Ahora bien, contra esta falta específica, según la propia sentencia, se reclamó en primera instancia y se volvió a reclamar en segunda. ¿Que la substanciación y decisión no siguieron el trámite legal? Eso es un hecho constitutivo de una falta distinta por la cual no re-

curre—ni podría—la parte. No hay, pues, causa para exigirle que contra esta diversa infracción haya análogamente reclamado; pero todavía la cuestión es más dudosa si se considera que la petición subsanatoria susodicha se hizo (según parece deducirse de los resultandos) al amparo de los artículos 859 y siguientes. Y más bien, como creyó la Audiencia, dando al caso la fisonomía prevista en los artículos 860, 862, en relación a los 864, 865 y 866.

Separado esto, desde un plano rigurosamente teórico, nos parece que la solución implícita de la Sala es correcta. El principio dispositivo que gobierna nuestra L. E. C. se opone a la revocación de los actos propios. Cuando el Juez anuló de oficio la providencia en que acordara la prueba de reconocimiento judicial, tomaba una determinación que no podía justificar con ningún precepto positivo concreto. Además, la terminante prescripción del artículo 363, la teoría de la cosa juzgada, y el artículo 567¹ son objeciones infranqueables a la posibilidad de autorrevocación. Si en algún supuesto excepcional, como en el artículo 442, este principio hace quiebra, es, precisamente, porque la manifestación volitiva vinculante *no ha podido producirse aún*. Pero una vez que el órgano judicial ha decidido realmente, salvo deficiencia de jurisdicción, el acto jurídico que de él emana queda sustraído a su competencia, pues es ya expresión objetiva del Poder del Estado.

Prieto Castro ha expresado con exactitud cómo y por qué no pueden los Tribunales rectificarse a sí mismos, en estas palabras: "... Los actos del Tribunal, si se trata de resoluciones decisorias, sólo a instancia de parte, manifestada en recurso, son revocables, y únicamente por economía procesal cabría la anulación de oficio de las resoluciones ordinatorias del procedimiento, con tal que de ellas no se hayan derivado ya derechos y obligaciones procesales"².

2. Otro problema interesante que la sentencia intenta resolver es el de los medios de prueba admisibles en los interdictos indicados. El Tribunal Supremo se ha ceñido estrechamente al tenor literal de los artículos 1.656 y 1.666, sin contar con una serie de consideraciones contrarias del más alto valor.

La opinión de nuestra doctrina procesalista con respecto al problema no es unánime. Manresa, por ejemplo, patrocinaba la limitación de los instrumentos de prueba³. De Miguel y Romero⁴ y Prieto Castro⁴ son de parecer opuesto. Para este último la remisión de los artículos 1.556 y 1.666 sólo afecta a la *celebración*, es decir, a la sustanciación y procedimiento; nada se dice de los medios de prueba, lo que confirma el artículo 1.656 en su apartado segundo, al no aludirlos. Luego hay que atenerse a la doctrina general sobre admisibilidad.

1. *Derecho procesal civil*, 1948, I, pág. 215.

2. *Comentarios a la L. E. C.*, 1947, págs. 454 y 471.

3. *Las pruebas en los juicios de interdicto de retener y de recobrar*, en R. G. L. J., 1943, II, págs. 408 y sigs.

4. *Derecho procesal*, cit., págs. 33 y sigs.

Desde el punto de vista del investigador que se ve frente a tales discrepancias, la cuestión, en principio, es dudosa. La interpretación literal no es segura: no proporciona un criterio definitivo. Por lo demás, la práctica de los Tribunales manifiesta las mismas oscilaciones. Hay quienes se acogen, y quienes no, al criterio restrictivo. En casos como éstos, el Tribunal Supremo *actúa como legislador*. La resolución tiende a adquirir un valor equiparable al de las leyes. El Tribunal Supremo, puesto que iba a pronunciarse, de hecho, como legislador, debió salirse de la casuística concreta para remontarse hasta los principios científicos de la política del Derecho. Conducta más racional no sería posible. Pero veamos el aspecto del problema.

Penetrando primero en el espíritu del sistema positivo, ¿qué móvil pudo inspirar a la L. E. C. la restricción en el interdicto de adquirir ciertos medios de prueba? Es indudable que el motivo tuvo que ser la incomunicación existente entre el objeto del interdicto y esos medios de prueba. Es lógico que deniegue el reconocimiento judicial y la pericia, porque son enteramente ociosos. Supondrían una dilación antieconómica e innecesaria. El fin del interdicto de adquirir consiste en el otorgamiento de la posesión en bienes heredados. Por eso, en la fase contradictoria del interdicto, cabe discutir únicamente sobre el *hecho* de la posesión. Y con todo rigor las pruebas que admite la L. E. C. son sólo las adecuadas al esclarecimiento de aquel hecho. Ahora bien, al problema de si posee ya una persona por más de un año (límite de la cuestión posesoria) nada pueden decir ni el reconocimiento judicial ni la pericia. El primero es ineficaz, porque no revela nada de la relación persona-cosa. Y la segunda lo es también, porque, para decidir eso, huelgan conocimientos científicos, artísticos o prácticos. Luego es la naturaleza del interdicto de adquirir la que rehuye tales medios de prueba, y aunque no existiera el artículo 1.644 en la ley, el resultado sería el mismo por aplicación de los principios que rigen el procedimiento sumario, por economía procesal y por influjo directo de los artículos 633 (que se refiere a una situación de *ne-cesidad*) y 610.

Pero todas estas razones no son aplicables a los otros dos interdictos: la naturaleza del tema a decidir es completamente distinta. Ya no se discute sobre el simple hecho de una posesión, sino sobre la eficacia perturbadora que una conducta determinada pueda ejercer en ella. Y aquí sí que llegan a ser convenientes, tanto el reconocimiento judicial como la pericia. Al investigar la existencia de la perturbación o despojo se harán muchas veces imprescindibles. Y lo mismo en caso de una obra nueva.

Bien; pues siendo esto así, ¿cómo puede estimarse que la ley despoje a la parte de la facultad de proponer (que al fin no es practicar) pruebas acaso necesarias a la justificación de su derecho? Y esta *indefensión*, ¿cómo tratarla? Ciertamente existe en el interdicto de obra nueva la posibilidad de acordar de oficio, para mejor proveer, el reconocimiento judicial con asistencia de un perito, pero esta posibilidad es un recurso

para el juzgador cuya convicción se presenta dudosa: no garantía suficiente de las partes.

Estos argumentos se refuerzan aún más teniendo en cuenta que si la L. E. C.—tan remisa en ello—confiere al Juez la facultad de acordar el reconocimiento para mejor proveer (arts. 340 y 1.667), con mayor razón hay que pensar que, salvo si expresamente lo deniega, le otorgará también la de acordarlo a instancia de parte. Por ende, ante la dudosa manifestación de la ley, es más lógico inclinarse por la tesis admissiva.

Más que todas estas razones pueden convencer, sin embargo, los criterios científicos de la política del Derecho.

El artículo 567 dispone así: "Contra las providencias en que se otorgue alguna diligencia de prueba no se dará recurso alguno." Una disposición tal de la Ley equivale a consagrar el principio de omnipotencia judicial en la recepción de la prueba. La inapelabilidad atribuida a la providencia de admisión la convierte en resolución de última instancia, que adquiere la soberanía formal del acto jurídico inmutable. Se ve aquí, por tanto, un poder del Juez *que carece de límite alguno*. A lo más, se puede estimar que lo sea el artículo 1.215 del Código civil (en relación con el 578 de la L. E. C.).

La ley de impenetrabilidad de poderes—enunciada en otro lugar—advierte la invalidación práctica de una norma jurídica que pretenda limitar para un acto concreto poderes que con carácter general se han conferido plenamente⁵. Tal ley es aquí característicamente aplicable. La limitación, que se quiere ver en los artículos 1.644 y 1.656, con relación al Juez tiene que resultar invalidada, de hecho y de derecho. De hecho, porque donde no hay recurso no hay posibilidad de exigencia jurídica, y las cosas quedan como el Juez las deje. Lo que el Tribunal Supremo preceptúe acerca de la inadmisibilidad de ciertas diligencias de prueba no cuenta jurídicamente si el Juez no lo acata. Pues, de hecho y de derecho, las partes podrán seguir proponiendo esos medios de prueba, ahora rechazados, y el Juez *los puede seguir admitiendo*, sin que contra esta admisión haya ninguna cosa que objetar.

El significado que tiene, entonces, la resolución actual ha de ser éste: Las partes podrán proponer aún el reconocimiento y la pericia, y los Jueces, discrecionalmente, admitirlos o no. Si los admiten no será recurso (artículo 567); pero si no los admiten *tampoco*, ya que la reciente jurisprudencia, al suprimir, *como derecho de las partes*, estos medios de prueba, ha consagrado la discrecionalidad del Juez. Ante este resultado, se observa cómo *era más política* una decisión en otro sentido, pues el Tribunal Supremo conservaría el *control* de estos problemas en el caso de indefensión de las partes.

Lo que interesa que el Tribunal Supremo no haga en lo sucesivo es ir contra la sana doctrina, anulando el artículo 567. Puede hacerlo, ya que decide en última instancia, y la misma ley de impenetrabilidad de

5. R. G. D., may. 1948, pág. 272.

poderes lo corrobora. Sería una verdadera invasión y un silencioso golpe de fuerza; pero sería inevitable.

Las deficiencias técnicas del proceso

La situación anómala que se discute dimana de una serie de apreciaciones técnicas equívocas. El primer error lo cometió el demandado. Un somero examen de los autos hace evidente que la finalidad de la acumulación no era otra que hacer posible la proposición de los dos discutidos medios de prueba, silenciados en el interdicto inicial. Por su finalidad, el interdicto acumulado resultaba un *proceso abusivo*, ya que la naturaleza de las cosas excluía la acumulación. En efecto: no podía darse tal acumulación de autos por la sencilla razón de que la acción existente era única. Sólo la paupérrima regulación de nuestra ley procesal y la precaria situación de la doctrina monográfica dan lugar a tales inconsecuencias y dudas. Y no se nos acuse de utopía, alegando que una cosa es la teoría y otra la práctica, pues entre *lo que debe hacerse* (teoría) y *lo que realmente se hace* (práctica) jurídicamente se ha de preferir siempre la primera.

Al proponer el actor el segundo interdicto debió de oponérsele la excepción de *litis-pendencia*. Del hecho fundamental alegado repetidamente no se deducía más que *una sola acción*. Y el ejercicio, sucesivo o simultáneo, de dos acciones *equipetitorias* es abuso ya y no derecho.

Todo esto es clarísimo si se considera separadamente el *resultado* de los dos procesos. En cualquier hipótesis se verá que es necesario que opere la excepción de *litis-pendencia*.

Supongamos, estimado el interdicto de obra nueva, ¿qué ocurrirá con el de retener? Indiscutiblemente, no podría ser desestimado, porque el hecho que produce la suspensión de la obra es la *violentia possessione*, el mismo que basta para la admisión del interdicto de retener. Pero, supongamos también que se desestima el de obra nueva, ¿podría estimarse, en cambio, el de retener? En absoluto, no. La inadmisión del interdicto de obra nueva depende de la declaración de que el actor no posee (de un modo u otro). Y la admisión del de retener, por el contrario, depende de que se le considere poseedor. ¿Poseedor y no poseedor dentro del mismo caso? A tal absurdo no hay legislación que pueda llegar. Por otra parte, ¿qué significación tendría la viabilidad del interdicto de retener frente a una desestimación del de obra nueva? Por un lado, la obra sigue; por otro, la posesión se afirma o se manda recuperar. Y aun más, ¿qué añade un interdicto a otro en el caso de estimación conjunta? Nada, puesto que la demolición de las obras, como cuestión jurídica, expresamente se reserva para el juicio plenario (art. 1.675).

Frente a estas consideraciones está el texto de la L. E. C., que, en su artículo 154, sanciona rotundamente la posibilidad de que los interdictos sean acumulables entre sí. ¿Qué alcance tiene este precepto? ¿Destruye la tesis anticipada de la viabilidad de la excepción de *litis-pendencia*? Creemos que no, y estimamos que aun la refuerza. Tal aserción se justi-

fica con sólo tener en cuenta la finalidad de ambas instituciones. El fin de la litispendencia no es otro que impedir un doble proceso, cosa contraria al principio de economía procesal, y, sobre todo, que impedir una resolución contradictoria, que incrustaría una grave dificultad en la teoría de la cosa juzgada, como señala con acierto la sentencia de 10 de junio de 1914. El mismo fin tiene la acumulación de autos, según claramente se deduce de los artículos 161 y 162 de la L. E. C. El tratamiento procesal que nuestro Derecho atribuye a la litispendencia, considerándola como excepción, debía traer, como contrapartida para evitar resoluciones contradictorias, la oportunidad de acumular aquellos autos que, por la naturaleza de las cuestiones debatidas, albergaran el peligro de apreciaciones antitéticas.

El segundo error táctico lo cometió el Juez de instancia. Una vez decidida la revocación, lo que procedía, para evitar el recurso en casación, era decretar, para mejor proveer, la práctica del reconocimiento. La hipótesis de la indefensión que la ley considera no se hubiera dado como supuesto del recurso.

José LOIS ESTEVEZ

II. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

I. Sentencias de la Sala Primera

En esta sección colaboran: Alberto Ballarín, José M.^a Codina, Joaquín Escora, Manuel González, José E. Greño, J. Hernández Canut, Jerónimo López y Abraham Vázquez.

SENTENCIA 7 ENERO 1948

Civil—obligaciones—resolución—eficacia—voluntad del perjudicado—manifestación.

La facultad de resolver las obligaciones no requiere que sea ejercitada judicialmente, conforme a una reiterada jurisprudencia, basta para su eficacia la voluntad manifestada por el perjudicado de su voluntad de resolver la obligación.

Civil—arrendamientos—disposiciones—aplicación por extensión—improcedencia.

El sentido especial de las disposiciones arrendaticias no permite aplicar estas a contratos distintos para las que han sido establecidos.

Civil—opción de compra—facultad resolutoria—pago del precio de arrendamiento—consignación de renta.

No cabe impedir el efecto extintivo de la facultad resolutoria de una opción de compra, como condicionada contractualmente, por el cumplimiento de pagar el precio de arrendamiento de la finca, objeto de la opción y del arrendamiento, mediante la consignación de la renta.

Civil—contratos—tercero—calificación.

No puede merecer la condición de tercero quien tenía conocimiento de las condiciones en que la sociedad de que era socio colectivo adquirió los derechos de arrendamiento y de opción de compra.

Civil—Ley Hipotecaria—artículo 37—acción resolutoria—ejercicio contra terceros.

Conforme al número 1.º del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, puede ejercitarse contra terceros la acción resolutoria en los supuestos que indica, como excepción, el artículo 36.

ANTECEDENTES.—1.º En escritura pública de 13 de diciembre de 1929, doña C. C. F. concede en arrendamiento una finca urbana a la sociedad mercantil colectiva "C. E. H. G.", consignándose como pactos de escritura los siguientes:

a) La duración del arrendamiento se concede por la vida de la arrendadora y dos años más.

b) Derecho de tanteo de retracto, en su caso, a favor de la sociedad "C. E. H. G." por 200.000 pesetas.

c) Derecho de compra en los dos últimos años consecutivos al fallecimiento de doña C. C. F., por el precio anterior de 200.000 pesetas.

d) Los derechos que se conceden ambas partes serían transmisibles a sus herederos y a terceras personas.

e) Rescisión del contrato por falta de pago durante dos meses o, en su caso, por incumplimiento de la obligación por el arrendatario.

2.º Disuelta en 31 de marzo de 1931 la sociedad "C. E. H. G.", el socio colectivo don A. C. P. se adjudica, entre otros bienes, el derecho de arrendamiento y opción de compra del contrato de 13 de diciembre de 1929.

3.º La disolución de la sociedad no se puso en conocimiento de la arrendadora, que giró los recibos a nombre del gerente de la extinguida sociedad, el cual traspasó, en 30 de octubre de 1939, el arrendamiento a la razón social "B. I. C., S. L.", sin notificarlo en forma alguna al arrendador.

4.º Desde octubre de 1940 hasta 13 de mayo de 1942, ni el socio colectivo don A. C. P. ni el representante de la sociedad "B. I. C., S. L." habían satisfecho las mensualidades del precio del arriendo, por lo que doña C. C. F., por requerimiento notarial, hizo saber a don A. C. P., gerente de la primera sociedad arrendataria, que consideraba rescindido el contrato, notificación de 5 de diciembre de 1940.

5.º La arrendadora fallece en 3 de marzo de 1942, y don A. C. P., socio colectivo, deduce demanda para que se le considere sucesor en el arrendamiento.

MOTIVOS.—Primeramente. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por aplicación indebida del artículo 1.124 del C. c. e inaplicación del artículo 4.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 en relación con los artículos 4.º y 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936 y no aplicación de los artículos 23, 34, 36 y 41 de la Ley Hipotecaria.

Segundo. Números 1.º y 7.º del 1.692 de la L. E. C., por violación de los artículos 1.091 y 1.451 del C. c.

CONSIDERANDOS.—Tercero. Que esta facultad de resolver las obligaciones, efecto necesario del principio de que se contraen para ser cumplidas por cada uno de los obligados en términos de reciprocidad en su cumplimiento, concedida en el artículo 1.124 del Código civil como implícita en ellas contra el contratante que dejare de cumplir lo que le incumbe, no requiere, cuando la realidad de este supuesto se produce, que sea ejercitada judicialmente, sino que, conforme tiene declarado una reiterada jurisprudencia, basta para su eficacia la manifestación por el perjudicado de su voluntad de resolver la obligación que le sería exigible sin el contrario incumplimiento, siquiera corresponda a los Tribunales, si sobre ello se promueve litigio, declarar si procedía o no la resolución decidida por el contratante; de donde se sigue que justificado en el pleito que el demandante había incumplido una de las obligaciones que con carácter de reciprocidad condicionaban el ejercicio de facultad resolutoria que con-

tractualmente asistía a la arrendadora y operante de la venta de la finca arrendada, con acierto derivado de la expresada doctrina, estimó la Sala de instancia que la manifestación hecha notarialmente por aquella de su voluntad de rescindir el contrato incumplido era eficaz para producir su resolución.

Cuarto. Que sin desconocer el recurso de casación interpuesto por don A. C. la doctrina que antecede, y con apartamiento de lo opuesto a ella en el pleito, no hace radicar en el primero de sus motivos la infracción del artículo 1.124 del Código civil, de la que acusa a la sentencia recurrida, en la inexistencia del hecho de incumplimiento por el recurrente, en la misma afirmado, ni tampoco en la forma extrajudicial en que se hizo uso por la causante de los demandados de su facultad resolutoria, sino que argumenta fundándose en la alegación de que el citado precepto no debe tener acceso a los arrendamientos urbanos cuya materia está regulada con primacía por los específicos, de entre los que señala también como infringidos por inaplicados los artículos 4.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y 4.º y 5.º del de 21 de enero de 1936, que, a su entender, excluyen la pertinencia de aplicar el que antes señala como aplicado indebidamente cuando el derecho de consignación de la renta en descubierto asiste según tales disposiciones al arrendatario; y cierta es, con arreglo a las mismas, esta facultad referida a los juicios de desahucio fundados en la falta de pago de la renta, pero el restrictivo sentido de las especiales disposiciones que la conceden no permite aplicar éstas tratándose de contratos distintos de aquellos en cuya contemplación han sido establecidas, y el concertado el 13 de diciembre de 1929 es de naturaleza compleja, porque su contenido obligacional abarca, además del que es propio de la relación que conceptúa el artículo 1.543 del Código civil, el que caracteriza a una promesa de venta, especializada en la moderna doctrina bajo el nombre de opción de compra, susceptible, como todo contrato del que nazcan obligaciones recíprocas, de ser resuelto por decisión unilateral cuando uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbía.

Quinto. Que esta razón de que si en el simple arrendamiento le es dable al arrendatario evitar el lanzamiento de la finca arrendada consignando las rentas en cuyo adeudo se funde aquella pretensión, no cabe igual arbitrio para impedir el efecto extintivo de la facultad resolutoria de una opción de compra condicionada contractualmente por el cumplimiento de la obligación de pagar en el tiempo convenido la renta de la finca que era a la vez objeto de la opción y del arrendamiento, hace desestimable el primero de los motivos del recurso, en el que para razonar sobre las infracciones que supone se atiende tan sólo a lo que de creador de una relación arrendaticia tiene el contrato de 13 de diciembre de 1929, prescindéndose de lo relativo a la opción de compra en él contenida y a la que igualmente afecta la cláusula novena de las estipuladas, por la virtualidad de la cual quedó facultada la arrendadora para el ejercicio de su derecho a resolver, según lo efectuó, el contrato, cuyos términos no consentan, haciéndolo así entender en su cláusula quinta, que se atribuya independencia o posibilidad de disociación al arrendamiento del inmueble

y al derecho de optar a su compra, otorgado al arrendatario, en este concepto.

Sexto. Que el mismo motivo supone infringidos también los artículos 24, 34, 36 y 41 de la Ley Hipotecaria, reputándose por ello don A. C. en situación de tercero adquirente de un derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad, al que estima que, tanto por estar constreñido el ámbito de aplicación del artículo 1.124 del Código civil "al juego de las relaciones puramente obligacionales", como por la salvedad que el artículo establece en su párrafo final, no pueden serle aplicados los efectos resolutorios sin previa declaración del Tribunal; pero estas alegaciones no hacen más atendible el motivo, porque además de que con ellas se incide en desconocimiento injustificado de que la generalidad preceptiva del citado artículo se refiere al incumplimiento de toda obligación recíproca, cualquiera que sea su naturaleza, aunque bien se entiende que los efectos de la resolución han de ser instados y obtenidos por vía judicial, ni puede merecer la consideración de tercero quien, como el recurrente, tenía conocimiento de las condiciones en que la sociedad de la que era socio colectivo adquirió los derechos de arrendamiento y de opción de compra, ni aun en el supuesto contrario de esta apreciación dejaría de darse contra él la acción resolutoria, en conformidad con el número primero del artículo 37 de la Ley Hipotecaria, que señala las excepciones de la regla general contenida en el 36.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 ENERO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento.

El recurso de injusticia por quebrantamiento de forma, interpuesto al amparo del artículo 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, habrá de fundarse únicamente en el quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio que hubiesen producido la indefensión del recurrido.

SENTENCIA 23 ENERO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—desahucio—subarriendo—recurso de injusticia notoria.

Como el recurso de injusticia notoria no implica el establecimiento de una nueva instancia, sino el medio extraordinario de enmendar los posibles errores del juzgador, hay que aceptar las atribuciones de hecho contenidas en la sentencia, a menos que ésta incida en manifiesto error al apreciar la prueba.

SENTENCIA 2 FEBRERO 1948

Civil—filiación—hijo: naturales—reconocimiento: quiénes pueden hacerlo.

El reconocimiento de hijos naturales es facultad privativa del padre, y la omisión de su ejercicio no puede ser suplida por ninguna otra persona.

Civil—filiación—hijos naturales—reconocimiento: posesión continua del estado.

El verdadero sentido del número 2.º del artículo 135 del Código civil es el de que la posesión del estado de hijos naturales, aunque justificable por actos directos de la familia del padre, ha de ser iniciada por éste.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—desestimación por haber de mantenerse el fallo por otros procedimientos.

El recurso de casación no se da contra los razonamientos que preceden al fallo, por desacertados que sean, cuando éste haya de mantenerse por otros que lo apoyan.

ANTECEDENTES.—Doña A. E. solicitó de D. G. K. el reconocimiento de la condición de hijo natural de su hijo fallecido D. E. K. a favor de E. E., hijo de éste con la actora, alegando que habiendo fallecido su padre poco tiempo después de su nacimiento en estado de soltero, le había tenido el demandado a su cuidado de una forma continuada, educándole esmeradamente, lo que suponía el haberle considerado siempre como nieto natural del hijo fallecido.

El Ministerio fiscal se opuso, alegando que no se daban los hechos que exigía la ley para el reconocimiento, ya que no se presentaba documento auténtico, ni se decía que el hijo hubiera estado nunca en posesión del estado constante de hijo natural, sino de nieto.

La parte demandada se alió a la demanda y el Juzgado de Primera Instancia número 4, de Madrid, dictó sentencia estimatoria, que fué confirmada por la Audiencia.

El Fiscal formalizó recurso de casación por infracción de ley, basándole en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; violación del número 2.º del artículo 135 del Código civil, ya que la sentencia recurrida estima que la posesión del estado de hijo natural la pueden dar los familiares del supuesto padre.

Segundo. Número 2.º del artículo 1.692 de la L. E. C.: Al resolver sobre una cuestión no planteada en la litis, como lo es el reconocimiento de que el padre estuviera en posesión del estado de hijo; procediendo, por tanto, también el recurso por incongruencia de la sentencia con las pretensiones deducidas en el pleito (sentencia 4 junio 1938).

Tercero. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; nueva infracción del artículo 135 de la ley civil, al admitir el reconocimiento del padre hecho de palabra, cuando para ser eficaz sería necesario que estuviese hecho por escrito indubitado.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que consecuente el Código civil con el criterio prohibitivo de la investigación de la paternidad, adoptado por el

mismo en materia de filiación ilegítima, atribuye en sus artículos 129 y siguientes la facultad de reconocer a los hijos naturales a la voluntad del padre, manifestada, como acto de poder personalísimo suyo, de una de las dos maneras que precisa el artículo 135, y así, la obligación que éste le impone ha de estar precedida, conforme al nada dudoso sentido del precepto, de aquella voluntad exteriorizada por escrito o por actos directos que la revelen constituyendo al hijo natural en posesión de este estado.

Segundo. Que si el expresado reconocimiento es facultad privativa del padre, ha de seguirse de ello que la omisión de su ejercicio no puede ser suplida por ninguna otra persona por muy allegada que al mismo sea, y si no admite duda que el precitado artículo 135 estatuye aquella imposibilidad en lo relativo al reconocimiento expreso en su forma escrita, no ha de ser lógico entender que el propio Código se aparte radicalmente en el mismo artículo del criterio rector de sus disposiciones sobre filiación ilegítima para facultar a la familia del padre a que por su exclusiva determinación constituya un estado posesorio de hijo natural significativo de un reconocimiento tácito que no dimana de la voluntad de aquél, siendo lo que se acaba de expresar razón sobrada para que se haya de aplicar el número 2.º del precepto, en la inteligencia de que el verdadero sentido de lo que en el mismo dispone no es otro que el de que la posesión de estado de hijo natural, aunque justificable por actos directos de la familia del padre, ha de ser iniciada por éste.

Tercero. Que en el primero de los motivos del recurso, puesto al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se acusa la violación por la sentencia recurrida del artículo 135 del Código civil, refiriéndola el recurrente a que en uno de los considerandos se razona y estima en orden a la cuestión litigiosa que puede ser dado el estado posesorio de hijo natural por los familiares del padre; y cierto es que al producirse así la Sala de instancia se aparta de la interpretación que corresponde al precepto indicado, con desconocimiento de la doctrina que antes se concreta y que no debió ser atendida *ad cautelam* para el supuesto de que no fuera suficiente la contraria a ella, según por el Tribunal inferior se hace, sino como doctrina declarada jurisprudencialmente, entre otras sentencias en las de 17 de junio de 1905, 2 de marzo de 1929, 5 de enero de 1945 y 25 de junio de 1946; pero esta equivocada apreciación no determina la procedencia del recurso, porque es fundamental que el de casación no se da contra los razonamientos que precedan al fallo, por desacertados que sean, cuando éste haya de mantenerse por otros, que lo apoyen, que es lo que sucede en la resolución recurrida al afirmarse en ella como probado el hecho de que desde el nacimiento del niño lo tuvo su padre hasta el fallecimiento de éste por hijo natural suyo y recomendó a sus padres insistentemente que cuidaran siempre de él y lo cuidasen y educaran como a tal, dejando con ello iniciado con actos propios su estado posesorio.

Cuarto. Que pedida en la demanda la declaración de que el niño E. E. es hijo natural del fallecido don E. A. K., con fundamento en su

estado posesorio continuo, revelado por actos de la familia, y estimada la demanda por la sentencia que se recurre, quedó resuelta la cuestión planteada en los términos de congruencia que exige el artículo 359 de la Ley procesal, sin que a ello se oponga el que no habiéndose indicado en el escrito de la parte actora que aquel estado tuvo su iniciación con actos del padre del menor, así se haya estimado por el Tribunal *a quo*, apreciando las pruebas practicadas, porque con esta apreciación no fundó su fallo en hecho distinto del que hace aplicable el número 2.º del artículo 135 del Código civil, amparador de la acción ejercitada, sino que estimó que concurría demostradamente una circunstancia necesaria para que la posesión de estado de hijo natural justificada por actos directos de la familia del padre tuviera la eficacia que aquel precepto legal la atribuye.

Quinto. Que lo que acaba de expresarse hace desestimable el segundo de los motivos del recurso amparado por la parte recurrente en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley procesal; y no es más estimable el tercer motivo, en el que con cita del número 1.º del mismo artículo se acusa una nueva infracción del artículo 135 del Código civil, fundada en el doble y dubitativo supuesto de haberse estimado por la Sala sentenciadora como reconocimiento expreso eficaz el hecho por el padre de palabra o que el mismo denota una posesión de estado de hijo, que no es constante, y basta tener en cuenta que la sentencia recurrida no deriva su fallo de la aplicación del número 1.º de aquel precepto sustantivo, ni de un estado posesorio constituido exclusivamente por el padre, sino del iniciado con actos voluntarios y directos de éste y continuados por los de su familia, para que el motivo haya de rechazarse como desprovisto de la base sobre la que está contraído.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 FEBRERO 1948

Civil—mandato—extensión del conferido en términos generales.

Autorizado el mandatario para que otorgue cuantos contrato y renunciaciones de derecho considerare procedentes, entendiéndose el poder "amplísimo y con las facultades de carácter accesorio necesarias para su cumplimiento", es evidente que al celebrar el contrato de compraventa, enajenando un inmueble, no obró el apoderado fuera de los límites del citado poder.

SENTENCIA 5 FEBRERO 1948

Civil—precario: concepto.

Precario es el uso o disfrute de una cosa ajena sin que medie renta o merced ni otra razón que la mera condescendencia o liberalidad del poseedor real.

Civil—precario: extinción.

De la voluntad del poseedor real depende el poner término a su propia tolerancia y el consiguiente ejercicio de la acción para desahuciar que le atribuyen los artículos 1.564 y 1.565 de la L. E. C.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de hecho.

Los caracteres de la ocupación que pudieran determinar si es o no precario es cuestión de hecho cuya declaración compete al juzgador de instancia.

SENTENCIA 6 FEBRERO 1948**Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria—quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio—disposiciones transitorias: adaptación a las normas procesales.**

No alegándose por el recurrente quebrantamiento de formalidad esencial, aun fundando el recurso en la causa segunda del artículo 169 de la Ley, y reconociéndose que el juicio se tramitó correctamente, la alegación de que la sentencia recurrida debió anularse, por no ser firme en el momento de entrar en vigor la nueva Ley, para substanciarse de nuevo la pretensión en forma incidental, conforme al artículo 175, es improcedente, ya que la disposición transitoria 16.ª, al ordenar que los procedimientos en curso al entrar en vigencia los preceptos de la nueva Ley se acomodan a las normas procesales en ella establecidas, mantiene la validez de lo actuado, exigiendo sólo su adaptación en cuanto a las ulteriores etapas del trámite.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba: documental.

Para la viabilidad del recurso fundado en esta causa, es preciso poner de relieve la contradicción entre las declaraciones de hecho contenidas en la sentencia y el resultado de la prueba documental obrante en autos, sin que sea lícito desarticular los diferentes elementos probatorios.

SENTENCIA 6 FEBRERO 1948**Civil—arrendamientos urbanos—revisión de rentas—aplicación de la Ley de 16 de diciembre de 1940.**

Esta Ley obligó a los propietarios a presentar la relación completa de los productos de sus fincas y otorgó a los inquilinos el derecho a limitar su alquiler a la declaración hecha a la Hacienda por los propietarios, cualesquiera que fueran los pactos existentes entre ellos, y enten-

diéndose al efecto novado el contrato, siendo aplicable a todas las fincas urbanas sin distinción, lo mismo a las que tienen limitadas sus rentas por la legislación especial de alquileres que a las de renta libre.

Civil—arrendamientos urbanos—aplicación de la Ley de 7 de mayo de 1942 y del Decreto-Ley de 30 de diciembre de 1944.

No infringe las disposiciones contenidas en los artículos 4.º de ambas la sentencia que acuerda la revisión de un contrato de renta "libre", según las mismas, si dicha revisión se funda en las disposiciones fiscales antes citadas, de aplicación a toda clase de fincas urbanas.

Civil—arrendamientos urbanos—aplicación de la Ley de Presupuestos del Estado de 31 de diciembre de 1945 (art. 14) y Orden de 14 de marzo de 1946.

Este artículo constituyó una moratoria fiscal y, una vez terminado el plazo de la misma, recobraba toda su virtualidad el derecho del inquilino a limitar el importe de su renta a la declarada por el propietario, conforme a la Ley de 16 de diciembre de 1940 y disposiciones posteriores.

Civil—arrendamientos urbanos—aplicación del Decreto de 21 de mayo de 1943.

Si, no obstante lo dispuesto en la Ley de 16 de diciembre de 1940, el propietario tuviese derecho a elevar la renta, conforme a la legislación especial de arrendamientos urbanos, deberá, hecho el aumento, declararlo a la Hacienda dentro del trimestre natural en que se lleve a efecto el aumento, y quedando ligado el propietario, en otro caso, en cuanto a la renta exigible al inquilino, a la declaración obrante en el Registro fiscal.

No puede admitirse que, a efectos de revisión de la renta, sólo estén obligados los propietarios a declarar el aumento de la misma, cuando éste represente una alteración superior al 5 por 100, pues de dicha declaración de originan, aparte de los efectos puramente fiscales, otros de orden civil, como es el derecho del inquilino a pedir la revisión de la renta fijada en el contrato, y en correlación con este derecho está la obligación del propietario de realizar el acomodamiento de la renta a lo que resulte catastrado, sea cualquiera el aumento exigido.

CONSIDERANDOS.—Primer. Que el artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece como una de las causas que dan lugar al recurso por injusticia notoria el manifiesto error en la apreciación de la prueba, cuando se acredite por la documental o pericial que obre en autos, de lo cual se desprende que al amparo de tal causa solamente podrán ser impugnadas aquellas declaraciones de la sentencia relativas a la prueba de los hechos controvertidos; pero como en el considerando cuarto de la recurrida, al cual concreta y exclusivamente se refiere el primer motivo del recurso, no se contiene declaración ninguna sobre la

apreciación de la prueba, porque en él el Juez *a quo* se limita a citar e interpretar determinadas disposiciones relativas a los arrendamientos urbanos, la procedencia de aplicar al caso que se debate las disposiciones citadas, y su interpretación podrá ser impugnada por otra de las causas del artículo 169 de la referida Ley, pero no por la que se invoca por el recurrente, por no darse el supuesto en que tal causa se funda, circunstancias que obligan a desestimar dicho primer motivo del recurso.

Segundo. Que la Ley de 16 de diciembre de 1940, por sus artículos 10 y 12, obligó a los propietarios de fincas urbanas a presentar la relación completa de los productos anuales de aquéllas, por todos conceptos, y otorgó a los inquilinos el derecho a limitar su alquiler a la declaración hecha a la Hacienda por los propietarios, cualesquiera que fueren los pactos entre ellos existentes, entendiéndose al efecto novado el contrato.

Tercero. Que dada la finalidad perseguida por dichos preceptos, que fué establecer la correlación entre los líquidos imponibles y el precio de los alquileres, y dada la generalidad de los términos empleados por aquellas disposiciones, resulta evidente que las mismas son aplicables a todas las fincas urbanas sin distinción y, por lo tanto, lo mismo a las que tienen limitadas sus rentas por virtud de la legislación especial de alquileres que a aquellas cuya renta puede ser pactada libremente, conforme al Código civil, porque en unas y otras tiene la Hacienda Pública el mismo interés, que es el de que se reflejen en los Registros fiscales las variaciones de orden económico que experimenten las fincas urbanas, al propósito de conseguir una justa distribución del tributo, y siendo esto así, no sería lógico excluir de aquellos preceptos las fincas de libre contratación, o sea las de mayor renta, negando al inquilino el derecho a limitarla a la declarada por el propietario en el correspondiente Registro fiscal.

Cuarto. Que el artículo 4.º de la Ley de 7 de mayo de 1942 dispuso que las rentas de los edificios, pisos o habitaciones que hubieren sido construídos u ocupados por primera vez después de primero de enero de dicho año podrían ser convenidas o pactadas libremente, con arreglo a lo dispuesto en el Código civil o en las legislaciones forales, siempre que no se desobedecieran las prohibiciones y límites a que se hallaren sujetas las construcciones por su naturaleza económica, familiar o privilegiada, precepto que confirmó el artículo 4.º del Decreto-Ley de 30 de diciembre de 1944, siendo ambos aplicables a la finca de que se trata, respecto a la cual declara la sentencia recurrida que fué ocupada por primera vez después de primero de enero de 1942; pero esta circunstancia que impediría al inquilino el solicitar la revisión de la renta, fundándose en las disposiciones de la legislación de alquileres que limitan aquélla, por tratarse de una finca de contratación libre, no constituye obstáculo para tal revisión, cuando ésta se funda en las disposiciones fiscales antes citadas, de aplicación a toda clase de fincas urbanas, y la sentencia que la acuerda no infringe el artículo 4.º de la Ley de 7 de mayo de 1942, ni el del mismo número del Decreto-Ley de 30 de diciem-

bre de 1944, por lo que procede desestimar el segundo motivo del recurso.

Quinto. Que la Ley de Presupuestos del Estado de 31 de diciembre de 1945, en su artículo 14, estableció que los propietarios de fincas urbanas arrendadas, que percibiesen rentas superiores a las que vinieran figurando como base de la contribución territorial que gravaba esta riqueza, deberían declarar a la Hacienda, antes de primero de marzo de 1946, las rentas efectivas que percibieran, en cuyo caso quedarían exentas de multas y recargos y del aumento de cuota que correspondiese a época anterior a primero de enero del año expresado, entendiéndose que a partir de aquella fecha los inquilinos podrían limitar su alquiler a la cifra declarada por el propietario o a la que, si no formuló declaración de rentas, sirviera de base al tributo, entendiéndose al efecto novado el contrato, y de los términos de este artículo y de los de la Orden de 14 de marzo de 1946, que la desenvuelve, se desprende, por una parte, que tal artículo constituyó una moratoria fiscal otorgada a los propietarios y, por otra, que una vez terminado el plazo de la misma recobraba toda su virtualidad el derecho del inquilino a limitar el importe de su renta a la declarada por el propietario, conforme al principio proclamado por la Ley de 16 de diciembre de 1940 y desenvuelto por disposiciones posteriores.

Sexto. Que entre estas disposiciones se encuentra el artículo 3.º del Decreto de 21 de mayo de 1943, según cuyo texto si, no obstante la vigencia de los preceptos de la Ley de 16 de diciembre de 1940, que impiden percibir una renta superior a la declarada a la Hacienda, el propietario tuviera derecho a elevarla, en virtud de la legislación especial de arrendamientos urbanos, podrá hacer efectivo el aumento, declarándolo posteriormente, dentro del trimestre natural en que se lleve a efecto, y al no hacerse tal declaración en el plazo mencionado, a contar desde la celebración del contrato de arrendamiento, de 31 de mayo de 1946, quedaba ligado el propietario en cuanto al importe de la renta exigible al inquilino a la declaración obrante en el Registro fiscal.

Séptimo. Que no puede admitirse, como pretende el recurrente, que para los efectos que se discuten el propietario solamente esté obligado a declarar los aumentos de renta cuando éstos alcancen determinada cifra, porque si bien es cierto que el artículo 1.º del Decreto de 21 de mayo de 1943, antes citado, dispone que los propietarios de fincas urbanas, que se encuentren arrendadas en su totalidad o en parte, están obligados a declarar a la Hacienda Pública los aumentos de renta originados por las variaciones de orden económico que experimenten sus fincas, con relación a la que figure en los documentos cobratorios de la contribución territorial, siempre que el aumento represente una alteración superior al cinco por ciento, tal disposición solamente consigna una obligación del propietario en sus relaciones con la Hacienda Pública, y su incumplimiento lo corrige el artículo 5.º del mencionado Decreto con sanciones pecuniarias, de lo cual se deduce que, para los efectos meramente tributarios, el propietario solamente tiene la obligación de declarar los

aumentos de renta cuando sobrepasen la cifra antes indicada; pero como tales declaraciones no solamente producen efectos, sino que crean en favor del inquilino un derecho de naturaleza civil, como es el de pedir la revisión de la renta fijada en el contrato para acomodarla a la que resulte catastrada, en correlación con este derecho del inquilino está la obligación del propietario de realizar tal acomodamiento, sea cualquiera el aumento de la renta que hubiera exigido, procediendo, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 FEBRERO 1948

Civil—contratos—causa—simulación absoluta: quién puede ejercitar la acción.

En los casos de simulación absoluta no puede derivarse acción a favor del aparente comprador para exigir la entrega de la cosa y, por el contrario, corresponde al aparente vendedor el derecho y acción que protege un interés en patentizar la ficción mediante la declaración de nulidad.

Civil—contratos—causa—falsedad: consecuencias.

Estimada falsa la causa de un contrato y no probada la existencia de otra verdadera y lícita, la conclusión impuesta por el artículo 1.276 del Código civil es la nulidad del contrato.

Civil—contratos—causa: a quién corresponde probarla.

La alegación y prueba de la existencia de causa verdadera y lícita en un contrato corresponde a quien sostuvo la validez.

Civil—contratos—causa—falsedad: su prueba.

No rige precepto legal alguno que restrinja la posibilidad de demostrar la falsedad de un contrato, aun consignado en documento privado, por cualesquiera medios de prueba, entre los cuales incluye la ley las presunciones.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por haber de mantener el fallo por otras razones.

El fallo no puede impugnarse por los razonamientos que a él hallan conducidos, ni por la desacertada expresión de las afirmaciones o negaciones de hechos.

ANTECEDENTES.—Don José Gutiérrez Fenoll reclamó a la herencia yacente de don José Roca de Togores el otorgamiento de escrituras públicas de las fincas que le fueron vendidas por dicho señor, de las que carecía por haberse efectuado la compraventa durante la dominación roja y haberse hecho en documento privado; a satisfacer a la sucursal de Murcia de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Sureste de España, de un préstamo efectuado por dicha entidad al vendedor y que no había sido tenido en cuenta en el momento de efectuar la operación por desconocerse su existencia, ya que había sido liquidado y con posterioridad renacido en virtud de la Ley de Desbloqueo, y también solicitaba subsidiariamente al abono de esta cantidad la indemnización de gastos y perjuicios que al quedar impagada le produjese, y, en todo caso, el abono de ocho mil pesetas por un préstamo concedido al causante y los intereses pactados del seis por ciento hasta el momento de la liquidación total del capital.

Los herederos opusieron que se trataba de un contrato simulado, y solicitaron en reconvencción la nulidad del mismo.

En el trámite de dúplica insistió el actor en sus pretensiones, defendiendo la validez del contrato.

En la contestación a la demanda reconvenccional defendió el actor la validez del contrato, alegando que obedecía al pago de una deuda contraída con anterioridad al Movimiento y liquidada durante éste en fincas por la desvalorización que sufría el dinero en la zona marxista.

El Juzgado de Primera Instancia de Orihuela declaró la nulidad por falta de causa, y la Audiencia de Murcia confirmó el fallo, sobre el que el actor formalizó recurso de casación por infracción de ley, basándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; inaplicación de los artículos 1.225 y 1.218 del Código civil y de las sentencias de 12 de abril y 30 de junio de 1944, al resolver la sentencia cuestiones sobre las cuales los demandados carecen de acción y en las que fundamentan la reconvencción.

Segundo. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; inaplicación del artículo 1.450 del Código civil y aplicación indebida del artículo 1.275 del mismo texto y de las sentencias de 27 de junio de 1894, 20 de febrero de 1943, al apreciar la nulidad de los contratos, desconociendo que lo que actúa de causa en la compraventa no es la entrega de la cosa, ni del precio, sino el convenio sobre la cosa y el precio.

Tercero. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; inaplicación de los artículos 1.214 y 1.277 del Código civil y de las sentencias de 20 de febrero de 1940 y 3 y 12 de abril de 1944. Al no exigir a los herederos la prueba de la falta de causa en el contrato, invirtiendo la carga de la prueba.

Cuarto. Número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.: error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo los artículos 1.214, 1.218, 1.225, 1.227, 1.249, 1.250, 1.251, 1.253 y 1.277 del Código civil; reproduciendo alternativamente el motivo primero al no partir la sentencia en sus razonamientos de un hecho o una serie de hechos, sino de la conclusión de un razonamiento presuntivo, encadenando las presunciones sin el enlace directo exigido por el artículo 1.253 de la ley civil.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la resolución recurrida, congruente con discusión sostenida y petición formulada en el pleito, no declara que la causa de los contratos cuya nulidad acepta fuese distinta de aquella a que responde la compraventa, sino que en aquélla falta de causa, es decir, que su ficción no fué hecha para disimular otros cuya verdadera

causa de la transmisión de la propiedad de las fincas que figuraban como objeto de los mismos estuviese en la intención de los contratantes.

Segundo. Que en tal supuesto de simulación absoluta no puede derivarse acción a favor del aparente comprador para exigir la entrega de los figurados objetos de dichos contratos, y, por el contrario, corresponde al aparente vendedor el derecho y acción que protege un interés en patentizar la ficción mediante la declaración de nulidad, derecho y acción que se transmiten a sus herederos por el solo hecho de su muerte, según los artículos 659 y 661 del Código civil, de lo que resulta la improcedencia del recurso por su primer motivo.

Tercero. Que también lo es por el segundo, porque la conclusión a que se llega en el fallo de la sentencia recurrida no puede impugnarse por los razonamientos que a ella hayan conducido, ni por la desacertada expresión de las afirmaciones o negaciones de hecho, cuando es claro que se niega la existencia de causa como elemento integrante del contrato en la intención de los contratantes, y estimaba falsa la expresada y no probada la existencia de otra verdadera y lícita, cuya alegación y prueba incumbían al que sostuvo la validez, la conclusión impuesta por el artículo 1.276 del Código civil, es la nulidad del contrato.

Cuarto. Que ni el primer párrafo del artículo 1.251 del Código civil impone determinados medios de prueba para destruir las presunciones, de impugnación no prohibida, establecidas por la ley, ni rige precepto legal alguno que, cual los artículos 108, 1.234 y segundo párrafo del propio 1.251, para los supuestos a que se refieren, restrinja la posibilidad de demostrar la falsedad de la causa de un contrato, aun consignado en documento privado, por cualesquiera medios de prueba, entre los cuales incluye la ley las presunciones, por lo que la Audiencia pudo, sin infracción legal, apreciar relacionadas entre sí, como lo hizo, todas las pruebas aportadas al pleito, para llegar a la convicción de faltar la causa en los contratos de compraventa entre Roca de Togores y Gutiérrez Fenoll.

Quinto. Que la conclusión de la sentencia recurrida no se apoya solamente en la relación de notable inferioridad entre los medios económicos de don José Gutiérrez Fenoll y la cantidad que dijo prestada a don José Roca de Togores, en la que se dice consistir el precio de la compraventa, lo cual según razonable teoría, es ya uno de los motivos para presumir la simulación, sino también en la contradicción, que excede a la modificación o adición permitidas en el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento civil, entre los hechos de la demanda y de la réplica, en la falta de prueba de ese contrato de préstamo alegado por don José Gutiérrez Fenoll, en las extrañas condiciones en que se dice convenido; en las declaraciones de los testigos de los contratos de compraventa: en la forma en que éstos fueron ratificados por nuevos documentos privados después de la liberación, y en el hecho, fuera de lo normal y corriente, de pagar, bajo la dominación roja, con fincas, una deuda de dinero, con lo que se echa de ver que, sin invertir la carga de la prueba, ni infringir los preceptos y doctrinas legales citadas en los motivos tercero y

cuanto del recurso se llegó a la conclusión del fallo de la sentencia recurrida, cuya casación es improcedente por dichos motivos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 FEBRERO 1948

Civil—contratos—préstamos usurarios: libertad de apreciación.

En materia de préstamos calificados de usurarios el juzgador no debe atenerse a las formas correctas y aparentemente legales con las que, con frecuencia, se encubre una realidad distinta de la que se declara.

Civil—contratos—préstamos usurarios: libertad de apreciación.

En materia de préstamos calificados de usurarios los Tribunales han de resolver formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes.

Civil—contratos—préstamos usurarios: nulidad del contrato.

Basta que en un contrato de préstamo se haya supuesto recibida mayor cantidad que la verdaderamente entregada para declarar su nulidad.

Civil—contratos—préstamos usurarios: compraventa con pacto de retro.

Procede declarar la nulidad del contrato de compraventa con pacto de retraer cuando tuvo su origen y raíz en otro de préstamo declarado nulo por haberse supuesto recibida mayor cantidad que la entregada y sea éste y sus intereses una de las partidas que lo integran.

Civil—contratos—préstamos usurarios: venta a carta de gracia.

Según reiterada jurisprudencia, pueden declarar los Tribunales usurario el contrato de venta a carta de gracia si, a su juicio, es un verdadero préstamo.

Civil—prueba—documentos públicos: declaraciones de las partes.

No debe dar fe el funcionario público, por no haber ocurrido en su presencia, de las declaraciones de los comparecientes cuando no consta la veracidad del contenido de ellas.

ANTECEDENTES.—Doña M. J. E. demandó a don F. T. alegando que siendo propietaria de los cortijos B y P se había visto precisada a recurrir al demandado en solicitud de un préstamo, y que éste le había exigido garantía hipotecaria sobre el cortijo de P, la fijación de un 8 por 100 anual y la percepción de una prima de 15.000 pesetas, quedando a deber 71.000 pesetas, de las cuales sólo 20.000 recibía, teniendo un año de plazo para el cumplimiento de su obligación; que la cantidad recibida

debía ser reservada para pago de contribuciones y atenciones del cultivo, quedando el resto en poder del demandado, 11.000 en concepto de prima confesando tenerlas recibidas con anterioridad y 40.000 para pagar una hipoteca existente y otras cuentas pendientes que en realidad no existían.

No pudiendo cumplir la demandante la obligación contraída, se vió precisada a celebrar con el acreedor un contrato de compraventa con pacto de retro que quedó proyectado sobre las bases impuestas por el acreedor según nota extendida de su puño y letra comprensiva de las partidas siguientes: 1.^a) Importe de hipoteca anterior, que queda vigente, 71.000 pesetas. 2.^a) Intereses de dicho préstamo, 5.680. 3.^a) Dinero a entregar, 33.000. 4.^a) Intereses de la suma de las tres partidas anteriores, un año, 8.774,40. 5.^a) Prima, 16.545. Total, 135.000. La primera hipoteca quedaría subsistente y se constituiría una segunda por 64.000 pesetas, importe de la diferencia con intereses del 8 por 100 pagados por un año, haciéndose el mismo día la venta y un documento privado en el que se reconocería que no era tal venta ni surtiría efecto hasta que venciesen las hipotecas; que hecho dentro del tiempo efectivo el importe de la deuda se consideraría nula la operación y el demandado vendría obligado a otorgar de nuevo la escritura a nombre de la actora y que la copia de la escritura de venta no sería presentada en el Registro ni a la liquidación hasta que quedaran impagadas las hipotecas.

Se celebró en 7 de diciembre de 1935 contrato de compraventa con pacto de retraer por escritura pública en el precio de 150.000 pesetas, con plazo hasta el 15 de agosto del año siguiente, durante el cual la deudora conservaría la posesión y el deudor retenía 25.000 pesetas para satisfacer una deuda por cuenta de la primera, intereses, gastos y costas de un procedimiento judicial pendiente para su cobro; 10.000 por subrogación en obligaciones contraídas por dicha señora, otras 10.000 para gastos de cancelación de las dos hipotecas y del resto del precio la actora hubo de confesar recibidas 106.400 cuando sólo recibió 4.600 pesetas.

Llegado el vencimiento, se le ofreció la prórroga por un año, abonándole el 8 por 100 sobre las 150.000 pesetas, y una vez aceptado fué preciso garantizarle los intereses con hipoteca sobre bienes de una hija de la deudora, ya que habiéndolos exigido por adelantado había sido imposible satisfacerlos. Al nuevo vencimiento obtuvieron del acreedor un documento autógrafa en el que ofrecía la prórroga de un año más si la hija pagaba voluntariamente los intereses adeudados, pero que si fuese preciso llegar al procedimiento judicial, tomaría posesión del cortijo en 1.^o de septiembre, lo que efectivamente efectuó. Manifestaba también que al serle ofrecidas las 150.000 pesetas en el año 1941 no fueron aceptadas, e invocando los fundamentos de derecho que creía la amparaban solicitaba sentencia declaratoria de la nulidad de los contratos y cancelación de las inscripciones, sin otra obligación que la de devolver las cantidades recibidas.

Contestó el demandado manifestando haber abonado por cuenta de la demandante cantidades equivalentes a las que figuraban en las liquidaciones, señalaba la existencia de mejoras y defendía la validez de los contratos, suplicando sentencia absolutoria con imposición de costas a la demandante.

Reproducidos los hechos y alegaciones en réplica y dúplica y practicada la prueba propuesta, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que por virtud de la declaración de nulidad que razona y absolviéndole en otros extremos, condena al demandado a que, previo el recibo de 269.125 pesetas de la demandante, entregue a ésta el cortijo de P, mandando se cancelen cuantas inscripciones registrales se hayan causado.

Apelada la sentencia, fué revocada por la Audiencia, que declaró nulos por usurarios los contratos de préstamo, condenando al demandado a que restituya la finca, con la obligación por parte de la actora de devolver a

aguel 109.600 pesetas recibidas y 40.000 que importan las mejoras, mandando la cancelación de las inscripciones.

El demandado formalizó recurso de casación por infracción de ley, basándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Primeramente. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por aplicación errónea de la Ley de 23 de julio de 1908, en sus artículos 1.º, 2.º y 3.º, por cuanto se declara nulo un contrato sin hacer declaración de las recíprocas obligaciones y encontrándose extinguido.

Segundo. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; indebida y errónea aplicación de la Ley mencionada en el motivo anterior por haber estimado como contrato de préstamo un contrato de compraventa, siendo anulado el primero sin encontrarse la prestataria en los casos señalados por la Ley; infracción de los artículos 1.156, 1.218, 1.232 y 1.740 del C. c. y las sentencias de 4 y 24 de octubre 1911, 12 febrero 1912, 19 abril 1913, 22 enero y 20 marzo 1931, al considerar el préstamo usurario, y las de 9 mayo y 10 noviembre 1902 y 17 junio 1908, al negar el fallo recurrido la entrega a la deudora de las 11.000 pesetas, que ésta hace figurar como prima, e infracción del artículo 550 de la Ley procesal y sentencias de 20 octubre 1876, 21 septiembre 1886, 13 noviembre 1887, 30 octubre 1911 y autos de 11 enero 1890 y 4 y 16 junio 1915; infracción del artículo 1.156 del C. c. al aplicar la ley de usura a un contrato extinguido en contra del sentido de los artículos 3.º y 4.º de dicha Ley y de las sentencias de 12 junio 1918, 14 y 23 julio 1928 y 22 de noviembre del mismo año.

Tercero. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; infracción de los artículos 1.254, 1.255, 1.274 y 1.445 del C. c. al calificar de préstamo usurario el contrato de compraventa con pacto de retro, sentencia de 15 enero 1904 y artículo 1.º de la Ley de 1908 y sentencia de 25 mayo 1944, siendo preciso aceptar, a tenor de la misma y en relación con el artículo 1.277 del C. c., que el contrato fué eficaz, ya que son admitidos los negocios disimulados, o sean, los actos jurídicos válidos y lícitos, encubiertos con contratos aparentes, siempre que concurra el consentimiento, el objeto y la causa verdadera y lícita que las partes hubieran querido ocultar según sentencias 14 enero 1901, 3 marzo y 12 abril 1932; infracción de los artículos 1.218 y 1.232 de la Ley civil al no estimar como justificado el contenido del documento público según sentencias 9 mayo y 10 noviembre 1902 y 17 junio 1908.

CONSIDERANDOS.—Primeramente. Que de acuerdo ambas partes en la existencia de un contrato de préstamo celebrado mediante escritura pública de 3 de diciembre de 1934, por plazo de un año, con interés de 8 por 100, con garantía de hipoteca sobre la finca de la actora y por cantidad de 71.000 pesetas, de las cuales recibió la prestataria, hoy demandante, 20.000 en presencia del Notario autorizante y retuvo el prestamista demandado 40.000 para pago de responsabilidades contraídas por dicha actora, surge la discrepancia en cuanto a las restantes 11.000 pesetas que en la escritura se dice haber sido recibidas con anterioridad por la actora, la cual niega la realidad de tal entrega, que es afirmada por el demandado.

Segundo. Que en cuanto a este extremo, resulta de la prueba practicada que el actor en confesión judicial reconoció ser cierto que con anterioridad al mencionado préstamo no había tenido ninguna relación de dinero con la actora y que nunca le había prestado nada antes de que se formalizase la hipoteca de diciembre de 1934, lo que revela que la entrega de las referidas 11.000 pesetas no ha tenido realidad, y sobre todo induce forzosamente a formar la convicción en tal sentido la manera cómo

se expresa el demandado al contestar a la posición once de su confesión judicial, en la que requerido para explicar dónde y cuándo dió dicha cantidad, en presencia de quién y con qué causa, contesta no recordar ante quién ni cuándo, aunque cree que las once mil pesetas u otras cantidades aproximadas sean de deudas contraídas por la actora, señora Egea, a cuyo pago quedó obligado el dicente, y por consiguiente tuvo que pagar, como lo hizo, contestación evasiva que, aparte del supuesto poco verosímil de haber pagado sin saber a quién, puede apreciarse racionalmente como prueba de lo que se niega, porque no se explica que de haber tenido realidad la alegada entrega estuviera el que dice haberla hecho en tal ignorancia o padeciera tal amnesia que no pudiera indicar, ni siquiera con vaguedad o aproximación, ninguna circunstancia que de algún modo concretara su afirmación, por todo lo cual es innecesario entrar a examinar la prueba testifical, en la que en modo alguno se prueba lo que el demandado sostiene, y, en cambio, hay declaraciones de varios testigos que le son francamente contrarias.

Tercero. Que frente a lo expuesto carece de fuerza probatoria el hecho de que la actora, al absolver posiciones, haya confesado ser cierto cuanto consta en la repetida escritura, porque la pregunta que se le hizo no se refiere concreta y determinadamente al extremo que ahora se discute, sino que se hace de una manera general o global, en forma que daba ocasión a que la confesante no se diera cuenta en el acto de todo su alcance, y porque es obvio que en las escrituras públicas consta que los comparecientes hicieron ante el fedatario determinadas declaraciones, pero no consta la veracidad del contenido de ellas, que es lo que en este caso se discute, pues de esto el funcionario público no puede dar fe por no haber ocurrido en su presencia, distinción de particular importancia en materia de préstamos calificados de usurarios, en los que el juzgador no debe atenerse a las formas correctas y aparentemente legales con las que frecuentemente se encubre una realidad distinta de la que se declara.

Cuarto. Que en consecuencia de lo dicho y teniendo además en cuenta que en casos como el presente los Tribunales han de resolver formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, según prescribe el artículo 2.º de la Ley de 23 de julio de 1908, procede declarar que en el referido contrato de préstamo de 3 de diciembre de 1934 se ha supuesto recibida mayor cantidad de la verdaderamente entregada, y esto basta, cualesquiera que sean la entidad y circunstancias del caso, para declarar su nulidad con arreglo a lo que dispone el párrafo segundo del artículo 1.º de la Ley mencionada.

Quinto. Que el contrato llamado de compraventa con pacto de retro celebrado por los mismos litigantes por escritura de 7 de diciembre de 1935 y cuya declaración de nulidad se pide también en la demanda tuvo su origen y raíz en el anterior que queda examinado, cuyo crédito con sus intereses constituye una de las partidas que integran el importe de la nueva operación, como aprecia la Sala sentenciadora y consta por la contestación afirmativa del demandado a la posición catorce de su confesión judicial, y, por tanto, si el primer contrato adolece de haberse

hecho figurar en él una cantidad no entregada, al pasar esta cantidad con sus intereses a la segunda operación, la viola del mismo modo y ofrece la misma razón para declarar su nulidad, aparte de que consta también por la misma confesión judicial que por las 150.000 pesetas de la segunda operación se cobraron intereses que fueron garantidos con hipoteca sobre bienes de doña Mariana Gutiérrez, hija de la actora.

Sexto. Que en el contrato de 7 de diciembre de 1935, que aparece en forma de compraventa con pacto de retro, concurren circunstancias que no son las usuales y características del contrato de compraventa, ya que el vendedor renunció a la posesión y administración de la finca vendida, que fué la misma antes hipotecada, debiendo entrar en tal posesión sólo en el caso de no ser utilizado el derecho de retracto en el plazo fijado, y, por otra parte, se cobraron intereses por el precio que el vendedor decía recibir y hacer suyo sin pagar interés ninguno, puesto que no se pactó plazo para la entrega de dicho precio, resultando que ni se entregó la cosa vendida ni tampoco la totalidad del precio, según queda dicho, lo que unido al enlace y dependencia en que se encuentra el segundo contrato con respecto al primero del que es una continuación o transformación con mayor garantía, sin que a ello puedan oponerse los artículos 3.º y 4.º de la Ley de usura alegados por el recurrente y que nada dicen en contrario, ofrece motivos para apreciar que se trata de un contrato simulado en el que en realidad predomina el carácter de préstamo sobre el de compraventa y al que es aplicable también lo dispuesto en el citado párrafo segundo de la referida Ley, y aunque así no fuera se habría incurrido en el caso previsto por el artículo 9.º de la misma citado en los fundamentos de derecho de la demanda, y según el cual ha de aplicarse lo dispuesto sobre contratos usurarios a toda operación equivalente sustancialmente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sean la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido, habiendo declarado esta Sala (sentencias de 26 de octubre de 1912 y 25 de octubre de 1924) que pueden declarar los Tribunales usurario el contrato de venta a carta de gracia si, a su juicio, es un verdadero préstamo.

Séptimo. Que el recurso alega en su primer motivo infracción de los artículos 1.º, 2.º y 3.º de la repetida Ley por no hacerse en el fallo recurrido declaración acerca de las obligaciones a que se refiere dicho artículo 3.º, alegación inconcreta y además inexacta, como se ve por la simple lectura de dicho fallo que, por otra parte, había de referirse a la nulidad del primer contrato, y en cuanto a las demás alegaciones del recurso, quedan resueltas y desvirtuadas en las consideraciones precedentes.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 FEBRERO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—excepción a la prórroga: por necesidad del propietario¹.

1. No contienen los considerandos de la sentencia doctrina que pueda generalizarse.

SENTENCIA 9 FEBRERO 1948

Mercantil—letra de cambio—acción de descuento: prescripción.

La acción derivada inmediata y directamente de la operación de descuento realizada con la letra no está comprendida en el plazo de prescripción del artículo 950 del C. de c., ya se configure aquél como compraventa, préstamo o cesión de crédito, porque esta acción de descuento no es cambiaria ni por vía directa ni por vía regresiva ni con relación a ella tendría justificación la brevedad del plazo prescriptivo que, por exigencias de la seguridad del tráfico mercantil, preside con enérgico trato la formación y la circulación de la letra de cambio.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error de derecho.

La fijación del sentido jurídico de una carta, apreciando en ella un explícito reconocimiento de deuda, no puede constituir un error de derecho, sino que, en su caso, supondría un error de interpretación de la voluntad declarada en la carta, denunciabile por el número 1.º del artículo 1.692 L. E. C.

Procesal—resoluciones judiciales—sentencias: incongruencia.

La incongruencia se produce si no se presta acatamiento a los hechos alegados y a las pretensiones deducidas que constituyen el soporte o fundamento de lo que se pide y de la causa o razón de pedir, importando poco a estos efectos la calificación jurídica que se dé a la acción en la demanda, ya que el nombre no altera la naturaleza jurídica, y los Tribunales, en la esfera del Derecho, actúan aplicando la norma que juzguen procedente.

Procesal—casación—motivos—desestimación: cuándo el fallo ha de mantenerse por otras causas.

Según reiteradas declaraciones de la Sala, debe desestimarse el recurso cuando el fallo de la sentencia recurrida se apoya en varios fundamentos jurídicos si alguno de ellos queda firme y es jurídicamente suficiente para justificarle.

ANTECEDENTES.—La Sociedad "Hijos de Saturnino Ulargui" demandó a los herederos de D. Pedro de la Torre Fernández en reclamación de 120.000 pesetas, alegando haber librado dicho señor una letra de cambio a cargo de la entidad "Torre e Hijo, S. A.", de Santander, y a la orden de la Sociedad demandante; que dicha letra fué descontada en la casa de Banca de la Sociedad actora y que fué endosada por ésta a la sucursal de Logroño del Banco de España, a la que tuvo que entregar el importe de la cambial al ser ésta impugnada y protestada por el Notario de Logroño, quedando como tenedora legítima y titular del crédito; que el deudor explicó que no había sido satisfecha por encontrarse la entidad librada y aceptante en suspensión de pagos desde unos días antes del vencimiento,

y, reconociendo la deuda, prometió saldarla, promesa que quedó incumplida, y lo que motivó demanda ejecutiva contra el librador, que formuló oposición y motivó la declaración de nulidad del juicio por ineficacia del protesto; que la demandante solicitó su inclusión en la lista de acreedores de la Sociedad suspensa y no le fué concedido por tratarse de un crédito litigioso; que si bien la letra carece de fuerza cambiaria ejecutiva, representa un crédito del tenedor frente al librador nacido por la entrega del efectivo importe de la letra no reintegrada, por lo que solicitaba sentencia consonante con lo expuesto.

Se opusieron los demandados alegando prescripción de la letra de cambio y de la cantidad reclamada, al amparo del artículo 950 del Código de comercio, solicitando el reconocimiento de esta excepción.

Insistieron ambas partes, en réplica y dúplica, en sus respectivas posiciones, y el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia absolutoria reconociendo la prescripción solicitada, fallo que fué revocado por la Audiencia de Burgos.

El demandado formalizó recurso de casación por infracción de ley, basándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Primeramente. Números 1.º y 2.º del artículo 1.692 de la L. E. C., incongruencia en el fallo, violando el artículo 359 de dicha ley, ya que la sentencia debió de limitarse a resolver si existía o no el enriquecimiento torticero alegado y si esta acción estaba o no prescrita y no resolver sobre la base de una acción nacida del contrato de préstamo, cuya existencia ni se alegó por el demandante ni se discutió en la litis.

Segundo. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; violación de los artículos 459, 460, 515, 517 y 527 del Código de comercio en relación con el 521 y 550 del mismo Código, al desconocer la sentencia que las letras perjudicadas, por no haber sido levantado el protesto en tiempo y forma oportunos—caso de autos—, dan lugar a una acción ordinaria no ejecutiva, pero acción cambiaria derivada de la letra y no del negocio causal que originó la emisión de este documento, el artículo 459 del Código de comercio quiere que el librador responda civilmente (y aquí el término civil tiene que ser entendido en el sentido de que esa responsabilidad pueda ser exigida por la vía civil ordinaria, es decir, por la vía declarativa) de las resultas de la letra a todas las personas que la vayan sucesivamente adquiriendo y cediendo, responde, pues, el librador de las consecuencias o resultado de la letra, no de las consecuencias del contrato que la haya originado, y el tenedor de la letra objeto de la litis tenía contra el librador una acción ordinaria, o, si se prefiere, una acción civil derivada de la letra y la ejercitó en el pleito, pero cuando estaba prescrita, por tratarse de una acción cambiaria de enriquecimiento injusto; es más, puede discutirse si se trata o no de una acción cambiaria, pero, en todo caso, es una acción derivada de la cambiaria, y el artículo 950 del Código de comercio no habla de acción cambiaria, sino "procedente" de letra de cambio, fijando la extinción a los tres años, "háyase o no protestado".

Tercero. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; violación de los artículos 1.640 (sic) y 1.964 del Código civil en relación con los artículos 311, 312 y 943 del de Comercio, al afirmar la sentencia recurrida que en el caso de autos se ejercita una acción derivada de un contrato de préstamo contenido en el documento de la letra. Si el demandante hubiese fundado en este contrato su acción, la parte recurrente se hubiera opuesto demostrando su inexistencia, pero es erróneo suponer que el Banco que descontó la letra prestó dinero, cuando en realidad lo que hizo fué entregar una cantidad de dinero a cambio del derecho de crédito incorporado a la letra.

Cuarto. Número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; error de hecho

en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico al no considerar que la carta de reconocimiento lo es de la obligación cambiaria, cuando, precisamente, está escrita después de estar la letra impagada y refiriéndose a ella.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que para el debido planteamiento de los temas que suscita el recurso conviene, ante todo, destacar los siguientes hechos procesales, tal como son admitidos por los litigantes y substancialmente acogidos en la sentencia recurrida; primero, el causante de los demandados libró una letra de cambio a cargo de un tercero, que la aceptó, y a la orden de la entidad demandante; segundo, al siguiente día el propio librador entregó la letra a la entidad tomadora mediante una operación de descuento, por virtud de la cual recibió aquél el importe de la cambial deducidos intereses y gastos de la operación; tercero, cuatro días antes del vencimiento de la letra el librado y captante suspendió pagos; cuarto, al vencimiento no fué pagada la letra, y a su tiempo fué protestada por falta de pago, pero la diligencia de protesto se efectuó en lugar distinto de aquel en que estaba domiciliada la letra y por este motivo se declaró la nulidad del juicio ejecutivo que instó el tomador contra el librador; quinto, este no ha hecho provisión de fondos al librador; sexto, en los años 1941 y 1942, ya fallecido el librador, la entidad ahora demandante llamó a conciliación, primero a sus hijos y herederos y después a uno solo de éstos, sobre pago del importe cambial, sin que los llamados compareciesen; séptimo, la demanda originaria de estos autos de mayor cuantía ha sido formulada el 17 de agosto de 1943, y entre esta fecha y la del vencimiento de la letra y la de declaración de nulidad del juicio ejecutivo han mediado más de tres años.

Segundo. Que uno de los fundamentos jurídicos en que se apoya el fallo condenatorio y recurrido lo extrae la Sala sentenciadora de una carta del padre de los demandados escrita cuatro días después del vencimiento e impago de la letra que, a juicio de la Sala, demuestra la existencia en favor de la actora de un crédito independiente de la letra de cambio, porque contiene "un explícito reconocimiento, no de las obligaciones nacidas de la letra—a la sazón vencida, impagada e ineficazmente protestada—, sino de la deuda en sí, es decir de la obligación derivada de la entrega de la cantidad—se refiere a la operación de descuento—que había que restituir, y frente a esta posición de la sentencia recurrida se alza el cuarto motivo del recurso al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, alegando error de hecho en la apreciación de la prueba, puesto en evidencia, según parecer del recurrente, por los términos de la propia carta, en la que no hay el reconocimiento de deuda que en ella ha visto el Tribunal "a quo"; pero bien se advierte que el motivo así formulado no puede prosperar, porque el juzgador de instancia no desconoce, ni por lo mismo contradice, los términos literales de la declaración de voluntad que la carta contiene, sino que fija su sentido jurídico apreciando en ellos un explícito reconocimiento de deuda, lo que no constituye error de hecho, sino que en su caso supondría un error de interpretación de la voluntad declarada en la carta, denuncia-

ble por el cauce del número 1.º del citado precepto de la Ley procesal, y, aún prescindiendo de este aspecto, el motivo tampoco podría ser estimado, porque los términos de la carta son tan claramente expresivos que no dejan lugar a duda en punto a la intención de reconocer la deuda, reconocimiento explícitamente contenido en todo su texto y singularmente en el pasaje en que el autor de la carta anuncia a la demandante que espera la llegada de los hijos, añadiendo "subiremos y solventaremos".

Tercero. Que el vicio de incongruencia acusado en el primer motivo del recurso tampoco puede prosperar; primero, porque la incongruencia se produce si no se presta acatamiento a los hechos alegados y a las pretensiones deducidas que constituyen el soporte o fundamento de lo que se pide y de la causa o razón de pedir, importando poco a estos efectos la calificación jurídica que se dé a la acción de la demanda, ya que el nombre no altera la naturaleza propia de la acción, y los Tribunales, en la esfera del derecho, actúan aplicando la norma que juzguen procedente; segundo, porque en la sentencia recurrida se respeta y son examinados los mismos hechos que han sido alegados en la demanda—letra de cambio, operación de descuento y actos de reconocimiento de deuda—, y en cuanto a la pretensión formulada en la súplica se aprecia concordancia absoluta, no ya sólo sustancial, sino hasta literal, entre lo pedido y lo concedido, y tercero, porque si en la demanda se califica de enriquecimiento injusto la acción ejercitada y en sus fundamentos jurídicos se citan preceptos reguladores de la letra, se alude también en los mismos fundamentos a la obligación de devolver lo recibido mediante el descuento de la letra, según se reconoce en los antecedentes expuestos en el escrito de formalización del recurso, y la Sala sentenciadora no se desentiende totalmente de la acción derivada del enriquecimiento, sino que lo que estima es que más bien se está en presencia de una acción derivada del préstamo que va aneja a la operación de descuento.

Cuarto. Que esta posición de la Sala no supone mutación de la acción utilizada, ni siquiera de la "causa petendi", pues lo que ocurre es que el problema litigioso ofrece en su aspecto jurídico diferentes facetas según se contemple desde el punto de vista de la letra impagada y perjudicada, que puede dar nacimiento a una acción restitutoria contra el librador que no ha hecho provisión de fondos, ni se aviene al reembolso de la letra, reteniendo indebidamente la atribución patrimonial o suma recibida, con lo que se enriqueció—"conditio causa data causa non secuta"—, o según se enjuicie desde el punto de vista de la relación causal del descuento similar y a veces disfraz del préstamo, y es obvio que tanto en uno como en otro aspecto se puede actuar dentro de la esfera de la acción ejercitada en el litigio según los hechos discutidos y peticiones formuladas, porque no se altera la finalidad restitutoria perseguida y determinante de la naturaleza de la acción entablada.

Quinto. Que en los restantes motivos, segundo y tercero, se plantea el problema jurídico de fondo debatido en estos autos, y van encaminados a demostrar que la acción ejercitada se funda exclusivamente en la letra de cambio y, por aplicación del artículo 950 del Código de Comercio, ha

precrito; mas si bien son sugestivos y de solución no uniforme en la doctrina científica los temas que el recurrente suscita, en torno a si la acción de restitución o reembolso, que dimana de la letra perjudicada por nulidad del protesto y va dirigida por vía de regreso contra el librador que no ha hecho provisión de fondos, es cambiaria o extracambiaria y está o no regida por la norma prescriptiva del artículo 950, será preferible examinar los temas propuestos en los propios términos de hecho y de derecho que resultan del litigio, un tanto descentrados en el recurso, y afirmar que no se trata de acción exclusivamente fundada en la cambial, como propugna el recurrente, ya que si en la demanda entra en juego la letra es sólo como antecedente de la operación de descuento mediante la cual el padre de los demandados percibió el importe de la letra, deducidos intereses y gastos, con la obligación de restituir, implícita en esta clase de operaciones, por equidad, por uso comercial notorio y por derivación del artículo 1.170 del Código civil, si el librado y aceptante no paga; y en dicha operación de descuento, representativa de un crédito sustantivo, aunque aparezca ligada a la letra, radica fundamentalmente la razón de que se pida "accipiens" la devolución de la suma anticipada, por lo que el problema de la prescripción habrá de ser examinado y decidido sobre la base de que la acción utilizada en estos autos dimana realmente de la operación de descuento que es el concepto por el que se produjo el desplazamiento patrimonial en favor del padre de los demandados, y si se quiere podría admitirse que la acción descansa en una letra de cambio engarzada en la operación de descuento que sirve de base a la reclamación formulada.

Sexto. Que en el primero de estos aspectos es indudable que la acción no está comprendida en el artículo 950 del Código mercantil, que alude estrictamente a las acciones cambiarias o procedentes de letras de cambio, ya se trate de la acción ejecutiva, que es la genuinamente cambiaria y la que imprime a la letra el rango de documento privilegiado por lo que refuerza y acrece la garantía del crédito a ella incorporado, ya se trate de la acción cambiaria utilizable por vía ordinaria si no media protesto eficaz, entre otros casos; pero evidentemente no cabe encuadrar en aquel precepto la acción derivada inmediata y directamente de la operación de descuento realizada con la letra, porque esta acción, ya se configure el descuento como compraventa, préstamo o cesión de crédito, no es cambiaria ni por vía directa ni por las vías regresivas a que se refieren los artículos 459, 460, 515 y 525 del Código de Comercio, que en el recurso se citan como infringidos, ni con relación a ella tendría justificación la brevedad del plazo prescriptivo que, por exigencias de la seguridad del tráfico mercantil, preside con enérgico trato la formación y la circulación de la letra de cambio.

Séptimo. Que tampoco en el segundo aspecto es de aplicación el artículo 950, porque si se entiende que la letra de cambio aparece ligada a una operación de descuento, básica en la petición entablada, se estaría en presencia de una relación jurídica compleja que desbordaría el ámbito de aquel precepto legal, ya que si toda obligación cambiaria nace siempre

de una relación causal antecedente entre los que intervienen en su formación, y esta relación causal sobrevive a letra perjudicada, habrá que remontarse en el caso litigioso, no precisamente al pacto originario de la letra, que no se ha hecho visible en el litigio, sino a la relación causal del descuento que, aún considerado en el caso de autos negocio mercantil atípico o por analogía conforme al artículo 2.º del Código de Comercio, no es expresivo de un contrato de cambio ni, por lo tanto, ofrece base para una acción cambiaria.

Octavo. En consecuencia, que por no tener encaje la acción ejercitada en el citado artículo 950, habrá que acudir, por mandato de los artículos 943 y 50, a la legislación común para investigar y aplicar la norma prescriptiva procedente, y no hay otra que la del artículo 1.964 del Código civil, acertadamente aplicada en la sentencia recurrida al caso litigioso en que se ejercita una acción personal que no tiene señalado término especial de prescripción.

Noveno. A mayor abundamiento para la desestimación del recurso, que el fallo recurrido se apoya en varios fundamentos jurídicos, uno de los cuales versa sobre el reconocimiento por el deudor de la deuda que ahora se reclama, con la consiguiente promesa formal de pago, y como este fundamento queda firme en casación al ser desestimado el cuarto motivo del recurso, y es jurídicamente suficiente para justificar el fallo dictado, se impondría en todo caso mantenerlo, de acuerdo con reiteradas declaraciones de esta Sala.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 FEBRERO 1948

Procesal—recurso de revisión—maquinación fraudulenta—computación del plazo para interponer recurso.

No es el momento en que el recurrente en revisión se provee de un medio probatorio, sino el en que adquiere conocimiento del mismo o descubre el fraude, al que hay que atenderse para el cómputo del plazo de interposición del recurso.

SENTENCIA 13 FEBRERO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria—quebrantamiento de forma—vigencia de las Bases 9.ª y 10.ª de la Ley de 19-jul.-1944, puestas en vigor por Orden de 27-sept.-1945.

Presentada la demanda de desahucio, relativa a local de negocio, el 26-jun.-1946, es correcta su tramitación conforme al artículo 14 del Decreto de 29-dic.-1931, pues así se da cumplimiento a las Bases 9.ª y 10.ª de la Ley de 19-jul.-1944, puestas en vigor por la Orden de 27-sept.-1945, desde el 1.º de octubre siguiente.

Procesal—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias: requerimientos formulados—inefectividad de requerimientos anteriores a la vigencia de la Ley especial.

La disposición transitoria 15.^a sólo comprende los requerimientos que no hayan dado lugar todavía a contienda judicial, no siendo aplicable a casos ya sometidos a los Tribunales, pues otra cosa implicaría la anulación de todos los procedimientos incoados al amparo de la legislación anterior, en que se exigiera un requerimiento para negar la prórroga del arriendo.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria—infracción de ley antes de su vigencia.

No estando todavía en vigor la Ley especial, no pueden invocarse como infringidos preceptos de la misma, cuya vigencia fué posterior a la fecha de la sentencia recurrida.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba.

Para que tal error exista es necesario que sea manifiesto, es decir, que exista una notoria y absoluta contradicción entre el resultado de la prueba declarado en la sentencia y el ofrecido por las pruebas documental o pericial que obren en autos.

Los artículos periodísticos que atribuyen determinadas manifestaciones a un litigante, la autenticidad de las cuales no ha sido acreditada, no tienen valor ni eficacia probatoria.

SENTENCIA 16 FEBRERO 1948

Civil—precario².

SENTENCIA 16 FEBRERO 1948²

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada: traspaso.

La posibilidad de negarse el dueño del inmueble arrendado al traspaso de éste, admitida por el art. 9.º del D. de 21 de enero de 1936, se refiere al caso a) de dicho artículo, es decir, a aquel que el derecho del arrendatario al traspaso nazca de haber pagado cantidades por traspaso consentido, al comenzar a ejercer su actividad en el local arrendado; pero no al

1. El único considerando de la sentencia no contiene doctrina.

2. No publicamos antecedentes, motivos ni considerandos porque la cuestión que se plantea y resuelve aparece claramente recogida en el primer considerando de la sentencia, que aparece transcrito literalmente en la última parte del texto.

caso de que el origen de ese derecho sea el consentimiento expreso del dueño de la finca, supuesto en el cual, ante la imposibilidad legal de contradecir al dueño su propio consentimiento, previa y expresamente otorgado, es notoriamente innecesario el anuncio de la intención de traspasar, cuyo supuesto anticipado implica tal otorgamiento.

SENTENCIA 17 FEBRERO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias: requerimientos.

Es de aplicación la disposición transitoria 15 de la L. A. U. a los requerimientos a que se refiere, siempre que no hubieran surtido los efectos que le son propios como requisito inexcusable para el ejercicio de la acción correspondiente, porque, en otro caso, incorporados como cualquier otra actuación a un procedimiento en curso, quedan sometidos a la disposición transitoria 16.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria—error en la aplicación de la prueba.

Para combatir en recurso de injusticia notoria la afirmación de la sentencia de insuficiencia del local que ocupa el actor, que en virtud de esta causa pretende oponerse a la prórroga de un contrato de arrendamiento sobre otro del que es propietario y cuya necesidad alega, es preciso ampararse en la causa 4.^a del artículo 169 y acreditar el error en la apreciación de la prueba por la documental o pericial obrante en autos, alegando además la infracción de los artículos 76 y 77 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

SENTENCIA 18 FEBRERO 1948

Mercantil—sociedades—disolución: de las de duración indefinida.

La petición de disolución por un socio de una sociedad constituida por tiempo indefinido no produce la disolución, sino que es necesario la conformidad de todos los interesados o la correspondiente resolución judicial.

Mercantil—sociedades—de responsabilidad limitada: asimilación al régimen de las sociedades personalistas (colectiva y comanditaria).

Ante la falta de reglamentación específica en el Código Mercantil de la sociedad de responsabilidad limitada, se la asimila, en términos generales, al régimen de las sociedades personalistas, colectiva y comanditaria.

ANTECEDENTES.—Don Manuel Vicente Ivars demandó a sus consocios de la Sociedad limitada "La Unión", dedicada al transporte de viajeros, en súplica de que se declarase haber lugar a la disolución y liquidación de la Sociedad por haber terminado su vida legal con arreglo a la escritura de constitución que disponía que "la duración de la Sociedad será de diez años, a contar del 1.º de enero de ..., que se entenderá prorrogada por diez años más si alguno de los socios no manifiesta su voluntad en contrario mediante requerimiento que haga a los demás con tres meses de antelación por lo menos al último día del plazo de duración estipulado, prórroga que se irá produciendo sucesivamente hasta que se practique el expresado requerimiento", requisitos que manifestaba haber cumplido el actor.

Se opuso la parte demandada, alegando fundamentalmente que con posterioridad a los requerimientos el actor había realizado actos que demostraban su voluntad de que la Sociedad continuase, dejando aquéllos sin valor.

El Juzgado de Primera Instancia de Callosa de Escarriá estimó la demanda y la Audiencia de Valencia confirmó el fallo, sobre el cual la parte demandada formalizó recurso de casación por infracción de ley al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por aplicación indebida de los artículos 221 y 224 del Código civil y 113 del Código de comercio; error de hecho y derecho en la apreciación de la prueba, con infracción del artículo 1.232 del Código de Comercio y violación del principio jurídico de "que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos", al ser indudable el carácter indefinido del presente contrato de compañía; pero no bastar que una Sociedad tenga tal carácter para aplicar el artículo 224 del Código de Comercio, que solamente sería operante si la escritura de sociedad se hubiese limitado a establecer una duración indefinida o si nada se hubiese especialmente dispuesto sobre rescisión.

CONSIDERANDOS.—Cuarto. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Para acceder a la demanda de disolución formulada, se basa también decisivamente el fallo—con evidente error de hecho—en la afirmación de que de la prueba practicada (documento público, confesión judicial y testigos) no se deduce la existencia de actos posteriores realizados por el adquirente, de carácter transcendental, o realizados con el designio de error o modificar algún derecho, ni se demuestra una íntima relación de causa a efecto entre los actos ejecutados y los que posteriormente realizó o con las consecuencias de aquéllos con pleno conocimiento consentidas, y que la asistencia a juntas de accionistas para aprobar balances anuales, el percibir dieciocho mil y pico de pesetas para gastos domésticos, al retirar su propuesta de disolución en la sesión de 4 de junio de 1943, y los demás actos invocados por los demandados, carecen del aludido carácter transcendental para que de ellos pudiera deducirse el abandono o renuncia por el actor del derecho que quiso ejercitar con su requerimiento y que, por el contrario, se manifiesta siempre su firme voluntad de oponerse a la continuación de la sociedad. Tanto la supuesta inexistencia de actos propios, transcendentales, del actor, incompatibles con un estado de voluntad de tener por disuelta la sociedad desde los requerimientos efectuados en 1939, así como la afirmación de que siempre manifestó su firme voluntad de oponerse a la continuación de la so-

ciudad, con dos afirmaciones de hecho, realizadas apreciando las pruebas, cuyo evidente error aparece demostrado por las certificaciones del libro de actas, y del administrador depositario de la sociedad, que figuran en los autos, que acreditan de modo auténtico la existencia de dichos actos propios, que son: sometimiento a la junta de accionistas celebrada en Denia el 28 de septiembre de 1939, de las cuestiones planteadas en los días anteriores mediante sus requerimientos, interviniendo en la deliberación y votación del acuerdo, en que, por mayoría de votos, se decidió que continuase la sociedad, lo que constituye un acto propio, y hasta de carácter convencional, que por sí solo bastaría para demostrar el desistimiento a los efectos de la denuncia; su asistencia a las juntas generales celebradas en normal funcionamiento en los años 1941 y 1943, en las que ninguna protesta hizo porque continuase la vida de la compañía y en las que personalmente y por medio de representante intervino en deliberaciones, votándose por unanimidad acuerdos netamente convencionales, como son los de aprobación de los balances correspondiente a los ejercicios económicos de 1940, 1941 y 1942, distribución de beneficios de los socios e incluso el convenio de desistir los socios de todos los procedimientos que La Unión o contra La Unión se hubiesen planteado hasta el día 29 de enero de 1943; instancia presentada a la junta en 4 de junio de 1943, para que se acordase la liquidación y disolución de la sociedad, y retirada de dicha instancia, "sin perjuicio de si más adelante lo considerara oportuno, reproducirla", y, por último, percepción de la cantidad de dieciocho mil setecientos treinta y siete pesetas con cincuenta y cinco céntimos en los meses de junio a diciembre de 1941 con cargo a los beneficios o dividendos que le correspondieran en la sociedad.

Quinto. Error de derecho en la apreciación de la prueba. Al estimar la sentencia recurrida que los actos propios del actor que se invocaron por los demandados, enumerados en el motivo anterior, no pueden ser considerados con transcendencia jurídica, ni tenidos en cuenta para ser puestos eficazmente al mismo cuando en contradicción con ellos solicitó en el pleito que se tuviera por disuelta la sociedad, incurre asimismo el Tribunal sentenciador en el error de derecho de no conceder a las certificaciones del libro de actas y del depositario administrador, que acreditan dichos actos, todo el valor probatorio que a los documentos públicos ha de concederse conforme al artículo 1.218 del Código civil, al no tomar en consideración, con todas las consecuencias jurídicas ineludibles, los referidos actos propios del demandante, se vulnera el precepto del artículo 1.232 del Código civil, a cuyo tenor la confesión hace prueba plena contra su autor; y fué el propio demandante, al absolver posiciones en el pleito, quien reconoció la autenticidad del contenido del libro de actas, testimoniado en la certificación antes aludida, y el hecho de haber percibido las dieciocho mil setecientos treinta y siete pesetas con cincuenta y cinco céntimos que le fueron entregadas en el año de 1941 a cuenta de dividendos o beneficios que le correspondieran en la sociedad.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 18 FEBRERO 1948

Procesal—prueba: testifical.

La indagación de un hecho es lo único que se puede demandar de la aseveración de los testigos.

Procesal—prueba—confesión: a quién se puede eximir.

Solamente se puede exigir confesión judicial a los que sean litigantes, y no a los testigos no demandados nominalmente ni personados como tales en autos.

Procesal—prueba—confesión: sólo perjudica al confesante.

La confesión sólo puede perjudicar al confesante.

Procesal—prueba—admisión: después de terminado el período.

Es improcedente la admisión, terminado el período de prueba, de una certificación, cuando, no obstante su fecha, se refiera a hechos de época anterior a la demanda conocidos por la parte actora antes de proponer las pruebas en primera instancia.

ANTECEDENTES.—Don Demetrio Murillo Esteban y don Jesús Martín Raya, interpusieron demanda de interdicto de obra nueva contra la comunidad "Pino-Intermedia", de Orotava (Santa Cruz de Tenerife), sobre la construcción de una galería de alumbramiento de agua, que, a juicio de los demandantes, amenazaba con extinguir o disminuir considerablemente el caudal de otra propiedad de éstos.

Interpuso la parte demandada las excepciones de incompetencia de jurisdicción y la perentoria de falta de acción de los actores, motivando que la parte actora solicitara traslado de las indicadas excepciones, traslado que les fué negado por el Juez; oída la parte contraria, por encontrarse solamente en trámite de proposición de prueba, interponiendo la parte demandante recurso de reposición con la protesta consiguiente, como preparatoria del recurso de casación por quebrantamiento de forma, el Juez denegó el recurso solicitado.

En el pliego de posiciones presentado por los demandantes para prueba testifical, figuraba una en la que solicitaban el reconocimiento de "... que por las observaciones y estudios que el declarante ha hecho con respecto a las galerías de referencia, puede asegurar que, de proseguirse las labores de perforación, corre inminente peligro de ser mermado o cortado el caudal de aguas de las del demandante", proponiéndose para contestar a esta pregunta a diversos propietarios de la localidad y a un Ayudante de Minas. El Juez declaró impertinente esta pregunta porque en vez de referirse a hechos susceptibles de ser afirmados o negados por cualquier testigo sin conocimientos especiales, se contraía a extremos que requerían estos conocimientos, lo que constituye materia de prueba pericial, no admisible en esta clase de juicios, y sin que se formulase recurso de reposición por ninguna de las partes, terminaba el acta en la forma siguiente: "... se dió por terminada la comparecencia, de la que se extiende la presente acta, que, leída y hallada conforme, la firman su señoría y los Letrados y Procuradores concurrentes".

No conforme, pese a esta fórmula, la parte actora interpuso recurso de reposición sobre el proveído denegatorio de la admisión de prueba, alegando que, estableciendo la ley de trámite en esta clase de pleitos la confesión en juicio, documental y testifical, no prohibía que la segunda contuviese dictámenes periciales ni que en la tercera fuesen examinados testigos que reuniesen conocimientos técnicos, ya que estos conocimientos no les incapacitaban para ser testigos y prestar declaración.

Se opuso la parte contraria, alegando las disposiciones legales que regulan esta clase de juicios, señalando la improcedencia de intentar en un juicio verbal de interdicto la formalización de un recurso de reposición por escrito, máxime cuando ya se había proveído por el Juzgado en el propio juicio a otros asuntos y cuando no sólo se había dado por terminada la comparecencia, sino que se había firmado su conformidad por las partes.

Continuando el período de prueba, la parte demandada solicitó nuevo interrogatorio de los testigos que habían declarado, manifestando que, habiendo reconocido éstos ser partícipes de la comunidad demandada, más que simples testigos, ostentaban el carácter de demandados y que, por tanto, debían ser interrogados en confesión según lo preceptuado en el artículo 579 de la L. E. C., cuando así lo exigiera el contrario. Se opuso la parte contraria, alegando que no tenían el carácter de litigantes que el precepto invocado exigía, ya que ninguno estaba personado.

El Juez acordó la inspección ocular, nombrando perito y proveyendo se interesase a las partes de esta resolución, por si querían asistir acompañadas de sus defensas y peritos. Practicada la inspección, solicitó la parte demandada "se oyera" al perito nombrado por ella, a lo que se opuso la contraria, manifestando que la única intervención que los peritos de las partes podían tener en este acto era la de solicitar aclaraciones y hacer advertencias al perito designado por el Juez, por tratarse de diligencias para mejor proveer.

Terminada la prueba, el Juez dictó sentencia, y, desestimando las excepciones alegadas, declaró no haber lugar al interdicto de obra sin hacer expresa condena en costas.

Apelada dicha sentencia por los demandantes, solicitaron, con fundamento en los números 1.º y 2.º del artículo 893 de la ley procesal, confesión judicial de los demandantes, a tenor de las posiciones que a su tiempo se les formularon y que no fueron evacuadas en primera instancia, y que se uniese al pleito un informe y un plano, documentos que, por ser de fecha posterior al escrito de demanda, estaban comprendidos en el número 1.º del artículo 506 de la L. E. C.; solicitando, además, el recibimiento del pleito a prueba en la segunda instancia para practicar la testifical y la documental al amparo del artículo 862 (números 1.º y 2.º) del texto indicado, y que se oyera al perito nombrado por la apelante para la inspección ocular; todo ello prueba no admitida en primera instancia. Oída la parte contraria, la Sala denegó las peticiones de la actora, con excepción de la documental; contra esta providencia interpuso la apelante recurso de súplica, que fué igualmente denegado por la sala.

Continuado el pleito por sus trámites, la audiencia confirmó la sentencia apelada y la parte actora formalizó recurso de casación por quebrantamiento de forma, basándose en el siguiente

MOTIVO.—Denegación, tanto en primera como en segunda instancia, de las diligencias de prueba solicitadas y legalmente admisibles.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, según doctrina jurisprudencial, para que pueda prosperar el recurso de casación por quebrantamiento en la forma, que autoriza el número quinto del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es forzoso que las diligencias de prueba denegadas

sean admisibles según las leyes y que su falta produzca indefensión por ser influyente en el fallo el hecho o hechos que con ellas se intente acreditar.

Segundo. Que la declaración de impertinencia que hizo el juzgador de instancia de la pregunta señalada con el número diez en el interrogatorio formulado por el demandante para ser contestada por los testigos que se indicaban aparece correctamente hecha, porque el contenido de dicha pregunta no se concretaba a la indagación de un hecho, que es lo único que se puede demandar en la aseveración de los testigos, para ser afirmado o negado sin conocimientos especiales, sino que exigía de las "observaciones y estudios hechos por el declarante" la determinación de un acaecimiento futuro deducida de las condiciones actuales de los trabajos denunciados, y tal pregunta, por ser adecuada para someterla a un dictamen técnico, era impropia para formularla a quienes habían sido requeridos como testigos, y la denegación de esta prueba no ha debido producir en modo alguno indefensión, no sólo porque en los autos la cuestión que la pregunta comprendía aparece debidamente informada por otros medios, sino por propia manifestación de la parte hoy recurrente, que en la comparecencia de 19 de diciembre de 1945 hizo constar que, "estimando suficientemente probados los hechos sostenidos por su parte con las pruebas practicadas, renunciaba a la declaración de los testigos que faltaban por hacerlo", por lo cual y, aparte de que la reposición del acuerdo declarando impertinente la pregunta se solicitó extemporáneamente, dada la especial tramitación del juicio interdicial, vista la improcedencia de la prueba y que su denegación no ocasionó indefensión del derecho de la parte, debe desestimarse esta infracción alegada.

Tercero. Por lo que respecta a la petición de que se oyera al Ingeniero don Miguel Pintor, que como perito de la parte recurrente intervino en la diligencia de reconocimiento judicial acordada por el Juez de primera instancia, para mejor proveer antes de dictar la sentencia, hay que juzgar que fué también improcedente, dadas las circunstancias del caso, y sobre que en los autos abundan los dictámenes técnicos acerca de los puntos litigiosos, la diligencia de reconocimiento acordada por el Juzgado no podía extenderse más allá del momento en que el Juez que la había dispuesto para su mayor conocimiento, estimase hallarse suficientemente instruido con la información realizada, como así lo declaró, sin que la parte tuviera derecho en aquella situación procesal a proponer ampliación de la prueba, que era lo que significaba el que se oyera al referido técnico, no constituyendo por lo mismo quebrantamiento de las formas esenciales del juicio la denegación de aquella petición y procediendo, por tanto, desestimar la alegación de esta supuesta infracción.

Cuarto. Que igualmente debe ser rechazado el error *in procedendo* que se alega al estimar que fué mal denegada la confesión judicial pedida respecto de varios testigos que, como tales, habían ya depuesto sobre las preguntas y repreguntas que les fueron hechas; porque además de que, conforme al número primero del artículo 863 de la Ley rituaría, en relación con los 579 y 587 de la misma, solamente se puede exigir con-

fesión judicial a los que sean litigantes, y los testigos aludidos, no demandados nominalmente ni personados como tales en los autos, no tenían tal carácter, la diligencia pedida era improcedente después de haber sido examinados los testigos sobre los hechos debatidos, puesto que, conforme al artículo 594 de la Ley procesal, no podrán exigirse nuevas posiciones sobre hechos que hayan sido una vez objeto de ellas, y si había de referirse a hechos personales, no podría la confesión perjudicar más que a los confesados.

Quinto. Por último, que la unión al rollo del informe y plano que se acompañó con tal solicitud estuvo bien denegada, pues se halla acreditado que, no obstante su fecha, se refería a hechos de época anterior a la demanda conocidos por la parte actora antes de proponer las pruebas en primera instancia y, por lo tanto, era improcedente su admisión después de terminado el período de prueba, debiendo concluirse de lo expuesto que carece de fundamento la infracción acusada y procede desestimar en alegación y con ella el recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 19 FEBRERO 1948

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—incongruencia.

Solicitado por el demandante el pago de una cantidad y condenándose en la sentencia al pago de la misma y a los intereses desde el cierre de la cuenta con el Banco, se otorga más de lo pedido y se incide en la infracción de ley que previene en su número 3.º el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por no expresarse el concepto en que la ley aparece infringido.

No es estimable el recurso porque, fundado en el número 1.º de la Ley procesal, no expresa el concepto en que el recurrente supone infringidos los artículos que cita, según está exigido por el artículo 1.720 de la propia Ley.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por no constituir el precepto materia para ello.

El artículo 1.214 del Código civil, que como infringido se señala, es inoperante para la casación, según tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por no plantearse cuestiones nuevas.

Las cuestiones nuevas carecen de acceso a la casación.

ANTECEDENTES.—El Banco Hispano Americano demandó a don Agustín Díaz Suemes, en reclamación de 20.250,81 pesetas, saldo deudor de cuenta corriente como consecuencia de un crédito incobrable con destino a una operación mercantil. El señor Díaz Suemes formuló recurso de casación por infracción de ley en base de cinco motivos, dando lugar a él exclusivamente por el primero. Los considerandos de la sentencia no contienen doctrina de interés distinta a la que ha quedado resumida, por cuya razón no se incluyen.

SENTENCIA 20 FEBRERO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia notoria: necesidad de citar el precepto o doctrina infringidas y la causa de la supuesta injusticia.

En el recurso de revisión por injusticia notoria de la Ley de Arrendamientos Urbanos es necesario citar el precepto o doctrina legal infringidos y la causa de la supuesta injusticia.

SENTENCIA 21 FEBRERO 1948

Procesal—prueba—pericial: materia propia de esta prueba.

No es materia propia de la prueba de peritos, conforme al artículo 610 de la Ley de E. C., el enjuiciar sobre si las instalaciones, condiciones y capacidad de un taller se ajustan o no a los Reglamentos correspondientes.

ANTECEDENTES.—Don Jerónimo González Blanco demandó el 27 de diciembre de 1946 a D. Isidoro Gallo Santiago para que dejara libre la planta baja que le tenía arrendada para la guarda de carros, enseres, caballerías, etc., por ser insuficientes los locales que el actor ocupaba para su negocio de grabado de vidrio. El demandado se opuso por no encontrarse el Sr. González Blanco en el caso del artículo 5.º del D. de 21 de enero de 1936 y no serle necesario el local.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid, en 23 de marzo de 1946, dictó sentencia declarando no haber lugar al desahucio, interponiéndose recurso de revisión por injusticia notoria por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: infracción por interpretación errónea del apartado primero del artículo 76 de dicha Ley, en relación con la circunstancia 10 del artículo 149.

Segundo. Causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: error en la apreciación de la prueba resultante de la pericial que obra en autos, según la cual los locales que ocupa el actor no reúnen las condiciones prescritas en el Reglamento de Higiene y Seguridad en el Trabajo de 31 de enero de 1940.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la prueba pericial, mediante la que se pretende demostrar el error imputado a la sentencia recurrida como

motivo del recurso, excediéndose de la apreciación de los hechos sobre los que se había propuesto, enjuicia sobre si las instalaciones, condiciones y capacidad del taller del demandante se ajustan o no a las prescritas por los reglamentos correspondientes, lo que no es materia propia de tal prueba, que sólo puede emplearse, según el artículo 610 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para conocer o apreciar científica, artística o prácticamente algún hecho.

Segundo. Que de ese informe pericial, en cuanto se ajusta al fin para que fué propuesto, resulta: falta de espacio libre en dos locales, según se dice bajo el epígrafe "Superficie libre de pavimento", cuando bajo el de "Renovación del aire" se habla de cuatro locales y en el plano figuran cinco; que la falta de superficie es debida a que "por todo el local hay esparcidos cajones de embalaje y objetos diversos"; que en el tercer local no hay ventilación alguna, pero a continuación afirma que hay en él tres ventanas que "no se abren nunca"; que la iluminación artificial es escasa y mal instalada; que, por lo menos en parte, la suciedad que se observa podría evitarse ordenando "los materiales y objetos amontonados sin orden ni concierto" y poniendo mejor voluntad para la limpieza, y que el retrete que falta puede instalarse en otro de los locales.

Tercero. Que ni esas deficiencias subsanables y sólo imputables en su subsistencia al demandante, ni la proximidad de unas máquinas a otras, que en los autos no consta haya producido imposibilidad ni dificultad práctica ni legal para el funcionamiento del taller, abonan la necesidad en que el actor funda su petición de desahucio, ni demuestran, por lo tanto, error alguno en la sentencia recurrida al apreciar la prueba pericial examinada, que resulta improcedente el recurso por su segundo motivo.

Cuarto. Que la aplicación de los preceptos que exceptúan de prórroga obligatoria el arrendamiento por necesidad del propietario supone la demostración de esa necesidad que, según se ha dicho, falta en el caso de autos, por lo que tampoco procede el recurso por su primer motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 FEBRERO 1948

Civil—obligaciones—mora—pago de intereses: cuando el importe de la cantidad reclamada no es líquido.

Según reiterada jurisprudencia, cuando la cantidad reclamada es ilíquida y ha de fijarse su importe en ejecución de sentencia, no se deben intereses mientras dicho importe no llegue a quedar determinado.

Procesal—casación—motivos: alteración de las cuestiones planteadas en instancia.

No puede prosperar, según reiterada jurisprudencia, el recurso de

casación en cuya motivación se alteran sustancialmente las cuestiones planteadas en instancia.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: abuso en el ejercicio de la jurisdicción.

El abuso o exceso de jurisdicción a que se refiere el número 6.º del artículo 1.692 de la L. E. C. ha de ser por razón de la materia sometida al Tribunal y resuelta por éste.

ANTECEDENTES.—La "Asociación Reguladora de la Producción y Venta de Papel, S. A.", de San Sebastián, demandó a "San José Belauntzalzola, S. A." (luego "Papelera San José, S. A.") para el cumplimiento de un contrato efectuado en julio de 1936, en que, pretextando la demanda la momentánea anomalía producida por la guerra y el hecho de que las oficinas centrales de la demandante se encontraban en Madrid, rompió toda clase de relaciones con esta entidad en cuanto al cumplimiento de restricciones y a las facultades inspectoras que la asociación se reservaba, en contraprestación a los señalados beneficios que para los asociados representaba, fabricó con exceso sobre el límite que tenía fijado, sin abonar las derramas que en concepto de cuotas sociales distributivas giraba la Asociación.

La entidad demandada se opuso a las anteriores pretensiones, alegando que el motivo de no haber cumplido el contrato era la rescisión de éste por la contradicción existente entre los fines de la entidad demandante y los asignados a los organismos públicos creados para la ordenación del negocio papelerero. Señalaba extremos de la pugna existente entre ambas Sociedades y de la posición de cada una frente a los problemas de la economía nacional y solicitaba, después de argumentar en derecho su posición, sentencia absolutoria.

El Juzgado de instancia dictó sentencia por la que la parte demandada quedó obligada al cumplimiento de las obligaciones contraídas hasta la fecha en que los organismos públicos anulaban la libertad de la entidad actora en cuanto a la política de precios, cantidad a determinar en ejecución de sentencia en la forma que indica.

La Audiencia declaró no haber lugar a establecer que la Papelera San José viniese obligada al cumplimiento de las obligaciones contraídas al constituirse la Asociación, condenándola, no obstante, a que abone, en concepto de indemnización de perjuicios por el incumplimiento de tales obligaciones durante el período de tiempo en que, teniendo todavía posibilidad de vigencia, fueron incumplidas; cantidad que se determinará en el período de ejecución de sentencia sobre las bases que señala, absolviéndola en el resto de los pedimentos.

La entidad demandada formalizó recurso de casación por infracción de ley, basándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Amparados en el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C. Primero y segundo. Infracción de los artículos 1.666, 1.275 y 1.255 del Código civil y 53 y 117 del de Comercio; al desconocer el carácter ilícito de la entidad demandante con anterioridad al 18 de julio de 1947, ya que la misma sentencia expresa que se trata de una continuación en la actividad estatal en la materia; debiendo aplicar sus preceptos desde antes del 18 de julio de 1936, por lo que fueron atraídos a la esfera oficial en 1928.

Tercero. Infracción por violación del párrafo segundo del artículo 1.700 del Código civil y del 221 del Código de Comercio en su párrafo

primero, en relación con los artículos 1.184, 1.258 y 1.274 del primero, al no reconocer la resolución tácita por imposibilidad de cumplir los tres fines de la Sociedad: limitación de la producción, señalamiento de precios y pago de auxilios a la fabricación del papel-prensa.

Cuarto. Violación del artículo 1.091 del Código civil, en relación con el 121 de la Ley Mercantil y el 17 de los estatutos de la Asociación Papelera, subsidiariamente a los anteriores, al condenar la sentencia al pago de una derrama que resultaba ilegal.

La parte demandante interpuso a su vez recurso de casación por infracción de ley en virtud de los siguientes

MOTIVOS.—Amparados en los números 1.º, 2.º, 3.º, 4.º, 6.º y 7.º del artículo 1.692 de la ley de trámite.

Primero. Violación del artículo 359 de la L. E. C., al establecer que Papelera San José sólo está obligada a indemnizar de daños y perjuicios, suponiendo este pronunciamiento una declaración de invalidez del pacto social, decisión que no ha sido objeto de petición por parte de la demandada.

Segundo. Contradicciones en el fallo, pues mientras condena a la demandada al pago de una indemnización de perjuicios por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, declara que no viene obligada al cumplimiento de las contraídas al constituirse la sociedad.

Tercero. Exceso en el ejercicio de su jurisdicción al resolver sobre la subsistencia o insubsistencia del contrato constitutivo por la sola y exclusiva aplicación de las Ordenes ministeriales de 8 de junio y 15 de septiembre de 1937 y las Leyes de 24 de noviembre de 1939, 26 de enero y 6 de diciembre de 1940, cuando éstas no regulan relaciones de orden privado.

Cuarto. Interpretación errónea de la Orden de 8 de junio de 1937, 15 de septiembre del mismo año y las Leyes de 26 de enero y 6 de diciembre de 1940 y aplicación indebida del artículo 1.255 del Código civil al afirmar la incompatibilidad de estas disposiciones con la subsistencia del contrato, cuando el propio Estado reconoce la personalidad de la Asociación.

Quinto. Infracción por inaplicación de los artículos 117 y 118 del Código de Comercio, en relación con los artículos 1.091, 1.256, 1.101, 1.106, 1.254 y 1.258 del civil y error de derecho en la apreciación de la prueba, ya que no cabe sostener que por el hecho de la ordenación pública de la industria papelera queden sin vigor pactos de índole civil.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la primera cuestión que se plantea ante este Tribunal con el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la Papelera San José es la ilicitud inicial por razón de su objeto o fines de la demandante Asociación Reguladora de la Producción y Venta de Papel, y aparte de la anormalidad que supone que quien concurre por medio de su representación legal a la constitución de un consorcio alegue su ilicitud por razón de sus fines, y examinado esto concretamente se ve que el objeto social fijado en el número 2.º de sus estatutos insertos en la escritura de su constitución, fecha 17 de noviembre de 1927, y los medios que para ello se han de emplear, detallados en los artículos 11 a 15 de los mismos, no quebrantan precepto legal alguno vigente al constituirse la Asociación, según doctrina de la sentencia de 21 de abril de 1926, puesto que no se forma un monopolio por haber otras fábricas no asociadas y su fin no es alterar abusivamente los pre-

cios del trabajo o de las mercancías, sino evitar la superproducción, fenómeno que no beneficia al consumidor, al que sólo interesa que se produzca lo necesario para el consumo y la depreciación que pueda producir es transitoria, perjudicando, por otro lado, grandemente el equilibrio económico, y los medios que determinan para ello esos estatutos de proporcionar la producción a la capacidad de cada fábrica, con la obligación de vender el producto por mediación de S. D. P. y a los precios que la Asociación fije, son también perfectamente lícitos, porque aunque de ellos resulte una limitación en los derechos de los contratantes, éstas son las concesiones que mutua y libremente se hacen como recíproca prestación, por todo lo cual es evidente que esa asociación no es ilícita *ab initio* por las esencias de sus fines y el mal uso que pudiera más adelante hacerse de ellos, no atañe a esa licitud, por todo lo cual no existe la violación que se alega de los artículos que se citan en ese motivo del recurso.

Segundo. Que no hay la incompatibilidad que dice el motivo segundo del recurso de la demandada entre el cumplimiento por la Asociación Papelera de sus fines y el haber asumido el Estado la regulación de la industria del papel desde el Real Decreto de 11 de mayo de 1928, Reglamento de 23 de agosto del mismo año, Real Decreto de 7 de febrero de 1931 y Orden de 27 de noviembre de 1933, porque si bien, según el artículo 3.º del primero de éstos, la misión del Comité entonces creado es regular la producción del papel nacional y el artículo 6.º de la tercera de esas disposiciones atribuye al mismo Comité la facultad de señalar el tipo para determinar la cantidad con que ha de contribuir cada fábrica, hay que tener presente que el artículo 4.º de ese Decreto de 1931 respeta los consorcios nacionales existentes, la Orden de 1933 limita la misión de la Comisión mixta para la pasta del papel a estudiar las posibilidades de aumentar la producción, y el Reglamento citado no se refiere al papel, sino al régimen de frutas, y el del siguiente día 24 nada agrega a lo mencionado, con lo cual resulta que el Estado no hizo más que poner los jalones a sentar las bases para su régimen, que no estaba completamente implantado, pues carecía de órganos para su ejecución, y por ello era compatible con los consorcios existentes, hasta que la Orden de 8 de junio de 1937 declara forzosa, a partir de la fecha, la sindicación de los fabricantes de papel y atribuye a este Sindicato la regulación de la importación y reparto de materias primas, y es con esto y sólo entonces cuando se hace ya imposible que continúe la Asociación Papelera rigiendo estas mismas funciones, que son la clase de producción, y si bien posteriormente el Estado ha encomendado algunas misiones administrativas y sindicales a la Asociación Papelera y llama a dos representantes de ésta a formar parte del Comité Sindical del Papel y Cartón, esto demuestra, de acuerdo con lo que queda dicho, que la Asociación Papelera no pueda ya por sí sola y en nombre propio regular totalmente la producción de papel, por lo que la sentencia recurrida fijó con acierto la fecha 8 de junio de 1938 como límite del tiempo en que eran obligatorios para la Papelera San José los acuerdos que sobre esa

materia hubiere tomado la Asociación Papelera, y en razón a todo ello también debe ser desestimado este motivo del recurso de la demandada.

Tercero. Que el tercero de los motivos de ese mismo recurso se funda en la supuesta infracción de los artículos 1.700, párrafo segundo, del Código civil, y 221, párrafo primero, del Código de Comercio, en relación con los 1.184, 1.258 y 1.264 del primero de estos cuerpos legales, y para apreciar la falta de tal infracción de los artículos citados en primer lugar basta tener presente que se refieren exclusivamente a la extinción y disolución de las Compañías civiles y mercantiles, cuestión que no se ha suscitado en el pleito por las peticiones de las partes ni se ha declarado en las sentencias, ni éstas han hecho aplicación de tales preceptos legales, pues no puede confundirse tal disolución o extinción con haber apreciado la suspensión del cumplimiento de algunos de los fines sociales de hecho durante parte del período de guerra y de derecho desde el 8 de junio de 1937, por haber asumido el Estado la regulación y ejecución de que constituía esos fines.

Cuarto. Que al impugnar el cuarto y último motivo de ese recurso el pronunciamiento de la sentencia recurrida sobre abono de las derramas giradas por la Comisión ejecutiva de la Asociación actora, funda tal impugnación en que los repartos acordados son de cuantía del diez por ciento de todas las facturas de papel vendido, con lo cual, dice, se infringe abiertamente el artículo 17 de los Estatutos de la Asociación que limita esas derramas a coeficientes entre el uno y el uno setenta y cinco céntimos por ciento, según la clase de papel; pero tal alegación suscita ahora la cuestión de si su cuantía estaba limitada por los estatutos, que no se planteó al oponerse la Sociedad demandada a la demanda, por lo cual no ha podido discutirse en el pleito ni declararse en él la naturaleza de esas derramas, que es lo que da a esto el carácter de una nueva cuestión judicial sobre la que el juzgador ha de formular un juicio, carácter que la distingue de un argumento nuevo, que es únicamente un elemento lógico para construir el fallo, y esto es nuevo porque si bien se opuso al pago de esas derramas la Papelera San José, no lo hizo por cuantía de ellas, como alega en el recurso, sino por las razones generales que pretendía hacer valer contra todas las peticiones de la demanda de haber perdido la actora las atribuciones para dirigir la producción y exigir tales cantidades por haber pasado anteriormente al Estado, y como toda cuestión nueva no puede ser tratada en casación; y la consiguiente desestimación de este motivo hace innecesario entrar a determinar si las cantidades a cuyo pago se condena en los apartados A) y C) del número segundo del fallo de la sentencia recurrida son o no de las comprendidas en el artículo 17 de los Estatutos de la Asociación demandante.

Quinto. Que el primer motivo del recurso interpuesto por los actores Asociación Reguladora de la Producción y Venta de Papel atribuye a la sentencia recurrida dos incongruencias: la primera, porque el limitar hasta el 8 de junio de 1937 la obligación de indemnizar a la Asociación Papelera por daños y perjuicios supone una declaración de invalidez del

contrato de constitución de la sociedad a contar desde esa fecha, que no ha sido objeto de petición por la demandada, y la segunda, por reservar la sentencia a la actora el derecho para repetir contra la parte contraria los pagos que hubiese hecho en nombre o por cuenta de ella, pues habiendo sido debatida esa cuestión en el pleito debió decidirse definitivamente en la sentencia; pero no existe esta última incongruencia, pues al absolver aquélla de los demás pedimentos ya pronuncia una declaración expresa sobre esto, y si hace una reserva de acciones por los pagos que una entidad litigante hubiera realizado en nombre de la otra, es porque si bien en la demanda no se mantiene petición expresa sobre ellos, aparece de las actuaciones la posibilidad de que esos pagos se hayan efectuado.

Sexto. En cuanto a la incongruencia alegada en el primer término en el mismo motivo, que tampoco puede estimarse porque al dar la sentencia parte de lo pedido y denegar el resto, lo mismo que esto se refiera a una limitación en la cantidad, que en el tiempo, ya examina y resuelve todos los puntos debatidos, y si el fundamento de esa limitación lo hace apreciando para una época determina la falta de efecto o ilicitud del convenio, que pretendía uno de los litigantes que fuera *ab initio*, resulta que no resuelve en contra de la razón de pedir, y a mayor abundamiento, porque la recurrente funda esta pretendida incongruencia en que el fallo supone una declaración de invalidez del pacto social, que nadie ha pedido, y esto no es exacto, pues hacer esa supuesta declaración de invalidez, que tendría que ser total, es muy distinto que fundarse, como hace la sentencia, en la cesación de efectos, que no se dice, que sea más que por haber asumido el Estado las funciones que el pacto social atribuía al consorcio constituido, que puede tener carácter temporal.

Séptimo. Que no existe la contradicción que alega el motivo segundo de la demandante, porque los términos del fallo de la sentencia de la Audiencia son lo suficientemente claros para determinar que su pronunciamiento primero hace la declaración de carácter general de que la Papelera San José no viene constreñida al cumplimiento de las obligaciones contraídas al constituirse la Asociación Papelera, como pedía la demanda, y que su pronunciamiento segundo al condenar al pago de determinadas cantidades por perjuicios, cuotas o derramas correspondientes exclusivamente a una época que fija concretamente, establece una limitación o excepción a la declaración anterior, que, como toda excepción y precisamente por este carácter, no está en contradicción con la norma general, y esto que aparece del fallo se evidencia al relacionar éste con los considerandos de la sentencia.

Octavo. Que tampoco se da el exceso en el ejercicio de su jurisdicción por el Tribunal *a quo*, base del motivo tercero de este recurso, al resolver sobre la subsistencia o insubsistencia del contrato de constitución de la Asociación Papelera aplicando las Ordenes ministeriales de 8 de junio y 15 de septiembre de 1937 y las Leyes de 24 de noviembre de 1939, 26 de enero y 6 de diciembre de 1940, porque el abuso o exceso de jurisdicción a que se refiere el invocado número 6.º del artículo 1.692

de la Ley de Enjuiciamiento civil ha de ser, por razón de la materia sometida al Tribunal y resuelta por éste, que en este caso, por tratarse de los efectos y cumplimiento de un contrato civil, es propio y exclusivo de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, sin que pueda determinarse la competencia por las disposiciones legales aplicables, lo que no altera la materia litigiosa; y, además, esas Leyes y Ordenes citadas al atribuir determinadas funciones a los organismos oficiales limitan, como otras muchas, los derechos civiles de los particulares y sus asociaciones; y no pueden los Tribunales ordinarios dejar de conocer de la repercusión que en la esfera del derecho privado tenga esas normas administrativas.

Noveno. Que el motivo cuarto de este recurso mezcla la cuestión de la ilicitud de la Asociación Papelera con otros distintos de la incompatibilidad del ejercicio de algunas de sus atribuciones con la actuación de otros organismos oficiales, problemas diferentes lo mismo en su origen que en cuanto a la subsistencia de esa Asociación, pues mientras que la ilicitud produciría la nulidad de la constitución de la sociedad o su inmediata extinción si sobrevino después de constituirse, la incompatibilidad en las atribuciones no significa más que la limitación en su ejercicio, bien en cuanto a su extensión o en cuanto a su tiempo, compatible con la subsistencia de la corporación, cuestiones tratadas en los considerandos primero y segundo de esta sentencia con la debida amplitud, y por esos mismos razonamientos y doctrina debe ser desestimado este motivo cuarto.

Décimo. Que el quinto motivo alegado: error de derecho en la apreciación de la prueba, fundado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, impugnando algunos hechos de los declarados probados en la sentencia recurrida; pero al renunciar en el acto de la vista al apoyo de ese número 7.º, no hay que entrar a examinar el error de derecho que alegaba, y sólo queda de este motivo los razonamientos amparados en el número 1.º del repetido artículo, que no son estimables porque no es exacto, como dice el recurrente, que la declaración de la sentencia de que la demandada no viene obligada al cumplimiento de las obligaciones contraídas se haga en virtud de disposiciones que no habían sido dictadas cuando inició la Papelera de San José la violación contractual, pues el fundamento de la sentencia en este respecto es que por efecto de la guerra se produjo desde su comienzo hasta 27 de enero de 1937, en que se instaló en la zona nacional la representación de la Asociación Papelera, una interrupción en la actividad de ésta, y por no poder regular los cupos de producción, precios de venta, ni distribución de pastas para la fabricación, condiciones esenciales del consorcio, hechos que no han quedado impugnados en el recurso, no le es posible reclamar de la Papelera San José indemnizaciones correspondientes a ese período, que conceptúa de libre fabricación y venta, contra todo lo cual sólo opone el recurrente que por el hecho de fabricar ya estaba la demandada obligada a todo lo convenido en el contrato; pero esto no es así por ese régimen de libertad de acción, que, como dice la Audiencia, había impuesto la guerra,

y el carácter recíproco que el mismo recurrente reconoce de las obligaciones de las dos Asociaciones litigantes.

Undécimo. Que por haber renunciado la representación de la Asociación Papelera en el acto de la vista, ante esta Sala, el sexto y último de los motivos que formuló en su escrito del recurso, no hay que tratar del mismo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 FEBRERO 1948

Arrendamiento de fincas urbanas—subarriendos anteriores a la nueva Ley de Arrendamientos—desahucio de local de negocio.

Es manifiesta la improcedencia de acordar el desahucio por subarriendo fuera de sus términos estrictos, sin que a ello obste la alegación que se hace de la ignorancia del contrato de subarriendo, ni quepa invocar el artículo 1.237 del Código civil, que no puede ir en contra de las disposiciones especiales de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

SENTENCIA 23 FEBRERO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—desahucio: suspensión.

La suspensión de los juicios de desahucio establecida por las disposiciones dictadas a partir de 29 de enero de 1944, ante la próxima regulación de la materia de alquileres, debe ser interpretada restrictivamente por ser una medida excepcional.

Civil—arrendamientos urbanos—traspasos.

No existe traspaso, sino una propuesta condicionada, cuando del contenido de una carta sólo se deduce que hubo entre los interesados conversaciones sobre el particular.

SENTENCIA 23 FEBRERO 1948

Procesal—casación—contra los laudos de la amigable composición: por haber resuelto puntos no sometidos a su decisión.

Sometido a la amigable composición la decisión del punto referente a la existencia o inexistencia de un crédito y dictado el laudo en el que se declara la existencia del crédito y, además, la subsistencia y vigor del contrato a que aquél se refería y el débito de intereses, como estas declaraciones no están expresamente mencionadas como sometidas a la deci-

sión del amigable componedor, ni deben estimarse una consecuencia o antecedente tan íntimamente ligado con el objeto del compromiso, que sin su declaración no pudiera resolverse sobre aquél o que la resolución del mismo tuviera como efecto ineludible la realidad de estos extremos, se incurre en una de las causas que, según el artículo 1.691, número 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil son fundamento para que se dé lugar a la casación.

SENTENCIA 23 FEBRERO 1948

Civil—sociedades—ilicitud: efectos.

La ilicitud de una asociación produciría la nulidad de la constitución o su inmediata extinción si sobrevino después de constituirse.

Mercantil—sociedades—ilicitud.

Según la sentencia de 21 de abril de 1926, no es ilícita una sociedad porque no constituye monopolio la asociación de fábricas, cuando subsisten otras no asociadas y su fin no es alterar abusivamente los precios del trabajo o de las mercancías, sino evitar la superproducción.

Procesal—casación—infracción de ley—desestimación: por plantear cuestiones nuevas.

Las cuestiones nuevas no pueden ser tratadas en casación.

SENTENCIA 23 FEBRERO 1948

Arrendamientos urbanos—renta: ocultaciones a la Hacienda.

No basta que se den las circunstancias de que la elevación de la renta haya sido consentida por el arrendatario antes del 1.º de octubre de 1946 y que la vivienda o local de negocio objeto del arriendo estuviese construido o habitado por primera vez antes del 18 de julio de 1936, para declarar válida la renta si no fué declarada a fines fiscales.

Arrendamientos urbanos—renta: ocultaciones a la Hacienda.

El hecho de que con posterioridad al arriendo se practicase una comprobación catastral y en su virtud se asignara al local una renta igual a la convenida no enerva la acción del inquilino encaminada a reducir el alquiler por no haber sido ésta declarada.

SENTENCIA 1.º MARZO 1948

Arrendamientos urbanos—resolución de contrato—Ley de Ordenación de Solares.

El acuerdo de un Ayuntamiento declarando aceptada la finca de autos a la Ley de Ordenación de Solares de 15 de mayo de 1845, dictada con anterioridad a la publicación del Reglamento de dicha Ley, y sin que se instruyera notificación al arrendatario, con las formalidades previstas en el artículo 12, no puede servir de fundamento legal a la demanda.

SENTENCIA 4 MARZO 1948

Mercantil—contratos—transporte: indemnización de daños y perjuicios.

El recurrente no puede en el recurso impugnar la tasación efectuada, toda vez que en el trámite se limitó a oponerse a la prueba absteniéndose de intervenir en ella.

SENTENCIA 4 MARZO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—revisión de rentas por no declaración a la Hacienda.

Los preceptos contenidos en los artículos 118, 120 y disposición transitoria 12 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no desvirtúan lo que establece el 133, que se inspira en el interés de la Hacienda pública.

SENTENCIA 9 MARZO 1948

Mercantil—contratos: interpretación.

Los pactos o preceptos legales que regulan las relaciones contractuales de índole mercantil han de ser entendidos y aplicados extrínsecamente, sin restringir ni extender el sentido de sus términos.

Mercantil—contratos—compraventa—saneamiento: forma de preparar la acción.

La acción determinada por el artículo 336 del Código de Comercio puede ser eficaz aunque no se prepare instando las diligencias de jurisdicción voluntaria que determina el artículo 2.127 de la L. E. C., por la mayor amplitud del sentido que acusa el artículo 342 del Código de Comercio.

Mercantil—contratos compraventa—saneamiento—forma de preparar la acción reclamaciones particulares; cuándo son eficaces.

Por regla general, las reclamaciones particulares, por sí solas, carecen de eficacia jurídica, para el efecto de repetir contra el vendedor, por defecto en la cantidad o calidad de las mercancías recibidas, enfiardadas o embaladas (Código de Comercio, art. 336); pero si lo son si en el tiempo fijado por la ley se hacen directamente al vendedor y éste no pone en duda su veracidad y se muestra propicio a atenderlas, aunque, por no hacerlo después, sea su procedencia discutible judicialmente.

CONSIDERANDO.—Segundo. Que la necesidad de impedir que en las relaciones contractuales de índole mercantil se mantengan situaciones imprecisas en orden al cumplimiento y extinción de las obligaciones exige que lo mismo los pactos que los preceptos legales que las regulan sean entendidos y aplicados extrínsecamente, sin restringir ni extender el sentido de sus términos, y como la obligación de sanear por vicios o defectos de la cosa vendida, impuesta al vendedor por el artículo 345 del Código de Comercio en acusada concordancia con los artículos 1.474 y 1.484 del Código civil, que no la hacen derivar de tales vicios si al recibir la cosa comprada son conocidos o debidos conocer por el comprador que omite su examen, aparece regulada de manera distinta, en punto al modo y tiempo de ser exigida, por los artículos 336 y 342 del primero de los mencionados Cuerpos sustantivos, por cuanto si en aquél se dispone que para repetir por defecto en la calidad o cantidad de las mercancías recibidas, enfiardadas o emba'adas, el comprador ha de ejercitar su acción dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo, cuando la avería no proceda de caso fortuito, vicio propio de la cosa o fraude, en el segundo de los citados artículos se prescribe la pérdida de toda acción y derecho a repetir por el transcurso de los treinta días siguientes a la entrega, sin que dentro de ellos se haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de lo que haya sido objeto de la venta, distinción que establecida preceptivamente obliga a entender y a aplicar, conforme a la exigencia doctrinal que antes se ha dicho, los artículos que la manifiestan, de manera ajustada al estricto sentido de cada uno de ellos.

Tercero. Que de esto se sigue que si en los casos que previene el artículo 336 del Código de Comercio la acción ejercitable se ha de iniciar en la forma que impone el 2.127 de la Ley procesal, puesto que así este artículo lo dispone expresamente, la mayor amplitud del sentido que acusa el 342 del propio Código, en cuanto hace depender la pérdida del derecho del comprador del transcurso del tiempo que señala sin que dentro de él haya hecho reclamación alguna, bien permite entender que ésta puede ser eficaz, aunque no se prepare instando las diligencias de jurisdicción voluntaria que determina el precepto procesal antes dicho, cuando se refiera a vicios o defectos que no sean de calidad o de cantidad de las mercaderías y el comprador justifique cumplidamente la realidad de los mismos; y claro está que, por regla general, las reclamacio-

nes particulares por sí solas carecen de la eficacia jurídica que para el efecto que se examina asiste a las que judicialmente se produzcan; pero si en el tiempo fijado por la ley se hacen directamente al vendedor y éste lejos de rechazarlas no pone en duda su veracidad y se muestra propicio a atenderlas, aunque por no hacerlo después sea su procedencia discutible judicialmente, han de ser tenidas por eficaces para impedir que puedan estimarse prescritos y sin acceso a debate la acción y el derecho a repetir porque el comprador no los ejercite judicialmente dentro del término señalado en el artículo 342 del Código de Comercio, que la adopción de un criterio contrario a éste dejaría al comprador de buena fe indefenso en los casos a que se alude.

Cuarto. Que el supuesto que da lugar a las apreciaciones que anteceden tiene manifiesta realidad en el caso a que se contrae el presente recurso, porque ejercitada en el pleito una acción derivada por el comprador demandante al amparo del artículo 342 del Código de Comercio del hecho de que las 160 cajas de cherne que, como parte de las 400 que tenía adquiridas y pagadas, recibió el día 4 de julio de 1941, contenían aquel pescado en condiciones que la hacía inservible y dañoso para el consumo por vicio no consistente en defecto de calidad, existe constancia cierta de inmediatamente, y según el propio demandado tiene reconocido en su escrito de contestación, dió cuenta de ello, por carta y por conducto de un dependiente al que con esta finalidad envió a Sevilla, al vendedor, quien informado por su agente mediador, que para comprobarlo se había trasladado a Almendralejo, no sólo no rechazó la reclamación, sino que en carta que dirigió al reclamante el día 10 del mes dicho le expresó que habiéndole manifestado aquel agente lo ocurrido le ratificaba lo tratado con él por éste y que le abonaría lo que fuese necesario en las cajas que hubiesen salido en mal estado; manifestaciones que evidencian que la reclamación del comprador fué hecha dentro de los términos que señalan los precitados artículos 336 y 342, y tenida en cuenta por el vendedor en términos que si por un ulterior desacuerdo dieron lugar al litigio hacían lógicamente innecesario hasta que éste se produjo, el ejercicio de ninguna acción judicial.

Quinto. Que lo que antecede pone de manifiesto que al desestimar la Sala de instancia la demanda inicial del juicio fundándose en que el demandante había perdido su derecho a repetir contra el vendedor demandado, por no haberlo hecho en la forma establecida en el artículo 2.127 de la Ley Procesal, incidió en la infracción de los artículos 336 y 342 del Código de Comercio, acusada en los motivos segundo y tercero del recurso, comprendidos por el recurrente en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y que, por ello, ha de darse lugar a la casación pedida sin necesidad de examinar los restantes motivos.

SENTENCIA 10 MARZO 1948

Procesal—excepciones de falta de legitimación "ad causam" y de falta de acción: carácter distintivo entre ambas.

Mientras con la excepción de falta de acción se niega el derecho que, mediante la acción de él nacida, se ejercita en el proceso, planteando una cuestión de fondo, la de falta de legitimación tiende únicamente a impedir que se entre en el examen de la cuestión planteada, sin la previa justificación de que el demandante puede actuar como sujeto de la relación jurídica procesal. Esta distinción aparece acusada en la L. E. C., en el núm. 2.º del art. 1.693, al comprender entre los motivos de casación por quebrantamiento de forma que se haya reconocido personalidad al que carece de ella, muy marcadamente en el art. 533, núm. 2.º, al determinar cuándo se da la excepción dilatoria de falta de personalidad.

Procesal—presentación de documentos: posibilidad de subsanación.

La prohibición del art. 506 de la L. E. C. se refiere a los documentos en que la parte funde su derecho, mencionados en el art. 504—cuya no presentación afectaría a la acción—; pero dicha prohibición no alcanza a los mencionados en el núm. 2.º del art. 503, cuya presentación omitida en el momento procesal oportuno—que afectaría a la falta de personalidad—puede subsanarse.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: incongruencia.

Alegada por el demandado en la contestación la excepción dilatoria de falta de legitimación "ad causam" del actor, y trabada en estos términos la litis, el desestimar la demanda, fundándose exclusivamente en la perentoria de falta de acción, se incurre, con infracción del art. 359 de la L. E. C., en la incongruencia motivo del recurso.

· ANTECEDENTES.—Seguido el procedimiento especial del art. 131 de la Ley Hipotecaria, y terminado dicho procedimiento, se interpuso demanda de mayor cuantía, solicitando fuera declarada la nulidad de lo actuado, por haberse incurrido en diversos defectos de forma en algunas actuaciones, con la consiguiente nulidad de las inscripciones registrales derivadas de dicho procedimiento. Al contestar, el demandado opuso la excepción dilatoria de falta de personalidad del demandante, por no acreditarse el carácter con que reclamaba, ya que los documentos presentados con la demanda no justificaban su calidad de hijo legítimo ni la de heredero del causante. El actor acompañó con la réplica los documentos adecuados a subsanar la supuesta falta de personalidad. El Juzgado dictó sentencia estimatoria de la demanda. La Audiencia Territorial dictó nueva sentencia, revocatoria de la de instancia, "desestimando la excepción alegada por el demandado en el concepto de falta de personalidad y estimándola en el concepto de falta de acción del demandante", con absolución del demandado.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Basado en el núm. 2.º del art. 1.692 de la L. E. C., por falta de congruencia entre el fallo y las pretensiones de las partes, por haberse acogido una excepción no alegada en momento ni forma procesal oportunos.

Segundo. Amparado en los números 1.º y 7.º del art. 1.692, propuesto "ad cautelam", para el caso de no prosperar el anterior motivo, por infracción de los arts. 504 y 506 de la L. E. C., 115 y 1.218 del C. c. y 35 de la Ley de Registro civil, inaplicados.

Tercero. Fundado en el núm. 1.º del art. 1.692, por infracción, a virtud de inobservancia, de los arts. 4.º, 348 y 349 del C. c. y 249, 251, 252, 262, 263 y 270 de la L. E. C.

CONSIDERANDOS.- Primero. Que las excepciones de falta de acción y de personalidad del demandante, no siempre propuestas procesalmente con acierto, cuando se desconoce que la diversidad de su concepto, finalidad y efectos las hace inconfundibles, ofrecen como nota esencial, que caracterizándolas, las distingue la de que mientras con la alegación de la primera de ellas, se niega el derecho que mediante la acción que de él nace, se ejercita en el proceso, planteándose así una cuestión que al fondo de éste pertenece, la segunda tiende sólo a impeñir que las cuestiones que al mismo corresponden, sean discutidas, y en todo caso resueltas, sin la previa justificación de que el demandante se halla asistido de la capacidad de obra, personal, o representativa, necesaria, para actuar como sujeto de la relación jurídico procesal, con el carácter con que lo haga.

Segundo. Que esta distinción entre las expresadas excepciones aparece acusada en el núm. 2.º del art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al dejar comprendido entre los quebrantamientos de ley que afectan a la forma el caso de que indebidamente se haya reconocido personalidad a quien carezca de ella, con el consiguiente efecto de la casación de reponer las actuaciones, permisivo de que una vez repuestas en ellas se subsane la falta y muy marcadamente en el art. 533, en el que expresamente se determina que ha de entenderse que se da la falta de personalidad constitutiva de excepción dilatoria, no sólo en la carencia de las calidades necesarias para comparecer en juicio, sino también en la *injustificación* del carácter, concepto que comprende el de heredero en el que el litigante actúe, o de la representación con que se reclame.

Tercero. Que en consonancia con lo que acaba de apuntarse y teniendo a que sea observado el principio que obliga a mantener la discusión sobre las cuestiones de fondo en los precisos términos en que quedaron planteadas al trabarse la litis, la Ley procesal previene en su artículo 504 a los litigantes, en términos meramente admonitivos, de su deber, que al no cumplirse ha de quedar sancionado por la posterior inadmisión dispuesta por el artículo 506, de acompañar a sus escritos de demanda y contestación los documentos en que funden su derecho, y ordena el 503, como necesaria, la presentación con la demanda de los documentos acreditativos, entre otros extremos, del carácter con que el litigante se presente en el juicio en el caso de tener representación legal de alguna persona o Corporación o cuando el derecho que reclame provenga de haberse transmitido otro por herencia, o por cualquier otro título, necesidad que si se desatiende en el expresado momento procesal impone sólo dilación en el curso del pleito, y por ello, no impide, conforme reiteradamente tiene declarado esta Sala, la subsanación de la falta, porque la disposición prohibitiva del ya citado artículo 506 no alcanza a los documentos a que el antes citado se refiere.

Cuarto. Que la sentencia impugnada por el presente recurso, al no dar lugar a la demanda, con declaración absolutoria de la misma por el

demandado y por el pronunciamiento fundamental, que a esto condujo con eficacia excluyente de las demás cuestiones planteadas en el pleito, de que "desestimándose la excepción alegada en el concepto de falta de personalidad y estimándosela en el de falta de acción del demandante, D. Manuel de Campos Gutiérrez, para promover el juicio" pone ya de manifiesto el hecho de que habiéndose opuesto a la demanda entendió el Tribunal de instancia que la dilatoria definida en el número 2.º del artículo 533 de la Ley rituaría podía también acogerse como comprensiva, sin que ello se alegara siquiera de la falta de acción, criterio equivocado que la sentencia recurrida adopta, apartándose de la doctrina que antes se ha expuesto, razonando sobre la dificultad de distinguir con exactitud la excepción de falta de personalidad de la falta de acción, con cita de sentencias que, en su sentir, establecen doctrina contradictoria, sin tener en cuenta que si la discusión acerca de si una de las partes es o no sucesora del causante titular del derecho en litigio, puede afectar al fondo de éste, no sucede lo mismo cuando se niega tal carácter, sino que se le opone únicamente que no ha presentado con su demanda los documentos que lo justifican, tratando de impedir que después se le admitan, que es lo sucedido en el caso en cuestión, o incidiendo en el error de afirmar que es el derecho sucesorio el título o causa de pedir de quien, como el demandante, pretende obtener en el pleito la declaración de nulidad de un procedimiento especial sumario regulado por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria e iniciado contra bienes del actor, cuando ya que aquél había fallecido.

Quinto. Que alegada por el demandado al contestar a la demanda la excepción dilatoria de falta de personalidad del demandante, con la precisa cita del número 2.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil y fundándola expresamente en que por no haber presentado con su escrito inicial documentos suficientes para ello, no acreditaba el carácter con que reclamaba, sin que en sus escritos se contengan petición ni razonamiento alguno que permitan siquiera sospechar que quería referirse a la falta de acción, y trabada en estos términos la litis, sin que conforme al preciso sentido de los artículos 542 y 548 de la Ley procesal y a una reiteradísima jurisprudencia pudieran ya alterarse ni ser aumentadas con otras las nuevas pretensiones y excepciones constitutivas del objeto principal del pleito, es visto que al desestimar la Sala sentenciadora de instancia la demanda fundándose exclusivamente en la perentoria de falta de acción de naturaleza y efectos distintos de la dilatoria opuesta por el demandado en el trámite procesal oportuno, incurrió, con infracción del artículo 359 de la mencionada Ley, citado por la parte recurrente, en la incongruencia que esta denuncia en el primero de sus motivos, por lo que sin que sea necesario examinar el segundo propuesto *ad cautelam*, ni el tercero, por referirse a cuestiones que al no haber sido examinadas y resueltas por el Tribunal inferior no tienen su lugar adecuado en esta sentencia, proceder lugar a la casación con arreglo a lo dispuesto en el número 2.º del artículo 1.692 de la misma Ley procesal, por aquel primer motivo.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 12 MARZO 1918

Procesal—beneficio de pobreza—necesidad de probar los supuestos señalados en el artículo 28 de la L. E. C.

Solamente es necesaria la prueba documental por certificación de los comprendidos en el número 6.º del precepto citado.

Procesal—prueba preconstituida del estado civil—valor como medio de prueba de las certificaciones en extracto de las actas del Registro civil.

No se les puede negar valor probatorio si constan en ellas auténticamente los extremos que interese acreditar.

Civil—interpretación del artículo 31 de la Ley del Registro civil.

Es lógico interpretarlo como una obligación impuesta a los funcionarios del Registro, cuyo incumplimiento no es imputable a los interesados que solicitan las certificaciones, ni debe privar a éstas de su valor probatorio.

Procesal—beneficio de pobreza—carácter del requisito de indicar el estado civil del que lo solicita.

Ha de estimarse como un requisito que la ley exige en interés de la parte adversa.

ANTECEDENTES.—En una cuestión incidental sobre la declaración de beneficios de pobreza, la Audiencia Territorial revocó la sentencia estimatoria del Juez de primera instancia, fundándose en que son de inexcusable probanza los extremos que de manera precisa debe comprender la demanda a tenor del artículo 28 de la L. E. C., y que el actor no había probado su estado de casado con la correspondiente certificación del acta del Registro civil, por lo que estimó que no fueron observados los artículos 327, 115 y 53 del Código civil y el 35 y concordantes de la Ley y Reglamento de dicho Registro. El actor interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, basado en los siguientes

MOTIVOS.—Infracción de los artículos 28 de la L. E. C., en relación con los 53, 115 y 327 del Código civil, y 35 de la Ley del Registro civil, al no estimar probado el estado civil del recurrente, y a la vez incurrir en error de hecho en la apreciación de la prueba, dimanante de certificación expedida por el Juez municipal encargado del Registro civil, que tiene carácter de documento auténtico conforme a los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil y 596, número 6.º, de la L. E. C., también vulnerados con el consiguiente error de derecho, que señala que su estado civil es el de casado.

Segundo. Infracción de los artículos 15, 16, 17 y 18 de la L. E. C., por aplicación indebida.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que el referido artículo 28 exige para la formulación de las demandas de pobreza prueba documental por certificación de los extremos comprendidos en el número 6.º, pero en cuanto a los de-

más datos allí señalados, entre los que se encuentra el relativo al estado civil, sólo requiere que se expresen, requisito que, en este caso, aparece plenamente cumplido por el actor, puesto que manifiesta en su demanda hallarse casado.

Tercero. Que, por otra parte, el actor acompañó a su demanda una certificación expedida por el Juez municipal encargado del Registro civil, en la que se hace constar que, según resulta de los libros de dicho Registro y de los antecedentes suministrados por las dependencias de dicha Administración municipal, el actor conserva en la actualidad el estado de casado, y en período de prueba propuso la documental, que no se admitió por el Juzgado, pero sí la acompañada a la demanda, habiéndose interpuesto contra la providencia de inadmisión recurso de reposición, sin que recayera sobre él proveído alguno, y en esa prueba no admitida figuraba, según el recurrente, un certificado en extracto del acta de matrimonio que en el recurso se transcribe literalmente y en la cual, con indicación concreta del libro, folio y sección del Registro en que el acta original se contiene, se hace constar que el actor contrajo matrimonio canónico, con determinación en dicho certificado de todos los datos que pudieran exigirse a los efectos probatorios.

Cuarto. Que si bien, según los artículos 53 y 327 del Código civil, la prueba del estado civil se ha de basar, como prueba preconstituida, en las actas del Registro, que han de reflejarse en certificaciones autorizadas, salvo las excepciones que dichos artículos señalan, ninguno de ellos exige que tales certificaciones contengan la transcripción íntegra y literal de su original del Registro, y, sin violentar el sentido de las palabras, puede decirse que una certificación en extracto no deja de ser una certificación del acta, a la que no se puede negar valor probatorio si en ella constan auténticamente los extremos que interese acreditar, sin que a ello se oponga el artículo 31 de la Ley del Registro civil de 17 de junio de 1870, que dispone que los certificados expedidos por los funcionarios del Registro civil contendrán la copia literal del asiento designado por el que los pide, pues esta norma no se ha mantenido en todo su rigor, ya que el Decreto de 19 de septiembre de 1932 permite que a solicitud de los interesados se extiendan certificaciones *in extracto* correspondientes a las tres primeras secciones del Registro, reservando a los Tribunales la facultad de exigir certificaciones literales cuando lo estimen conveniente, y, además, el artículo 76 del Reglamento de la Ley referida, en su párrafo primero, limita el alcance de los artículos 31 y 33 de la Ley aludida y de su párrafo cuarto, en relación con el artículo 75, número 4.º, del mismo Reglamento, se desprende que son admisibles certificaciones no literales referentes al estado de las personas, incluso expedidas por los datos que suministre la Administración municipal, siendo lógico, por otra parte, interpretar el referido artículo 31 de dicha Ley como una obligación impuesta a los funcionarios del Registro, cuyo incumplimiento no es imputable a los interesados que solicitan las certificaciones ni debe privar a éstas del valor probatorio que en sí tienen con arreglo a las normas que rigen en materia de prueba.

Quinto. Que el recurrente, al declarar su estado de casado, no mejora, sino que perjudica, su situación procesal, pues ello implica la aceptación de una carga probatoria que no tendría si no hubiera contraído matrimonio, y cierra la puerta a la ocultación, por lo cual tal declaración ha de estimarse como un requisito que la ley exige en interés de la parte adversa, la cual no ha negado el estado civil que el actor manifiesta en su demanda.

Sexto. Que, por lo expuesto, debe apreciarse en la sentencia recurrida infracción por interpretación errónea del artículo 23 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con los 53 y 327, invocados todos en el recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 12 MARZO 1948

Civil—contratos—compraventa—la finca como cuerpo cierto.

El artículo 1.461 (sic) del Código civil¹ es aplicable a la adjudicación en pago de unas fincas de mayor cabida que la expresada en la escritura de hipoteca e inscrita en el Registro de la Propiedad.

Civil—contratos—compraventa—la finca como cuerpo cierto.

La fisonomía de la finca esta determinada por su naturaleza y por el enclavamiento geográfico que marcan sus linderos, y no por la cabida.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de hecho en la apreciación de la prueba.

Frente a las apreciaciones de hecho del Tribunal de instancia, no cabe interponer recurso apoyado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino el previsto en el número 7 de dicho artículo.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de hecho en la apreciación de la prueba.

No es lícito en casación al recurrente limitarse a contraer su criterio al de la Sala sentenciadora.

ANTECEDENTES.—En 1929, la demandada, doña Fausta Jiménez Oliveros, hipotecó, en garantía de un préstamo recibido del Banco Hipotecario, tres fincas sitas en término municipal de Albuquerque. Las tres fincas se describen en la escritura, como ya lo estaban en el Registro, con arreglo a sus linderos; pero se les atribuye una cabida notablemente inferior a la que realmente tenían. En 1932, después de un expediente de informa-

1. Debe decir artículo 1.471.

ción posesoria, consiguió doña Fausta inscribir los excesos de cabida como si fueran nuevas fincas.

En 1932, las fincas hipotecadas fueron adjudicadas en pago al Banco Hipotecario, que posteriormente las enajenó, actuando el comprador como demandante en los presentes autos.

El litigio se plantea, en lo fundamental, en los siguientes términos: la demandada estima que la hipoteca no puede afectar a los excesos de cabida, sino solamente a aquella sobre la que se constituyó; en consecuencia, sólo pudo haberse transmitido la propiedad de esa misma cabida. Por ello, continuó en la posesión de parte de las fincas hipotecadas. Por el contrario, el demandante, estimando que las fincas, determinadas por sus linderos, constituían un cuerpo cierto, del cual era propietario en su totalidad, entabló una acción reivindicatoria. El criterio del demandante fué aceptado por el Juzgado de Primera Instancia de Zafra (enero 1945) y la Audiencia Territorial de Cáceres (mayo 1945). Recurrída la sentencia por ambas partes, aquí interesa la posición de la demandada, que articula, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, los tres siguientes

MOTIVOS.—Primero. Interpretación errónea e inaplicación de los artículos 20 y 105 de la Ley Hipotecaria y 504 de su Reglamento.

Segundo. Aplicación indebida del artículo 1.471 del Código civil.

Tercero. Interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 348 del Código civil.

CONSIDERANDOS.—Primero. Por lo que respecta al recurso formulado por doña Fausta Jiménez Oliveros, y que apoya en tres motivos amparados en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, que es insostenible la teoría sustentada por dicha recurrente, quien lo mismo a lo largo del pleito que al fundamentar el recurso, pretende establecer una separación sustancial entre la cabida que se asignó a las tres fincas en cuestión, Millar de la Cabaña, Millar del Gitano y Pozo Porcón, en la escritura de constitución de hipoteca de 27 de mayo de 1929, y las unidades de medida superficial que sumaba el exceso de cabida atribuido a cada una de las dos primeras fincas mediante el expediente de información posesoria que con posterioridad a la constitución de la hipoteca instó la misma Ceuda hoy recurrente y que terminó por auto judicial de 20 de agosto de 1932, produciendo tal expediente sendos asientos en el Registro de la Propiedad a favor de la referida propietaria, inscripciones cuarta y décima, respectivamente, de las fincas a que dicho exceso de cabida afectaba; deduciéndose de la afirmada separación sustancial de ambas entidades objetivas las conclusiones jurídicas siguientes: Primera, que como la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone al cumplimiento de las obligaciones contraídas, la hipoteca constituida en 27 de mayo de 1929 sólo puede tener eficacia y efectividad sobre la cabida de las fincas afectadas por el gravamen que se hacía constar en el mencionado título hipotecario; segunda, que a este último título habría que atenerse en las consecuencias registrales que se produjesen con motivo de la adjudicación en pago, mediante la subasta y la posterior compraventa de las censadas fincas por el actor; y tercera, que las unidades superficiales que excedían de las consignadas en el repetido título hipotecario pertenecían en propiedad a la demandada, puesto que el expediente de

información posesoria se hizo con objeto de formar otras fincas y no para rectificar la inexacta cabida que resultaba de los títulos del Registro de la Propiedad, pero lo erróneo de tales deducciones se hace patente con sólo recordar lo que es la finca en el concepto del Derecho civil, de la Ley Hipotecaria, del Catastro y de la doctrina jurisprudencial, concepto según el cual, y siguiendo la doctrina del cuerpo cierto, la fisonomía de la finca está determinada por la naturaleza y por el enclavamiento geográfico que marcan sus linderos y únicamente la cabida da y quita derechos cuando tales linderos se modifican o alteran por agregaciones o segregaciones de porciones ciertas y determinadas de la superficie y para complementar el razonamiento se debe asimismo tener presente que el exceso o defecto de cabida significa, en su sentido ideológico y literal, no la configuración de una finca nueva y distinta de aquella en que tal efecto se produce, sino el resultado de rectificar numéricamente las unidades de medida contenidas en la extensión territorial delimitada de modo exclusivo por sus linderos, que constituyen el perímetro que determina e identifica la parte de la superficie terrestre objeto de consideración jurídica en cada caso, y sentados estos principios, es forzoso reconocer que a ellos ajustó acertadamente el Tribunal *a quo* la sentencia recurrida, puesto que las tres fincas que se interesaba reivindicar están identificadas por sus linderos, con arreglo a las cuales figuran en la escritura de hipoteca, en la de adjudicación al Banco Hipotecario ejecutante y en la subsiguiente de compraventa a favor del actor, siendo, por tanto, de obligada aplicación lo dispuesto en el artículo 1.461 del Código civil, porque bien claramente expresan sus términos que cuando la venta (y en este concepto puede también incluirse la adjudicación en pago, antecedente de este pleito) se hace por precio alzado y cuerpo cierto, sin atender a un tanto por unidad o número, no puede alterarse el precio aunque resulte mayor o menor cabida o número de los expresados en el título y el vendedor está obligado a entregar todo lo que se comprenda dentro de los linderos que se consignan en el documento contractual, por todo lo cual procede desestimar los dos primeros motivos de este recurso.

... ..
 FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 MARZO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada: arrendamiento de industria.

El Decreto de 21 de enero de 1938 no tiene aplicación cuando la riqueza a que el mismo se refiere no es obra del arrendatario.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Con relación a la primera de dichas afirmaciones, que ambas partes estaban conformes en que las estipulaciones insertas en la escritura de 19 de diciembre de 1939, unida a los autos,

en que se concertó el arrendamiento de los molinos de Santa Catalina entre su propietario y el demandado don Marciano Ramírez por término de seis años, que dieron principio en 1.º de enero de 1940 y terminaron en 31 de diciembre de 1945; que el arrendamiento comprende los molinos harineros y la casa administración; que las reparaciones que hubiesen de hacerse en la presa serían de cuenta del propietario, y las del molino, máquinas y demás enseres debería hacerlas el arrendatario, para lo cual se haría un inventario general; y las devolvería a la terminación del contrato en el mismo estado y especie en que las recibía; que el arrendador pagaría las contribuciones de propiedad y el arrendatario las correspondientes a la industria; y que la renta sería de doce mil pesetas.

Tercero. Que de esas estipulaciones se deduce, sin género de duda, que el contrato es de arrendamiento de industria, mucho más si se tiene en cuenta: primero, que en la escritura de venta de los molinos de Santa Catalina del año 1856 se dice que se enajenaba una parada de molinos, la cual consta de una presa de ciento ochenta y tres varas en línea y veinticinco de enfaldado, con dos paredones o estribos; seis piedras de molino harinero con sus bóvedas correspondientes, y la casa un poco apartada de la ribera; segundo, el inventario levantado por un Notario al dictado del arrendatario, que en autos figura; la potente fuerza hidráulica que el salto indica, aplicada a todos los artefactos; y tercero, que por manifestaciones del propio arrendatario, que con mucha anterioridad a su contrato de arriendo ya estaba funcionando la industria objeto del desahucio en las mismas condiciones que en la época de la demanda, en su doble aspecto de mouturación de trigos para la obtención de harinas panificables y la mouturación de piensos; queda demostrado el acierto con que la Sala sentenciadora rechazara la tesis del demandado de que el arrendamiento en litigio estuviera comprendido en los beneficios del Decreto de 21 de enero de 1936, por cuanto esta disposición se propuso exclusivamente, según expresa su preámbulo y aparece en su articulado, defender, frente a posibles abusos de arrendadores de locales, en que se ejerza una industria, a los arrendatarios que, mediante su propio capital y actividades, crearan en la finca arrendada una riqueza de que no sería justo desposeerles; pero no tiene aplicación cuando, como ocurre en el caso de autos, tal riqueza no es obra del arrendatario desahuciado, que obtuvo el uso y goce temporal de una industria ya en actividad, en la finca que arrendó conjuntamente con ésta y por un precio único, pues entonces falta el supuesto de la pugna de intereses previsto y regulado por tan repetido Decreto, como lo demostraban sus artículos primero, quinto, sexto y noveno, y las sentencias de 13 de marzo y 3 de mayo de 1943 y 3 de julio de 1944, que resolvieron casos idénticos o similares con arreglo a esta doctrina.

SENTENCIA 16 MARZO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—derecho derogado—resolución de contrato: por traspaso no consentido.

Realizado un traspaso sin dar cumplimiento el arrendatario a los requisitos que para su validez exigía el artículo 9.º, apartado a) del Decreto de 21 de enero de 1936, se infringe la obligación que le ligaba con el arrendador y puede éste, haciendo uso del derecho que le confiere el artículo 1.124 del Código civil, pedir la resolución del contrato.

ANTECEDENTES.—Arrendado un local para almacenes de aceite y comestibles, quien figuraba en el contrato como arrendatario otorgó escritura como consejero de la Sociedad Anónima Fantoni, por la que se cede y traspasa por ésta a un particular. El propietario otorga un nuevo contrato de arrendamiento, con prohibición de ceder, subarrendar y traspasar, y el arrendatario, no obstante esta prohibición, traspasa el arrendamiento a la Sociedad Comercial de Representantes. El propietario, en el año 1945, inicia demanda contra aquél ante el Juzgado de Primera Instancia, al amparo del artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, para que se declarase rescindido el contrato, que es desestimada. Interpuesto recurso por injusticia notoria, por error de hecho en la apreciación de la prueba en base de la escritura, se revoca la sentencia por la circunstancia fundamental de que el demandado no tenía derecho al traspaso al amparo del Decreto de 21 de enero de 1936, porque para ello era necesario que hubiera adquirido su derecho del arrendatario. Recogemos el cuarto considerando de la sentencia por el razonamiento que contiene.

CONSIDERANDO.—Cuarto. Que conforme dispone el artículo 1.124 del Código civil, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, y como en el caso presente el demandado, arrendatario de un establecimiento mercantil, realizó el traspaso del mismo sin dar cumplimiento a los requisitos que para su validez exigía el Decreto citado, en su artículo noveno, vigente a la sazón, es visto que infringió la obligación que le ligaba con el arrendador y que puede éste, haciendo uso del derecho que le confiere el expresado artículo 1.124, pedir la resolución del contrato.

SENTENCIA 16 MARZO 1948

Civil—industria—elementos esenciales—organización.

Si bien puede decirse, en general, que es esencial en la industria que exista una organización, no es esencial que esa organización esté en todo momento funcionando como entidad viviente.

Civil—arrendamiento de industria—objeto del mismo.

El objeto del arrendamiento de industria no es una reunión de enseres inconexos y con valor independiente, sino un complejo de elementos materiales adecuados entre sí por su estructura y disposición, destinados a un uso industrial y aptos para funcionar coordinadamente, es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva, organización que constituye una unidad patrimonial.

Civil- arrendamiento de industria - industria paralizada.

Constituye arrendamiento de industria no sometido a la legislación especial de arrendamientos urbanos, el de un molino harinero paralizado, que el arrendatario volvió a poner en explotación.

ANTECEDENTES.—A. arrendó a B. un molino harinero paralizado que había sido anteriormente explotado; más tarde este arrendamiento fué sustituido por otro en que se incluía también un molino de aceite. El contrato, celebrado por dos años, se fué prorrogando tácitamente. Muerto A., sus herederos resolvieron negar nueva prórroga, y tras varios actos conciliatorios, demandaron de desahucio a B. Este se opuso, alegando no tratarse de un arrendamiento de industria, sino urbano sometido a la legislación especial; y estando en suspenso los procesos sobre la materia, no cabía el desahucio. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda. B. interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Infracción del artículo 1.281 C. c. y de doctrina legal: Se trataba de un arrendamiento de los elementos patrimoniales de una industria, pero no de un arrendamiento de industria, por faltar el elemento "organización"; la tesis del recurrente resulta de los términos literales del contrato.

2.º Infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.569, 1.º, C. c. y por inaplicación del artículo 1.º del D. de 29 de diciembre de 1931, y el 1.º del D. de 21 de enero de 1936, concordantes con el artículo 70 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que, al razonar el primer motivo, se mezclan de manera poco clara las ideas de organización y de entidad viviente, ideas y términos que importa deslindar, pues si bien puede decirse, en general, que es esencial en la industria que exista una organización, no es esencial que esa organización esté en todo momento funcionando como entidad viviente, pues la vida que es auto-propulsión y que sólo puede entenderse aquí en sentido figurado o analógico, viene del elemento director, que imprime su impulso a la industria, y este elemento director es precisamente lo que no se transmite por el arrendamiento ni es objeto, por tanto, del contrato de industria, sin que pueda decirse que, en el momento en que esa dirección activa cesa, desaparece *ipso facto* la industria ni que cambia su naturaleza, dado que conserva su propia estructura y finalidad.

Tercero. Que el objeto del arrendamiento referido no es una reunión de enseres inconexos y con valor independiente, sino un complejo de elementos materiales adecuados entre sí por su estructura y disposición, destinados a un uso industrial y aptos para funcionar coordinadamente, es decir, un todo organizado para la realización de una finalidad productiva, organización que constituye una unidad patrimonial, y afirmado, por otra parte, por la Sala sentenciadora, sin que sus afirmaciones hayan sido combatidas, que el objeto del mencionado contrato privado, modificado después verbalmente, fueron el local de los molinos, la maquinaria, salto de agua y accesorios, referido todo al desarrollo de las industrias, para el ejercicio de éstas y en condiciones de poderse explo-

tar, que se explotaron desde el primer momento en forma análoga a como se habían explotado por otras personas antes del contrato, y que la explotación pudo reanudarse y se reanudó a partir de su fecha, es indudable que en dicho contrato se arrendó una verdadera industria, según el concepto racional de ésta, que coincide con el contenido en la vigente Lcy de Arrendamientos Urbanos.

Cuarto. Que en el mismo motivo primero se invoca como infringido el artículo 1.281 del Código civil, que prescribe que cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas; pero lo infundado de tal alegación se hace patente por la simple lectura del contrato en cuestión, pues en él se dice que lo que se arrienda es un molino harinero, con todos sus derechos y obligaciones, al molinero don Bernardo García, se impone a éste la obligación de cuidar toda la maquinaria, teniéndola no sólo limpia, sino engrasada, se establecen reglas para la utilización de las aguas de la fábrica de harinas y se determina una zona de pueblos para los cuales no podrá moler el arrendatario mientras haya existencias en otro molino de propiedad del arrendador, todo lo cual se refiere claramente y según los términos literales a la explotación de una industria.

Quinto. Que no siendo estimable, en méritos de lo expuesto, el motivo primero del recurso, cae por su base el segundo, que es consecuencia del anterior, y en el que, partiendo del supuesto de que lo arrendado no fué una industria, se invocan disposiciones de la legislación especial de arrendamientos urbanos, disposiciones que hay que tener por inaplicables al caso presente, dado que establecido, como queda dicho, que el arrendamiento fué de una industria, se ha de aplicar la legislación común, como ha hecho el Tribunal *a quo*.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 MARZO 1948

Procesal—casación—sentencia definitiva.

La sentencia desestimatoria de un incidente de nulidad de actuaciones, promovido en otro incidente, no es definitiva a efectos del artículo 1.689, 1.º L. E. C.

Procesal—emplazamiento—su improcedencia al que compareció como emplazado.

Es ilógico e innecesario, además de ir contra la economía procesal, emplazar para que comparezca a quien ya compareció como emplazado, si bien en lugar de emplazarle se le notificó la resolución de emplazar, pudiendo en este especial caso concepirse aplicable el párrafo 2.º del artículo 279 L. E. C. "ob identitatem rationis", y por tratarse de una no-

tificación que, al career de fórmula de emplazamiento, es calificable de defectuosa en el aspecto legal; y no puede el así comparecido recurrir, alegando la falta de emplazamiento, sin ir contra sus propios actos.

SENTENCIA 17 MARZO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia: incompetencia de jurisdicción.

Estimándose impropio el procedimiento seguido para debatir y decidir una sentencia, es improcedente el recurso con arreglo a las causas segunda y tercera de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

SENTENCIA 18 MARZO 1948

Civil—carácter distintivo entre el precario y la posesión de buena fe.

No es precarista, sino poseedor de buena fe, el que edifica de buena fe con materiales propios en terreno de otro.

Civil—acesión de inmuebles—edificación de buena fe en terreno ajeno—derechos del edificador.

De acuerdo con la jurisprudencia (sentencias de 27 noviembre 1902, 2 enero y 21 mayo 1928), en caso de edificación con buena fe en terreno ajeno, habiendo optado el dueño del mismo, conforme al artículo 361 del Código civil, por adquirir la obra, no puede ostentar el dominio de ésta mientras no satisfaga al dueño de la misma la indemnización establecida por los artículos 453 y 454, teniendo este último, como poseedor, el derecho de retención que establece el artículo 453.

Procesal—desahucio en precario—legitimación pasiva.

No puede ejercitarse la acción de desahucio contra el que de buena fe ha edificado en terreno ajeno con materiales propios.

Procesal—casación—error en la apreciación de la prueba—inadmisión.

Según reiterada jurisprudencia, no es dable apreciar la prueba, dividiéndola, para aceptar lo favorable a una parte y rechazar lo desfavorable.

SENTENCIA 22 MARZO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—derecho transitorio—retorno al edificio reconstruido.

Realizados con anterioridad a la vigencia de la nueva Ley los hechos en que se funda el derecho de un arrendatario de vivienda y de local de negocio a retornar al edificio reconstruido, las disposiciones vigentes entonces han de regir en principio los derechos y obligaciones de las partes, sin que sea obstáculo la disposición transitoria 1.ª de la nueva Ley, porque la materia aparece regulada en ésta en todos sus detalles y de modo fundamentalmente nueva, y tampoco el incumplimiento, antes de su vigencia, de las disposiciones de dicha Ley, puede impedir el ejercicio de un derecho reconocido por el art. 8.º del D. de 21 de enero de 1936.

Civil—arrendamientos urbanos—derecho transitorio—derechos nacidos bajo el antiguo régimen.

La disposición transitoria 27.ª de la nueva Ley se refiere al porvenir, y no impide la aplicación del Derecho anterior a los hechos que engendraron derechos nacidos bajo el régimen anterior, cuando no sólo no se decreta su caducidad, sino que subsisten en lo esencial en la nueva legislación.

Procesal—arrendamientos urbanos—retorno a edificio reconstruido—nueva renta—su fijación en ejecución de sentencia.

No siendo posible fijar con los elementos obrantes en autos la cuantía de la nueva renta, en caso de retorno del arrendatario al edificio reconstruido, procede, por analogía a lo dispuesto en el artículo 360 y concordantes de la L. E. C., dejar su fijación para la ejecución de sentencia.

ANTECEDENTES.—A. era arrendatario de un edificio perteneciente a B. Este resolvió reconstruirlo, y A. se avino al desalojo en acto conciliatorio. Reconstruido el edificio, A. accedió a firmar contrato de arrendamiento de una vivienda y de un local de negocio, pero por discrepancias en cuanto a la renta, no se firmó. Todo ello sucedió con anterioridad a la Ley de 31 de diciembre de 1946. B. arrendó a otras personas. Promulgada la citada Ley, A. presentó demanda solicitando su reposición en los locales citados y la nulidad de los contratos de los nuevos arrendatarios. El Juzgado desestimó la demanda. A. interpuso recurso de injusticia notoria, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Violación e interpretación errónea de la disposición transitoria 1.ª en relación con las 12.ª y 13.ª de la Ley de 31 de diciembre de 1946; del art. 8.º del D. de 21 de enero de 1936 en relación con el 6.º, ap. a), del mismo y con el 6.º, ap. a), del D. de 29 de diciembre de 1931; arts. 105 y s. de la citada Ley, núm. 1.º del art. 120 (sic) C. e. y art. 3.º del mismo, con evidente error resultante de la prueba documental.

2.º Interpretación errónea y aplicación indebida de la disposición transitoria 14.ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

3.º Interpretación errónea y falta de aplicación de los arts. 106, 107, 108, 109 y 113 L. A. U., y, si no se estiman aplicables, de los arts. 8.º y 6.º, ap. a), del D. de 21 de enero de 1936, y del ap. a) del art. 6.º del D. de 29 de diciembre de 1931.

4.º Interpretación errónea y aplicación indebida del art. 180 L. A. U. en relación con el 175 de la misma.

CONSIDERANDOS.—Primeró. Para examinar, con vista de los motivos formulados en el recurso la procedencia o improcedencia de la sentencia recurrida, precisa establecer cuál haya de ser la legislación que regule el caso planteado en el pleito, reposición de un inquilino de vivienda y local de negocio en uno de los cuartos y locales resultantes de la reconstrucción de la finca, a virtud de derribo de ésta llevado a cabo por el propietario, que reconoció expresamente el derecho del arrendatario a ser repuesto en los mismos, ya en el acto de conciliación a que se hace referencia más abajo, ya posteriormente al ofrecerlos notarialmente a éste, aun cuando discrepases ambos en el alquiler que hubiese de fijarse.

Segundo. Realizados los hechos—convenio entre propietario e inquilino en el acto conciliatorio y desalojo de la finca por el inquilino—con anterioridad a la fecha de vigencia de los preceptos de la nueva Ley, es indudable que las disposiciones vigentes entonces han de regir en principio los derechos y obligaciones de las partes, sin que, no obstante el principio general de retroactividad formulado en la disposición transitoria 1.^a y en las especiales de la Ley de Arrendamientos Urbanos, puedan ser aplicadas sus normas al caso de autos, porque la materia aparece regulada en todos sus detalles y de modo fundamentalmente nuevo en la citada Ley, e incluso condicionando la fijación de la renta de los nuevos locales a la observancia de la misma, como viene a reconocerlo su artículo 108 al subordinar su determinación a “haberse reedificado en el modo previsto en el párrafo a) del artículo 102”, como tampoco la falta de cumplimiento de dichas disposiciones, imposible entonces por no haber sido regulado el caso en la forma en que hoy lo está, pueda impedir al inquilino el ejercicio de un derecho reconocido por la Ley tratándose de establecimientos de negocios (art. 8.^o del D. de 21 de enero de 1936), y por convenio de las partes por lo que afecta a la vivienda en el caso de autos, lo cual no quiere decir, como se afirma erróneamente en la sentencia recurrida, que se trate de acciones que, aunque propias de la relación arrendaticia, no se fundamentan en derechos reconocidos por la Ley de Arrendamientos, pues el derecho de recobro por el inquilino en casos tales es evidentemente materia de la legislación de Arrendamientos, siquiera acaese en la nueva Ley una reglamentación minuciosa de que antes carecía.

Tercero. La disposición 27.^a, derogatoria de las normas legales anteriores en la materia, no puede ser obstáculo a estimarlo así, pues su derogación se refiere al porvenir y no impide la aplicación del Derecho anterior a la derogación a los hechos que engendraron derechos nacidos bajo el régimen anterior cuando, no sólo no se decreta su caducidad, sino que subsisten en lo esencial—el derecho del inquilino al recobro del local—en la nueva legislación, aunque se regulan de modo diferente, ni tampoco la disposición transitoria 2.^a (sic), que declara aplicables sus preceptos a los contratos existentes, porque nada hay en el convenio de los interesados para que el inquilino volviera a ocupar la finca arrendada, verificadas las obras, en pugna con los preceptos de la nueva Ley, ni menos la disposición transitoria 14.^a que, aparte de contraerse, al parecer, dado su epígrafe, a los capítulos IX, X y XI, no podría nunca impedir al inquilino

el ejercicio de los derechos que le reconoce la Ley para el caso de derribo de la finca que presupone el desalojo de ésta.

Cuarto. Por los razonamientos sentados, los únicos motivos admisibles de los cuatro que se formulan por el recurrente al amparo del artículo 169 de la Ley, son el 3.º, en el que, entre otras, se alaga la infracción del artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936, al no dar lugar a la demanda, desconociendo el derecho del inquilino a volver al mismo local, y el 4.º, al estimar el Juez que se trata de una acción dimanada de relación arrendaticia, sí, pero de las que deben ser resueltas con arreglo a las normas procesales comunes, procediendo por ello en tal sentido la estimación del recurso, y, por lo tanto, la de la demanda, tanto en lo relativo al incumplimiento por parte del propietario de su obligación en orden a la reposición del antiguo inquilino en los locales elegidos, con la renta que haya de fijarse, como respecto de la declaración de nulidad de los contratos de arrendamiento llevados a cabo por el propietario de la finca con los otros dos demandados a quienes fueron arrendados por el propietario los locales elegidos por el actor, puesto que conociendo aquéllos, según se infiere de la prueba practicada, el derecho del actor, si quiera no se hubieran puesto de acuerdo arrendador y arrendatario en lo relativo al precio, tomaron en arrendamiento los referidos locales, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4 del Código civil.

Quinto. No siendo posible fijar con los elementos obrantes en autos la cuantía de la nueva renta, punto de discrepancia anterior al litigio entre las partes y que es indudablemente el que ha dado lugar al mismo, puesto que en la minuta del arquitecto, si así puede llamarse, no se hace figurar sino una cantidad global que está en contradicción con la que aparece abonada al contratista y la del informe pericial, procede, por analogía a lo dispuesto en el artículo 360 y concordantes de la L. E. C., dejar su fijación para la ejecución de sentencia, sobre la base de que habrá de ser fijada dicha renta distribuyendo entre los cuartos y locales resultantes de la reedificación el 5 por 100 del coste de la obra, conforme a lo preceptuado en el artículo 8 del Decreto de 21 de enero de 1936, que se estima aplicable en lo relativo al local de negocio elegido, y lo mismo en cuanto al piso, estimando este criterio, a falta de convenio de las partes sobre este punto, como fórmula de equidad.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 20 MARZO 1948

Civil—contratos—arrendamientos urbanos—derribos de locales arrendados—Decreto de 29 de diciembre de 1931.

El apartado c) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 reconoce al propietario la facultad de derribar el inmueble arrendado para reedificarlo, sin otorgar al inquilino otro derecho que el recibo de la inscripción.

Civil—contratos—arrendamientos urbano—Decreto de 21 de enero de 1936—derechos del arrendatario.

El Decreto de 21 de enero de 1936 reconoce al arrendatario el derecho de ocupar nuevamente el local, una vez que hayan sido realizadas las obras de saneamiento, sin obligación de satisfacer el alquiler, derecho que se entenderá a la ocupación de los locales resultantes caso de que al reconstruir la finca hubiese sufrido cambio en la alineación.

Civil—contratos—arrendamientos urbanos—Decreto de 21 de enero de 1936.

El artículo 8.º del Decreto de 21 de enero de 1936 es aplicable al caso de que la reconstrucción se produzca por el derribo de la finca llevada a cabo por el propietario con ánimo de reconstruirla.

Civil—arrendamientos urbanos—aplicación de las normas de la nueva Ley.

Es evidente la imposibilidad de aplicar las normas de la nueva Ley a los casos de desalojo de la finca para derribarla, por partir de una legislación totalmente diversa a la anterior, en la que no cabe encajar hechos generadores de derechos verificados bajo otro régimen.

Civil—contratos—arrendamientos urbanos—Decreto de 21 de enero de 1936—facultad de recobrar.

La facultad de recobrar el arrendamiento de un local de negocio se entiende que está implícito en el Decreto de 21 de enero de 1936.

ANTECEDENTES.—Los demandantes fueron desalojados del local de negocio que ocupaban por el propietario del mismo—en 1945—con fundamento en el propósito alegado por éste de edificar en el terreno otro de nueva planta. El demandado dejó transcurrir todos los términos legales sin comenzar las obras de demolición, aprovechando un extremo del local para ampliación de la casa contigua y ocupando, finalmente, el resto para asuntos propios.

Interpuesta demanda sobre reintegración en la posesión arrendaticia, el Juzgado declara no haber lugar, contra la que se prepara recurso de injusticia notoria ante el T. S.

MOTIVO.—Infracción del Decreto de 21 de enero de 1936.

CONSIDERANDOS.—Quinto. Que aunque no parece aceptable la interpretación que da la sentencia a la disposición transitoria 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en el sentido de que el hecho de haber desalojado la finca el demandado impidiera la aplicación de los preceptos del capítulo octavo, invocados en la demanda, porque el epígrafe de la misma hace relación a los capítulos noveno, décimo y undécimo, siempre sería evidente la imposibilidad de aplicar las normas de la nueva Ley a los casos de desalojo de la finca para derribarla, por partir de una legislación totalmente diversa a la anterior, en la que no cabe encajar hechos generadores de derechos verificados bajo otro régimen, y por ello hay que

descartar la aplicación al caso de los artículos 103 y 113 de la nueva Ley, lo que no obsta a que el Tribunal pueda tener en cuenta los que estima deben regir las relaciones jurídicas entre las partes, aunque no se citaran en la demanda, máxime cuando la acción ejercitada se da en ambas legislaciones.

Sexto. Que si es indudable el derecho de un inquilino de un local de negocio a ocupar el resultante de la reconstrucción del inmueble, todavía parece más evidente cuando, como acontece en el caso presente, la construcción sólo afectó a parte del inmueble que fué agregada a una edificación contigua, habiendo ocupado el resto el propietario, el que, por otro lado, no justifica la necesidad que tenga de ocuparlo a que se refiere el artículo 8.º

Séptimo. Que no puede ser obstáculo a estimarlo así que el propietario lograse el desahucio al amparo del artículo citado del Decreto de 29 de diciembre de 1931, sin que se hiciera mención anterior de la facultad de recobrar, ya que esta facultad está reconocida en el Decreto de 21 de enero de 1936.

Octavo. Que respecto de la indemnización solicitada, como quiera que en el escrito de recurso se hace constar que se interesa se reconozca al actor "el derecho a ocupar el local resultante a consecuencia de la obra realizada, o bien en caso de plena demostración de la propia necesidad del propietario... condenar a éste al pago de la indemnización correspondiente y preceptivamente señalada", y no se estima dicha necesidad y se condena a reponer al demandado en la posesión de los locales, es visto que no procede ocuparse de dicho extremo.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 5 ABRIL 1948

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de hecho o de derecho.

Contra la apreciación jurídica de los hechos, efectuada por el juzgador de instancia acatando éstos, no cabe interponer recurso amparado en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino el previsto en el número 1.º del citado artículo.

Civil—obligaciones contractuales—abuso del derecho.

Implica ejercicio estricto de un derecho, sin atisbos de ilicitud que pudieran ser determinantes de su ejercicio abusivo, la consignación en tiempo oportuno por el deudor de la suma prestada, ante la negativa del acreedor a recibirla.

1. El recurrente había alegado la existencia de abuso del derecho, apoyándose en que el pago fué realizado en la zona roja, aprovechando momentos en que la pseta había quedado reducida a la décima parte de su valor.

Civil—obligaciones—extinción: novación.

El pacto de ser devuelto el capital debido en moneda saneada es incompatible con una anterior cláusula oro o plata, si pretende el acreedor evitar que el deudor haga efectivo el pago en moneda depreciada, aun a trueque de perder las ventajas de la primitiva cláusula de revalorización, y, por consiguiente, ha de entenderse novada la obligación, conforme al artículo 1.204 del Código civil.

Civil—obligaciones—extinción: pago.

Son moneda saneada los billetes de curso forzoso, a los que concedió la Ley de 9 de noviembre de 1939 pleno poder liberatorio.

SENTENCIA 7 ABRIL 1948**Procesal—pobreza—ocultación de medios de fortuna.**

Es requisito indispensable en las demandas de pobreza que el actor declare los medios de subsistencia con que cuenta, según preceptúa el artículo 28 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y la ocultación de alguno de ellos, sustrayendo a la apreciación del juzgador elementos de juicio, es motivo suficiente para denegar la concesión del beneficio legal solicitado, según jurisprudencia de esta Sala.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—desestimación: por no citarse el precepto legal infringido y omitirse el motivo.

La falta de invocación expresa en el motivo del número 7.º del artículo 1.692, aunque se mencione anteriormente en lo que el recurrente denomina "fundamentos del recurso", y la falta de cita de precepto legal relativo a la prueba que en la apreciación de ella haya podido ser infringida, son requisitos necesarios, cuyo incumplimiento impide estimar el recurso.

SENTENCIA 7 ABRIL 1948**Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada—aplicación del Decreto de 29 de diciembre como supletorio del de 21 de enero de 1936.**

El artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 es aplicable no solamente a los contratos de arrendamiento de vivienda, sino a los locales destinados a comercios o industrias, en todo aquello no regulado especialmente por el Decreto de 21 de enero de 1936.

Civil—arrendamientos urbanos—resolución del contrato: por ruina de la finca.

La consideración de que la ruina de la finca no es inminente no puede ser motivo bastante para desestimar la excepción de prórroga del contrato invocada por el actor y a que se refiere el apartado g) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, sustancialmente los mismos que exige el artículo 149. causa novena de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

ANTECEDENTES.—En el mes de agosto de 1946 se presentó demanda, en la que se alegaba que, en virtud de expediente incoado en el Ayuntamiento de Madrid, en el que fueron oídos todos los inquilinos de la casa, la Comisión municipal permanente había acordado se procediera a derribar la finca, propiedad de los demandantes, por encontrarse en ruina incipiente. Los inquilinos recurrieron, siendo desestimada la reposición, y lo mismo ocurrió en el recurso contencioso-administrativo seguido ante el Tribunal Provincial. Requeridos los propietarios por el Ayuntamiento para que procedieran a la demolición de la casa, se dirigieron aquéllos a los inquilinos, y ante su negativa, fueron demandados de desahucio, con arreglo al Decreto de Arrendamientos Urbanos, dictándose sentencia absolutoria, y recurrida por injusticia notoria, se declara haber lugar al recurso.

CONSIDERANDO.—Tercero. Que por lo expuesto resulta que han sido cumplidos los requisitos que para la excepción de la prórroga de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas exige el apartado g) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, vigente en la fecha de la sentencia recurrida, que, por otra parte, son sustancialmente los mismos exigidos por el artículo 149, causa novena, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y han sido cumplidos tales requisitos por lo siguiente: A) Porque la declaración de ruina de la finca ha sido hecha por la autoridad municipal, única competente para ello, por tratarse de materia propia de la policía urbana, cuya regulación a dicha autoridad corresponde, sin que contra su resolución quepa otro recurso que el contencioso-administrativo. B) Porque tal resolución quedó firme, toda vez que, recurrida por los inquilinos, fué desestimado el recurso contencioso-administrativo contra ella interpuesto. C) Porque el expediente se ha seguido habiendo sido citados los que en el momento de su iniciación tenían la condición de inquilinos, los cuales comparecieron haciendo las alegaciones y proponiendo las pruebas que estimaron convenientes, y con ello quedó cumplido el requisito que el citado artículo 5.º del Decreto mencionado exige respecto a la intervención de los inquilinos, que no necesitan ser precisamente los demandados en juicio, sino, como se desprende del texto citado, los que ostentaban tal carácter en el momento inicial del expediente, los cuales, en el curso del mismo, han pedido ser sustituidos por otros. D) Porque la declaración de ruina que el mencionado precepto exige para estimar la excepción a la prórroga de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas no es la ruina inminente, ya que, cuando esta circunstancia se da, la necesidad de prevenir el riesgo a que están expuestas las personas y las cosas determina el que no haya necesidad de esperar a que el expediente contradictorio de declaración de ruina se resuelva, sino que la autoridad gubernativa, sin otra consi-

deración que la inminencia de la ruina y, por lo tanto, de los daños que pueden producirse, fija los plazos para desalojar los locales que se encuentran en tal estado, según previene el último párrafo del apartado g) del citado precepto, por todo lo cual la consideración de que la ruina de la finca de que se trata no es inminente, no puede ser motivo bastante para desestimar la excepción de prórroga del contrato invocada por el actor como fundamento del desahucio que solicita.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 17 ABRIL 1948

Civil—presunciones—cosa juzgada.

Según reiterada jurisprudencia, interpretativa del artículo 1.252 del Código civil, en relación con el 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento civil, las cuestiones de derecho formal quedan amparadas por la cosa juzgada en el proceso de ejecución.

Procesal—procedimiento de apremio: carácter de las normas que regulan la adjudicación de bienes embargados.

Los artículos 1.504 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil contienen normas de derecho formal, puesto que establecen una modalidad de pago del crédito reclamado, sin referirse a la existencia de una obligación de fondo.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de derecho en la apreciación de la prueba.

No cabe conceder autenticidad en casación a uno de los elementos probatorios utilizados en instancia, desentendiéndose de todos los restantes.

SENTENCIA 24 ABRIL 1948

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error de derecho.

No puede estimarse un recurso fundado en error de derecho, al amparo del artículo 1.692, número 7.º de la Ley de Enjuiciamiento civil, cuando no cita los artículos relativos al valor de las pruebas que puedan demostrar el error invocado.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: incongruencia.

No puede estimarse la alegación de incongruencia (1.692, 2.º L. E. C.) cuando no se concreta cuál sea el desacuerdo entre la sentencia y las peticiones.

Civil—obligaciones—prueba—presunción de cosa juzgada.

La identidad de las personas del actor y demandado, del objeto y de la acción que se ejercita en ambos pleitos, así como del fundamento de la oposición a ambas demandas, permite estimar la excepción de cosa juzgada.

SENTENCIA 27 ABRIL 1948**Procesal—competencia—su carácter de orden público.**

No obstante el carácter de rogada de la jurisdicción civil, y no haberse alegado determinado precepto que establece la incompetencia de dicha jurisdicción en el caso de autos, el carácter de orden público de las cuestiones de competencia produce, en debida observancia de dicho precepto, la forzosa abstención de conocer sobre la materia sustraída por precepto legal del ámbito de la actividad procesal de aquella jurisdicción.

ANTECEDENTES.—Un antiguo empleado de una Caja de Ahorros y Monte de Piedad municipal entabló demanda contra esta entidad y contra el Montepío de Empleados de la misma, solicitando la nulidad de los acuerdos de dichos organismos por los que le privaban de su empleo y declaraban no tener derecho a jubilación. La Audiencia Territorial condenó al Montepío al pago de la jubilación. Esta entidad interpuso recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la incompetencia de la jurisdicción ordinaria, deducida de los artículos 427 y 435 del Código de Trabajo. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso por el motivo citado, ya que la cuestión está resuelta por el artículo 40 del Reglamento de 26 de mayo de 1943, no alegado por el recurrente; sentando la doctrina arriba expuesta.

SENTENCIA 30 ABRIL 1948**Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error en la apreciación de las pruebas.**

El posible error en la apreciación de las pruebas únicamente puede ser combatido en casación por la vía señalada en el número 7.º del artículo 1.692 y no por la del número 1.º, haciendo supuesto de la cuestión debatida, estimando probado el mismo hecho discutido en contra de la afirmación hecha por la Sala.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error de derecho en la apreciación de las pruebas.

Para que el error de derecho en la apreciación de las pruebas pueda ser estimado como motivo de casación, es necesario que exista una notoria oposición entre las declaraciones de la sentencia y el contenido textual del documento auténtico, sin que pueda estimarse como tal la

oposición entre la afirmación que se hace y una deducción o presunción más o menos lógica hecha por el recurrente en vista del documento, pero no sobre el texto expreso de éste.

SENTENCIA 1 MAYO 1948

Procesal—casación—infracción de ley—error en la prueba: apreciación en conjunto.

No puede estimarse que sea resultado de la apreciación de la prueba en conjunto, aunque así se manifieste en la sentencia, la declaración de hechos en que se funda su sentencia, cuando expresamente menciona las pruebas o hechos en que apoya su afirmación.

SENTENCIA 14 MAYO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada: necesidad de ocupar el local.

Conforme a lo prevenido en el apartado c) del artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936, no es requisito incluíble que los establecimientos de propietario e inquilino estén dedicados a industria o comercio del mismo tráfico; antes, al contrario, por el hecho de exigirse solamente que sean de la propiedad del dueño, queda excluida, lógica e implícitamente, toda circunstancia de identidad o analogía.

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada—necesidad de ocupar el local.

Como el concepto de necesidad, por los términos generales en que está enunciado, ha de determinarse y apreciarse por el juzgador atendiendo, en cada caso, a su peculiaridad, es obvio que bastará a tal fin que, por los razonamientos aducidos, y por los elementos de prueba aportados a los autos, pueda aquél abrigar la convicción de que no se trata de un mero deseo, o un propósito caprichoso y de simple conveniencia, sino de una verdadera precisión, impuesta por la realidad y las circunstancias del negocio, a los efectos por la ley preestablecidos.

SENTENCIA 14 MAYO 1948

Procesal—desahucio en precario: posibilidad de que lo ejercite el arrendatario.

El arrendatario, y no el propietario de la finca, es quien podría ejercitar acción de desahucio en precario contra quien ocupa parte del local que le fué arrendado en su totalidad.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que para resolver la fundamental cuestión debatida en este pleito, precisa partir de los hechos declarados por la Sala en sus considerandos, que son los siguientes: que con anterioridad al mes de noviembre de 1942, don Luis Rodríguez Ontiveros llevaba en arrendamiento uno de los dos locales (tiendas existentes en los bajos del inmueble de que se trata), que tenía dos huecos a la calle y que destinaba a vivienda y frutería; que durante el tiempo en que fué arrendatario dividía la tienda por medio de un tabique, formando así dos habitaciones, cada una con hueco a la calle, destinado una de ellas a la explotación de la frutería y subarrendada la otra al hoy demandado, don Ricardo Martínez López, que instaló en ella un taller de zapatería; que hacia la mencionada fecha Rodríguez Ontiveros, con expresa autorización del administrador de la casa, traspasó las indicadas tiendas y viviendas, con sus dos departamentos, a don Mariano García San Antonio, a quien formalizó nuevo contrato con el administrador, continuando después del traspaso el taller de zapatería en la habitación en que lo había instalado el demandado; que por la demandante se adquirió por escritura pública la casa en cuestión en 16 de diciembre de 1942, celebrando en febrero siguiente contrato de arrendamiento con García San Antonio, en el que se expresa que el contrato era continuación del anterior; que por la demandante se promovió juicio de desahucio contra García San Antonio sobre rescisión del contrato por subarriendo de parte del local a don Ricardo Martínez, en el que recayó sentencia absolutoria por estimar el Juzgado que la actora no había acreditado el subarriendo y sí únicamente que García San Antonio al entrar en la posesión arrendaticia del local arrendado lo encontró ocupado por Martínez en la parte que éste ocupaba actualmente, limitándose a respetar el indicado estado de hecho.

Tercero. Que con vistas de estos elementos de juicio, y entendiendo la Sala que la demandante arrendó a García San Antonio la totalidad de la tienda a que se hace referencia, incluyendo la porción ocupada actualmente por el demandado en este pleito, por la venta estipulada, no era posible estimar que dicho demandado se encontraba en la situación de precarista, es decir, de persona que disfrutaba la parte de línea ocupada, sin pagar renta o merced, por mera condescendencia de propietario, sino, a lo sumo, del inquilino, único que podría resultar perjudicado por la falta de pago de la renta, por lo que procedía la absolución de la demanda, restando sólo resolver si con esta apreciación se infringieron los diversos preceptos que se citan como vulnerados en los motivos del recurso.

Cuarto. Que agrupando los que se aducen preferentes a la posesión—artículo 41 de la Ley Hipotecaria y 38 de la actual. 348, 438, 444, 445 y 1.232 del Código civil—no puede menos de reconocerse la improcedencia de los motivos de casación a éstos referentes, porque la Sala no desconoce la posesión real que pueda asistir al propietario según el Registro y los efectos de la posesión en concepto de dueño a cuyos indicados preceptos se refieren, sino que afirma que ocupando el demandado

el local en cuestión, no por tolerancia del propietario, sino del inquilino, no puede el demandado tener con respecto al propietario el carácter de precarista, y que habiendo arrendado dicho propietario la totalidad del local al actual inquilino, carece de interés para desahuciar al citado demandado desde el momento en que el inquilino paga el alquiler por toda la tienda arrendada, sin perjuicio de las acciones que contra quien corresponda pudiera asistir al propietario, y esta apreciación, por las razones indicadas, no puede menos de estimarse ajustada a derecho.

Quinto. Que por igual motivo hay que desestimar la infracción alegada de los artículos 1.563 y 1.565 de la Ley Procesal, ya que, negado por los anteriores fundamentos al demandado el carácter de precarista con respecto al propietario, que es el que ejercita contra aquél exclusivamente la acción de desahucio, no cabe sostener que las mencionadas disposiciones hayan sido quebrantadas por la sentencia.

Sexto. Que respecto de la infracción del principio de derecho *nemo dat quod non habet* debe también reputarse inexistente, puesto que el propietario no dió al demandado la parte del local ocupada, sino el anterior arrendatario, permaneciendo en él por tolerancia del actual, que disfruta la posesión arrendaticia del mismo y que es quien únicamente podrá ejercitar acción de desahucio contra él como precarista, procediendo, por todas estas consideraciones, la desestimación del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 MAYO 1948

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error en la apreciación de la prueba documental—documento auténtico: no lo es el contrato con un tercero.

El contrato privado entre una de las partes litigantes y un tercero no puede reputarse documento auténtico a efectos de casación.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error de hecho en la apreciación de la prueba: no se demuestra con la interpretación de un documento.

No es lícito, según jurisprudencia, demostrar el error de hecho en la apreciación de la prueba con la interpretación que el recurrente da a un documento.

SENTENCIA 21 MAYO 1948

Civil—principios generales de derecho—enriquecimiento injusto.

No se puede calificar de injusto el enriquecimiento emanado de una sentencia que lo estima procedente en derecho.

Civil—contratos—incumplimiento voluntario.

Debe presumirse normalmente la voluntad deliberada de no cumplir por el hecho del incumplimiento.

Civil—contratos—compraventa—condicional—cumplimiento fuera del término: no es de aplicar la prórroga del artículo 1.504

No es de aplicar el artículo 1.504 del Código civil, cuando no se trata del pago del precio, sino de una obligación de hacer condición en el contrato.

Civil—obligaciones—cláusula penal—facultad del Juez para reducirla por cumplimiento parcial: no se requiere la buena fe.

El artículo 1.154 del Código civil no exige la existencia de buena fe, pues únicamente subordina la procedencia de la moderación de la pena a la condición de que la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—error en la calificación jurídica de un contrato e interpretación de sus cláusulas: cuándo prospera.

No puede prosperar el recurso de casación por error en la calificación jurídica del contenido de un contrato, pues de todos modos es a las cláusulas pactadas a las que hay que atenerse, salvo que se demuestre que la apreciación hecha por la Sala sobre este extremo haya producido consecuencias erróneas en el fallo.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: necesidad de razonarlos.

No puede prosperar el motivo en el que no se aduzca ninguna razón demostrativa de que los preceptos invocados hayan sido infringidos por la Sala sentenciadora.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos—disposiciones contradictorias: no prospera si no afectan al fallo.

No puede alegarse falta de declaración en el fallo de un extremo discutido por contener declaraciones contradictorias, si éstas no afectan al fallo.

Procesal—resoluciones judiciales—congruencia—sentencia absolutoria.

Al absolver el fallo de la demanda resolver de todas las cuestiones planteadas, según jurisprudencia.

ANTECEDENTES. Don Francisco Torres Trotonda demandó a don Juan Antonio de Güell y López del Piélago, Conde de Güell, sobre incumplimiento de contrato, alegando, sustancialmente, que le fué vendida por el demandado una porción de finca por el precio alzado de 60.000 pesetas, a razón de tres céntimos el palmo cuadrado, abonando en el acto de la firma la cantidad de 30.000 pesetas y quedando el resto aplazado, a satisfacer como se convino, quedando el actor obligado a la venta por parcelas del terreno, poniendo en conocimiento del demandado los contratos que al efecto celebrase para que fuese el propio señor Güell el que otorgara las escrituras públicas de venta a favor de los compradores, quedando también obligado a invertir en obras, construcciones y mejoras en la parte adquirida la cantidad de sesenta mil pesetas, en un plazo de cuatro años, a partir de la fecha de la celebración del contrato, facultando al demandado para prestar su aprobación a la justificación que se le debía ofrecer de la inversión de dicha cantidad.

De acuerdo con lo convenido, gestionó dos contratos privados de promesa de venta de parcelas, obligándose a gestionar del demandado el otorgamiento de las correspondientes escrituras, a lo que éste no se avino, pese a reiterados requerimientos para que lo hiciese.

A los razonamientos del actor opuso el demandado la manifestación de que, no contando con medios suficientes para hacer por sí la parcelación y urbanización de los terrenos, se puso de acuerdo con un socio del actor para que la realizase, cediéndole una parte de la finca al irrisorio precio de tres céntimos el palmo cuadrado, condicionándolo a que invirtiera en obras, construcciones y mejoras la cantidad de sesenta mil pesetas en un plazo de cuatro años, desde la fecha del otorgamiento, no tratándose, por tanto, de una venta pura de terrenos, sino condicionada a que fuese urbanizada y se facilitase en ella la construcción de viviendas.

Negaba los contratos de promesa de venta a que se refería el actor, afirmando que, aun en el supuesto de que existiesen, siempre resultaría que se había excedido en las facultades concedidas por el contrato, en el que se establecía que el comprador gestionaría la parcelación y venta de las parcelas, no pudiendo, por consiguiente, vender una porción de terreno sin parcelar, y no habiéndose ni siquiera atrevido a insinuar que la finca lo fuese.

Señalaba cómo se trataba de obligaciones recíprocas en las que, según el artículo 1.124 del Código civil, las de una parte son condición resolutoria de las de otra, por lo que se había negado rotundamente a los otorgamientos que el actor pretendía, sin haber cumplido él las suyas y sin que fuese válido alegar, como lo hacía, el artículo 8.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940, por no ser éste de cumplimiento imperativo, sino que se limitaba a establecer un derecho de prórroga que tenía que reclamarse ante los Tribunales y por el procedimiento regulado en los artículos 18 al 22, dentro del plazo que determina el 24, todos de la misma Ley. Solicitaba la absolución y formulada reconvencción en súplica de que se declarase la resolución del contrato y el derecho a hacer suyas los 30.000 pesetas recibidas como importe del primer plazo, de acuerdo con la cláusula penal contenida en dicho documento, recobrando el dominio de la finca.

En la contestación a la reconvencción sostuvo el actor la aplicación de la Ley de 5 de noviembre de 1940, defendiendo el derecho a exigir al demandado el cumplimiento de sus obligaciones sin previo cumplimiento de las suyas, por no señalarse en los pactos un orden de preferencia en la ejecución, no pudiéndose hablar de incumplimiento ni, por tanto, de aplicación de la cláusula penal.

El Juzgado de Primera Instancia número 1, de Barcelona, desestimó la demanda, estimando, en parte, la reconvencción, y declaró rescindido el contrato, si bien el demandado entregaría al actor la cantidad de 29.900

pesetas por el precio recibido. La Audiencia pronunció sentencia confirmatoria, a excepción del pronunciamiento de la entrega de la parte del precio que revocó, declarando el derecho del demandado a hacer suya la cantidad recibida.

El demandante formalizó recurso de casación por infracción de ley, por los siguientes

MOTIVOS.-Primero. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; violación de los artículos 1.445 y 1.450 del C. c., al entender la Sala sentenciadora que se trata de un contrato atípico e innominado, en lugar de apreciar el contrato de compraventa.

Segundo. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., interpretación errónea del contrato por violación del artículo 1.281 del Código civil, al entender la Sala que impide el traspaso de la finca al patrimonio del actor; que la obligación de emplear 60.000 pesetas en obras y mejoras es anterior a todas y que el 20 por 100 que el demandado debe percibir de las ventas no es propiamente y en sí dinero, signo monetario en sentido jurídico, cuando se había claramente estipulado que dicho porcentaje se percibiría hasta completar las 30.000 pesetas restantes, siendo imposible dudar que se trataba de un precio cierto.

Tercero. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; violación de los artículos 1.285 y 1.288 del Código civil *ad cautelam* por si la Sala entendiese que los términos del contrato no tienen la claridad prevista en el artículo 1.280 del Código civil.

Cuarto. Número 3.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; incongruencia por no contener el fallo declaración alguna sobre la pretensión deducida sobre vencimiento del plazo.

Quinto. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; interpretación errónea del artículo 8.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940, al no apreciar la Sala que al tiempo de producirse la demanda el actor no había vencido el plazo para cumplir su obligación de invertir las 60.000 pesetas.

Sexto. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; violación del artículo 124 del Código civil y de las sentencias de 5 de febrero de 1944 y 5 de enero de 1945, al dar por resuelto el contrato por incumplimiento por parte del actor de la obligación de inversión.

Séptimo. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; inaplicación del artículo 1.504 del Código civil y de la sentencia de 28 de enero de 1944, ya que en las ventas de inmuebles no rige el artículo 1.124, sino la regla especial contenida en el 1.504, y como ni siquiera se alega que el demandado haya requerido, judicial o notarialmente, al actor para el cumplimiento de su obligación, la consecuencia es que puede ser cumplida aun después de expirado el término.

Octavo. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; violación de los artículos 1.256, 1.100 y 1.124 del C. c., al no apreciar la mora en que incurrió el demandado cuando no había vencido el plazo para el cumplimiento de la obligación del actor, negándose a otorgar las escrituras de venta y librando a éste de las citadas obligaciones hasta que cumpliese lo que le incumbía.

Noveno. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1.121 y 1.467 del Código civil, no comprendiendo el porqué de la cita de estos artículos en la sentencia por referirse el primero a las obligaciones condicionales y siendo en otro considerando considerada la de autos como pura, y no teniendo el segundo ninguna relación con el caso por ser distinto del supuesto de hecho.

Décimo. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.; violación del principio de derecho, según el cual nadie puede enriquecerse torticiosamente en daño de otro (Ley de Partidas, sentencias de 1.º de febrero

de 1928, 8 de enero de 1929 y 6 de junio de 1931, entre otras), y del artículo 1.154 del Código civil al considerar necesaria la existencia de buena fe para la aplicación del citado artículo,

CONSIDERANDOS. -Primero. Que habiendo quedado sin realizar por parte del actor la condición de invertir la suma de setenta mil pesetas en obras, construcciones y mejoras en la finca en cuestión, y por parte del demandado la de otorgar las escrituras correspondientes a las ventas de parcelas que el actor alega, condiciones ambas consignadas en el contrato que se discute, la cuestión que se ofrece como clave para la resolución de este litigio es la de determinar cuál de las dos partes ha incurrido primero en incumplimiento de su obligación, liberando a la otra de cumplir la suya recíproca, según el artículo 1.124 del Código civil lo que, en concreto, se reduce a resolver si la cuestión del actor de invertir dicha suma de setenta mil pesetas en obras, construcciones y mejoras debía preceder a la venta de parcelas, que traía como consecuencia para el demandado el obligado otorgamiento de las correspondientes escrituras.

Segundo. Que, si bien el texto del referido contrato no fija de un modo expreso y terminante el orden de procedencia de dichas obligaciones recíprocas; sin embargo, de la naturaleza de las mismas y del contenido y finalidad del contrato, apreciado en el conjunto de sus cláusulas, se desprende que la inversión de la expresada suma debía tener lugar antes de la venta en parcelas, pues siendo incondicional la obligación de realizar las referidas obras, construcciones y mejoras con la necesaria aprobación del demandado, si esto no se hacía antes de la venta, no se podría hacer nunca, ya que nada podría hacer el obligado en terreno sobre el que había perdido todo derecho y quedaría tal obligación contractual definitivamente incumplida e infringido el contrato cuya finalidad lucrativa para el demandado no parece ser otra que beneficiarse de la plusvalía que había de alcanzar el resto de la finca total que conservaba en su dominio, por efecto de la urbanización de la otra parte que cedía al actor.

Tercero. Que el primer motivo del recurso acusa violación de los artículos 1.445 y 1.450, fundándose en que, contra lo apreciado por la Sala sentenciadora, el contrato de 23 de marzo de 1936 es, a juicio del recurrente, una verdadera compraventa, pero no se señala qué consecuencia ha podido tener tal supuesto error en la parte dispositiva de la sentencia, pues de todos modos es únicamente a las cláusulas pactadas a lo que hay que atenerse, cualquiera que sea la calificación jurídica que se les dé, salvo que se demuestre, lo que no se hace en el recurso, que la apreciación hecha sobre este extremo por la Sala sentenciadora ha producido consecuencias erróneas en el fallo.

Cuarto. Que en el segundo motivo se alega interpretación errónea del repetido contrato, invocando como infringido el artículo 1.281, párrafo primero, del Código civil, que ordena estar al sentido literal de las cláusulas contractuales cuando los términos son claros y no dejan lugar a duda, con lo que el recurrente trata de sustituir el criterio interpretativo de la Sala sentenciadora por el suyo propio y hace supuesto de lo

que es cuestión, no siendo tampoco estimable el motivo tercero consignado *ad cautelam*, toda vez que no aduce ninguna razón demostrativa de que los artículos invocados, que son los 1.285 y 1.288 del Código civil, hayan sido infringidos por la Sala sentenciadora.

Quinto. Que el motivo cuarto ataca el fallo recurrido por no contener declaración alguna sobre el extremo discutido referente al cumplimiento o incumplimiento de la obligación contraída por el actor, fundándose en que hay declaraciones contradictorias que se anulan, apreciando el Juzgado, en considerando aceptado por la Sala de Apelación, incumplimiento parcial, y la Sala incumplimiento total; pero, aparte de que la Sala sentenciadora sólo ha aceptado sustancialmente los considerandos del Juzgado y esta diferencia no aparece como sustancial, tal como en las respectivas sentencias se revela, no puede desconocerse que una y otra son conformes en apreciar no sólo que el actor no ha cumplido la obligación contractual, sino, además, que ese incumplimiento total o parcial es en todo caso suficiente para la rescisión del contrato, por lo que la contradicción supuesta no afecta al fallo, que es a lo que se refiere el artículo 1.692 en su número tercero, invocado en este motivo, y no puede alegarse falta de declaración, pues al absolver dicho fallo de la demanda resuelve todas las cuestiones planteadas, según jurisprudencia de esta Sala.

Sexto. Que el motivo quinto supone que la Sala sentenciadora ha incurrido en error al interpretar el artículo 8.º de la Ley de 5 de noviembre de 1949, no distinguiendo los dos casos que la Ley prevé, y este supuesto no aparece apoyado en ninguna declaración expresa de la sentencia recurrida, que se funda en una razón común a ambos casos, cual es la de no haber solicitado dentro del plazo legal de seis meses, ni por tanto obtenido, la declaración oportuna con arreglo al procedimiento que la misma Ley establece, por lo que es inoperante este motivo, como lo es también el siguiente, que acusa violación del artículo 1.124, por suponer el recurrente que era necesario para decretar la resolución del contrato apreciar voluntad deliberada de no cumplir, siendo así que el citado artículo no alude para nada a tal requisito que arbitrariamente se le añade, debiendo, por otra parte, presumirse normalmente esa voluntad deliberada por el hecho del incumplimiento voluntario.

Séptimo. Que el motivo séptimo pretende denunciar inaplicación del artículo 1.504 del Código civil, que establece que en las ventas de inmuebles podrá el comprador pagar aun después de expirado el plazo convenido, mientras no sea requerido para ello; pero, aun suponiendo que el contrato que se discute incluya una venta, tal disposición no es aplicable a ésta, caso en que no se trata de pago del precio, sino de una obligación de hacer que por la enajenación de extensos terrenos, según la misma tesis del recurrente, se ha hecho imposible de cumplir, por lo menos en cuanto a esos terrenos que el actor considera enajenados, que constituyen, aproximadamente, las siete octavas partes de la total extensión de la finca parcelada.

Octavo. Que el motivo octavo se apoya en el supuesto de que quien

incurrió en mora, incumpliendo la obligación que le incumbía, fué el demandado, supuesto que queda ya rebatido, por lo que no puede ser estimado este motivo, ni tampoco puede serlo el siguiente, que invoca aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1.121 y 1.467 del Código civil, que la sentencia recurrida considera a mayor abundamiento para un supuesto que no admite, dentro del cual tendrían alguna aplicación dichos artículos, a lo menos por analogía y en cuanto a su sentido jurídico, como la Sala los aprecia.

Noveno. Que asimismo es inestimable el motivo décimo, que alega el principio de derecho según el cual nadie puede enriquecerse torticeramente con daño de otro, pues aun suponiendo que hubiera enriquecimiento por parte del demandado, no sería injusto si tenía derecho a él, y no se puede calificar de injusto el enriquecimiento emanado de una sentencia que lo estima procedente en derecho.

Décimo. Que la Sala sentenciadora resuelve no haber lugar a la moderación de la cláusula penal que atribuye al demandado la facultad de hacer suyo el precio recibido, o sea las treinta mil pesetas que el actor le entregó, revocando en cuanto a este extremo el pronunciamiento del Juzgado, y se funda para ello en que la equivocada interpretación que al contrato pretende dar el demandante no permite, a juicio de la Sala, apreciar en su actuación una buena fe manifiesta; pero es indudable que el artículo 1.154 del Código civil no exige tal requisito, pues únicamente subordina la procedencia de la moderación de la pena a la condición de que la obligación principal haya sido en parte o irregularmente cumplida, por lo que la revocación del pronunciamiento de primera instancia en este punto carece de base legal en la sentencia recurrida, y, por otra parte, si bien la Sala aprecia incumplimiento total del contrato por parte del actor, no niega determinadamente los hechos en que el Juzgado se basó para tenerlo por cumplido parcialmente; antes bien, al aceptar aunque sea sustancialmente, el considerando sexto de la sentencia de primera instancia, admite que algo se ha hecho en el sentido de mejora o mayor valor de la finca, por lo que su apreciación de incumplimiento total queda reducida a una cuestión no de hecho, sino de derecho, o de calificación jurídica sobre la cual puede resolver esta Sala estimando como estima el motivo undécimo del recurso.

FALLO.—Ha lugar, confirmando el fallo del Juzgado de Primera Instancia.

SENTENCIA 24 MAYO 1948

Civil—prueba—legislación derogada—documentos públicos: reconstrucción de protocolos destruidos o deteriorados.

Conforme al artículo 286, regla 4.ª, del Reglamento del Notariado de 8 agosto 1935¹, son medios supletorios para reconstruir los protocolos

1. Muy modificado el precepto en el artículo 256, regla 4.ª del vigente Reglamento de 2 de junio de 1944. Véase especialmente la letra d), que no distingue entre medios de prueba principales y supletorios.

destruidos o deteriorados, la copia simple del documento y las declaraciones de los interesados, considerados "conjunta" o "aisladamente", según se desprende del sentido gramatical completo de la norma, que llama en plural "medios supletorios" a la copia simple y a las declaraciones, aunque los una por la copulativa "y".

Civil—prueba—documentos públicos: reconstrucción de protocolos destruidos o deteriorados.

A efectos de reconstrucción de documentos notariales destruidos o deteriorados rige la norma específica del artículo 280 del Reglamento Notarial, y no el artículo 1.221 del Código civil, regulador de la prueba supletoria utilizable a falta de protocolo.

SENTENCIA 24 MAYO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada—subarriendo de locales destinados al ejercicio de comercio e industria.

Ha declarado esta Sala¹ que la omisión del subarriendo como causa del desahucio en el Decreto de 21 enero 1936, disposición meramente aclaratoria de la Ley (sic) de 29 diciembre 1931, no modifica lo establecido en el artículo 5, apartado d) de esta última.

SENTENCIA 24 MAYO 1948

Procesal—comparecencia en juicio: sucesión procesal.

La injerencia en los autos de quien no ha sido llamado, pero que ha comparecido como titular de la relación jurídica en litigio, al ser aceptada por la parte contraria, con desplazamiento del demandado, y aprobada por la autoridad judicial, encuadra en el marco de la sucesión procesal o de cambio de partes, la cual puede considerarse admitida en el art. 9, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, para casos en que existe transmisión de los derechos sobre la cosa litigiosa.

Procesal—comparecencia en juicio: sucesión procesal.

La sucesión procesal impone la aceptación por el interviniente de todo lo actuado en el pleito, como si la acción hubiera sido dirigida contra él desde su iniciación.

ANTECEDENTES.—El Banco Hipotecario hizo en 1926 al dueño de una finca urbana un préstamo a cincuenta años, con garantía de hipoteca sobre la misma. En 1938, bajo dominio rojo, la nueva dueña de la finca

1. Se citan las sentencias de 31 de diciembre de 1946 y 18 de diciembre de 1947.

reembolsó el capital adeudado. La liquidación y el recibo de lo pagado se extendieron a nombre del primitivo dueño, pues aunque la dueña hizo constar su condición al pagar, no había inscrito en el Registro su adquisición ni había dado cuenta de ella al Banco dentro de los quince días siguientes. En 1939 hizo la inscripción en el Registro.

Dictada la Ley de Desbloqueo (1-XII-1939), el Banco demandó de conciliación, el día 9 de marzo de 1940, al primitivo dueño, y dentro de los dos meses siguientes formuló demanda en juicio declarativo contra el mismo, solicitando la revisión del pago y el consiguiente renacimiento del crédito y la hipoteca. No compareció el demandado, pero se presentó espontáneamente en autos la nueva dueña, por escrito de 14-V-1940, y se la tuvo por presentada y parte por providencia del día 20 del mismo mes.

En su escrito se oponía a la revisión, aparte de otras alegaciones, porque la acción para pedir la revisión de pagos prescribió a los tres meses de dictarse la Ley de Desbloqueo (el 11-III-1940, según dispone taxativamente la Orden de 6-II-1940).

El Juzgado Especial de Desbloqueo no admitió la excepción de prescripción; la demandada apeló y, confirmada la sentencia, recurrió por los siguientes

MOTIVOS.—1.º Aplicación indebida de los arts. 1.203, 1.204, 1.205 y violación del 1.156 y 1.158 del C. c., porque no hubo novación, sino pago por tercera persona.

2.º Aplicación indebida del art. 36 de la Ley de creación del Banco Hipotecario y del art. 35 de sus Estatutos y violación de los arts. 58 y 75 de la Ley de Desbloqueo, que exige la citación de todos los interesados en la revisión.

3.º Interpretación errónea del art. 36 de la Ley de creación del Banco Hipotecario y del 95 de sus Estatutos, que se refieren sólo a los procedimientos que el Banco dirija "para el cobro de sus créditos", a efectos de que perjudiquen al adquirente que no dé consentimiento al Banco de su adquisición dentro de los quince días.

4.º Aplicación indebida del art. 23 y violación del 25 de la Ley Hipotecaria, ya que el título de la recurrente estaba inscrito antes de publicarse la Ley de Desbloqueo.

5.º Interpretación errónea del art. 39 de la Ley de Desbloqueo, pues el Banco no demandó a la recurrente hasta mayo, cuando ya había finalizado el plazo; y

6.º Error de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDOS.—Primero. (Recoge los antecedentes.)

Segundo. Que esta injerencia en los autos de quien no ha sido llamado, pero que ha comparecido como titular de la relación jurídica puesta en litigio, por lo que afecta en particular al renacimiento de la garantía hipotecaria al ser aceptada por la parte contraria con desplazamiento del demandado, contra quien fué dirigida la acción, provoca una alteración de litigantes que, una vez aprobada por la autoridad judicial, encuadra en el marco de la sucesión procesal o de cambio de partes, la cual, si bien no está debidamente reglamentada en nuestro derecho positivo, late y puede considerarse admitida en el artículo 9.º, número 4.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil para casos como el de autos, en el que existe transmisión, aun a título singular, de los derechos sobre la cosa litigiosa, con reconocimiento por resolución judicial y audiencia de la parte contraria, siquiera en dicho precepto esté regulada la alteración de las partes liti-

gantes con miras solamente a la cesación del Procurador del transmitente del derecho controvertido.

Tercero. Que el mero hecho de cambio de partes con mantenimiento de la acción ejercitada impone, por virtualidad propia de la sucesión procesal, la aceptación por el interviniente de todo lo actuado en el pleito, cual si la acción hubiera sido dirigida contra él desde su iniciación, y, en consecuencia, solicitada oportunamente la revisión mediante la demanda de acto conciliatorio presentada antes del 11 de marzo de 1940, con secuela de renacimiento de la hipoteca, y entablada dentro de los dos meses siguientes la demanda ordinaria contra el primitivo deudor, los efectos de esta oportuna actuación trascienden al tercer adquirente que por propia voluntad desplazó en los autos al primeramente demandado, como sucesor de éste en el dominio de la finca hipotecada, no tanto porque, según los artículos 36 de la Ley fundacional del Banco y 95 de sus Estatutos, los procedimientos dirigidos contra el causante para el cobro del crédito perjudicarán al tercer adquirente que no haya cumplido la obligación de comunicar al acreedor dentro de quince días la adquisición de la finca gravada, sino principalmente porque dicho perjuicio le sobreviene por virtud de la aceptación del proceso en los términos en que ya estaba iniciado, y esto basta para mantener el fallo denegatorio de la excepción de prescripción de la acción revisoria, con la consiguiente desestimación de todos los motivos del recurso, en los que a base de que la recurrente hizo saber al Banco que había adquirido la finca al tiempo de realizar el pago de la deuda—no dentro de los quince días siguientes al de la adquisición—y de que la inscripción de su derecho en el Registro constaba ya al ser ejercitada la acción, se pretende que la demanda debió ser dirigida contra ella y, al no haberlo hecho, sólo le afectan las consecuencias del proceso a partir de la fecha en que compareció en él, ya extinguida la acción ejecutoria, pero aun admitido que por los fundamentos de hecho del recurso la acción debió ser entablada conjuntamente contra el primitivo deudor y el tercer adquirente si se pretendía el renacimiento de la acción personal contra aquél y el de la acción hipotecaria contra éste, lo indudable es que la falta quedó subsanada por la virtualidad propia de la sucesión procesal, según queda expresado, por lo que son inoperantes en casación las infracciones que el recurso denuncia.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 MAYO 1948

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: cuestiones de hecho.

La determinación de la causa de unos daños materiales es una cuestión de hecho a los efectos del recurso de casación.

SENTENCIA 31 MAYO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia: quebrantamiento de forma.

El error en el plazo concedido por el Juez municipal al apelante para comparecer ante el Tribunal Superior en virtud de la apelación no constituye vicio de forma esencial a los efectos de un recurso de injusticia por quebrantamiento.

ANTECEDENTES.—El Juzgado de Primera Instancia dió lugar a un desahucio planteado al amparo de la legislación común por no estimar el demandante que era de los sometidos a la legislación especial por considerarlo de temporada. El recurso se fundaba en que el plazo para la apelación fué de diez días y no de ocho, como previene al art. 1.583 de la Ley de E. C. La sentencia declara no haber lugar al recurso.

AUTO 31 MAYO 1948

Procesal—casación—inadmisión: por insuficiencia del poder.

Es insuficiente el poder conferido por el Consejero Delegado de una Sociedad cuando en la escritura no se rescñan en todo o en parte las facultades de aquél, que habrá de transmitir al Procurador.

SENTENCIA 1 JUNIO 1948

Civil—contratos—compraventa: tradición.

La "traditio ficta" del artículo 1.462 del Código civil confiere la "posesión real" de la cosa¹.

Civil—posesión: conflictos posesorios.

El conflicto entre una posesión real y una posesión judicial simultáneas ha de resolverse con arreglo a las normas del artículo 445 del Código civil.

Civil—contratos—compraventa: supuesto de doble venta.

El precepto del artículo 1.473 del Código civil requiere la existencia de un solo vendedor, con facultad para disponer de la cosa.

Civil—contratos—requisitos para su validez—inexistencia.

La venta realizada por quien no es dueño de la casa vendida es inexistente por falta de objeto.

¹. Véase el considerando segundo.

Hipotecaria—legislación derogada—inscripción: efectos.

La presunción "juris tantum" del artículo 41 de la Ley hipotecaria requería no estar inculpada "ab initio" por lo prevenido en el artículo 34 de la propia Ley²

Hipotecaria—legislación derogada—inscripción del derecho hipotecario.

Conforme al artículo 71 del Reglamento hipotecario de 6 de agosto de 1915, en favor de uno de los herederos no cabe inscribir antes de la partición sino el derecho hereditario en abstracto, por muy exiguas que sean, según lo consiente el Apéndice aragonés, las porciones legitimarias de los restantes³.

ANTECEDENTES.—En virtud de testamento mancomunado (el pleito es de origen aragonés), otorgado por D. Pedro Sánchez y su esposa, al fallecimiento de ésta (1928) pasaron a propiedad del primero las dos fincas rústicas objeto de este litigio, sitas en jurisdicción del Juzgado de Daroca. La transmisión no fué inscrita en el Registro de la Propiedad.

En 1929, D. Pedro Sánchez vendió las citadas fincas según consta en escritura pública, a su hijo D. José, que desde entonces las poseyó en concepto de dueño, aunque la adquisición no fué inscrita en el Registro, por no figurar las fincas a nombre del vendedor, según ya se ha indicado.

En nuevo testamento (1932), que desconoce el artículo 19 del Apéndice aragonés, D. Pedro Sánchez dejó a su hija doña Antonia la totalidad de sus bienes, salvo las porciones legitimarias atribuídas a los dos hermanos de ésta (25 pesetas a cada uno). El testador falleció al año siguiente.

En 1941, doña Antonia consigue, apoyándose en los dos testamentos mencionados, inscribir a su favor en el Registro de Daroca el derecho hereditario de las fincas litigiosas, pese a no presentar escritura de partición de la herencia, vendiéndolas posteriormente a D. Andrés Cortés, que también inscribió su pretendido derecho, y consiguió le fuera concedida la posesión judicial de ambas fincas (junio 1941).

En mayo 1943, obtuvo, en juicio de mayor cuantía, D. José Sánchez la devolución de las fincas con los frutos pendientes; pero en febrero de 1945 la Audiencia de Zaragoza revocó la sentencia, absolviendo a los demandados, aunque reconocía la nulidad del segundo testamento. Contra esta sentencia se interpuso recurso de casación por los siguientes

MOTIVOS.—Al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

1.º Infracción de los artículos 33 y 79 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 71 de su Reglamento.

2.º Infracción de los artículos 30, 31 y 32 del Apéndice foral aragonés, y error de hecho en la apreciación de la prueba.

3.º Infracción de los artículos 1.261 del Código civil y 20 de la Ley Hipotecaria.

4.º Infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 1.473 del Código civil.

5.º Infracción de los artículos 348, 444, 445, 455, 1.162, 1.940, 1.941, 1.557 del Código civil y 41 de la Ley Hipotecaria.

CONSIDERANDOS.—Primeramente. Que la nulidad del testamento otorgado por D. Pedro Sánchez Rubio en 1.º de julio de 1932, decretada tanto por

2. Hoy, artículos 33 y 34 (modificados), respectivamente.

3. Actual artículo 83 (Reglamento de 14 febrero 1947).

la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como por la resolución de que ahora se recurre y la subsistencia del contrato de compraventa de las fincas objeto del litigio celebrado entre el dicho D. Pedro Sánchez Rubio y su hijo D. José Sánchez Gutiérrez mediante escritura pública de 6 de diciembre de 1929, que también se reconocen en los considerandos formulados por la Sala de instancia, son los puntos de que hay que partir para el estudio de las cuestiones que se plantean en el presente recurso, porque según se aprecien las consecuencias de uno y otro documento se llegará a la determinación de a quién corresponde el dominio de las fincas en cuestión sobre las que se ejercita la acción reivindicatoria base del pleito.

Segundo. Que D. Pedro Sánchez Rubio, que por virtud del testamento mancomunado con su esposa, doña Manuela Julián, en agosto de 1926, había llegado a obtener, fallecida ésta en junio de 1927 y previa la oportuna declaración de herederos, el dominio de las fincas discutidas que habían sido adquiridas constante matrimonio, pudo enajenarlas con pleno derecho, como lo hizo, por la escritura de 6 de diciembre de 1929 a su hijo, el hoy recurrente D. José Sánchez Gutiérrez, siendo de notar que por no haber sido inscrita en el Registro de la Propiedad la adjudicación de las dichas fincas por el viudo heredero Sánchez Rubio, no pudo tampoco verificarse la inscripción a favor del actor señor Sánchez Gutiérrez de la compraventa realizada por la mencionada escritura, pero como la falta de subsanación del defecto registral aludido no puede perjudicar los derechos adquiridos por el contrato contenido en el instrumento público de referencia y que no ha sido impugnado en ningún momento, es indudable que la transmisión del dominio quedó realizada, mediante tal acto, que las dichas fincas salieron del patrimonio del vendedor y pasaron al del comprador, quien por "traditio ficta" del artículo 1.462 del Código civil adquirió también la posesión real de los predios, además de la material que siguió teniendo, mas en la sentencia de que se recurre, aun reconocida esta situación jurídica del actor, se contraponen a su eficacia el contrato de compraventa que en 26 de marzo de 1941 doña Antonia Sánchez Agustín celebró con D. Andrés Cortés, y la posesión judicial que de las repetidas fincas fué conferida a éste en 25 de junio de 1941, resolviendo la colisión de derechos dimanantes de ambas simultáneas posesiones a favor de D. Andrés Cortés por tener inscrito su título y amparado, por tanto, por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria vigente a la sazón, pero en estas consideraciones se advierte el error en que ha incurrido la Sala, pues de tratarse sólo de resolver el conflicto de la posesión habría de aplicarse el artículo 445, y sería a D. José Sánchez Gutiérrez, el poseedor más antiguo a quien favoreciera el precepto, y con una invocación del artículo 41 de la Ley Hipotecaria sitúa la cuestión en el supuesto de la doble venta a que se refiere el artículo 1.473 del Código civil en relación con la atribuida posición de tercero hipotecario del comprador, D. Andrés Cortés, y este supuesto ha de rechazarse, en primer lugar, porque el precepto del artículo citado 1.473 del Código civil, requiere un solo vendedor y que tenga facultad para disponer de la cosa, y diferentes compradores, y

en el caso presente es cierto que hubo dos ventas, pero la primera se realizó por quién podía hacerlo por disponer de las fincas, que se hallaban en su patrimonio, y en el segundo contrato, la vendedora, que no fué la misma otorgante de la venta anterior y que no podía disponer de la cosa objeto de la convención, puesto que no había llegado a entrar en su patrimonio, realizó una venta que por carecer de objeto ha de reputarse inexistente, y en segundo lugar porque para que el comprador en el último contrato resultase amparado por la presunción *juris tantum* del artículo 41 de la Ley Hipotecaria había de requerirse que su inscripción no estuviese invalidada ab initio por lo prevenido en el artículo 34 de la misma Ley, como acontece, porque además de que la vendedora, doña Antonia Sánchez, no podía transmitir el dominio de lo que no tenía en su poder, no hay que olvidar que al otorgar el contrato de compraventa de 26 de marzo de 1941 no tenía derecho alguno sobre las repetidas fincas inscrito a su favor en el Registro de la Propiedad, faltando ya con esto la condición que el precepto citado exige de que el contrato se hubiere otorgado por persona que en el Registro apareciese con derecho a ello, aparte de la visible circunstancia de hallarse viciada la actuación registral de la vendedora, doña Antonia Sánchez por la ineficacia en Aragón del testamento de 1932, después declarado nulo, de que son consecuencia los actos realizados, y que de esta anómala situación tuvo conocimiento el comprador se infiere no sólo por las resueltas manifestaciones de la propia vendedora al contestar la demanda, sino porque las inmediatas fechas de las inscripciones verificadas en el Registro para asegurar su derecho hubieron forzosamente de revelárselo, y de todo lo anteriormente expuesto se deduce que reconocida como subsistente la venta realizada entre D. Pedro Sánchez en 1929, debe reputar inexistente por falta de objeto la compraventa que doña Antonia Sánchez otorgó en 1941 a don Andrés Cortés y nulas, en consecuencia, por falta de título eficaz, la inscripción que se realizó en el Registro de la Propiedad de Daroca en 26 de agosto de 1941 de las fincas en cuestión a favor de dicho D. Andrés Cortés y la subsiguiente posesión judicial que le fué conferida en 25 de junio siguiente, y no habiéndolo entendido así la Sala sentenciadora ha infringido los artículos del Código civil y de la Ley Hipotecaria que se citan en los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso, que deben ser estimados.

Tercero. Que el acceso de doña Antonia Sánchez Agustín al Registro de la Propiedad de Daroca para la inscripción de su dominio de las fincas cuya propiedad se discute en este pleito fué realizada al amparo del testamento abierto que su padre, D. Pedro Sánchez Rubio, otorgó en Zaragoza el 1.º de julio de 1932, y en virtud de este documento, habida cuenta de que en él figuraban tres herederos, es innegable que, a menos de vulnerar el contenido del artículo 71 del Reglamento hipotecario de 6 de agosto de 1915, a la sazón vigente, no debió inscribirse a favor de dicha señora sino simplemente su derecho hereditario en abstracto, ya que la partición de la herencia exigida en dicha norma no se había formalizado conforme a la ley, y por muy exiguas que fuesen, según lo consienten

las disposiciones del Apéndice al Código correspondiente a Aragón, las porciones legitimarias otorgadas a los otros dos herederos, argumento en que se apoya la sentencia recurrida para, soslayando el precepto hipotecario aludido, dar por válida la inscripción de adjudicación de fincas realizada a favor de doña Antonia Sánchez, no podía practicarse esta repetida inscripción sin que se acreditase que por existencia de otros bienes en la herencia con que satisfacer aquellas legítimas o por cargar con tal obligación con bienes propios la heredera, podían serle adjudicadas en su totalidad las tan repetidas fincas, y por el incumplimiento del precepto mencionado ya habría motivo suficiente para estimar nula la inscripción de que ahora se trata, además de que, aun con testamento válido, tales fincas no formaban parte de la herencia, pero sin necesidad de aplicar esta causa, decretada la nulidad del testamento al principio mencionado, primeramente por el Juzgado y ratificado dicho pronunciamiento después por la Audiencia, es obligado reconocer también la nulidad de las inscripciones que en virtud de tal documento se practicaron y su consecuente cancelación, pues la nulidad declarada del título originario, no convalidada por la inscripción (art. 33 de la Ley Hipotecaria), provoca la cancelación de aquéllas a tenor de lo que dispone en el número tercero del artículo 79 de la misma disposición legal, y habiendo incurrido la Sala de instancia en error al aplicar estos principios, procede estimar asimismo los motivos primero y segundo en que se apoya el recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 3 JUNIO 1948

Civil—arrendamientos: concepto de merced.

En la acepción de la palabra merced, a que se refiere el artículo 1.565 de la L. E. C., puede entrar el alquiler o precio que se paga por un arrendamiento y también el salario o beneficio que se satisface por servicios prestados, pero no gastos que no aparecen hechos ni aceptados por el dueño a título o en equivalencia de alquiler, ni como contraprestación por el disfrute de la vivienda.

Proce-al—hechos probados.

Prevalece en casación el criterio de la Sala sentenciadora, siempre que no se combata la apreciación de la prueba al amparo del artículo 1.692, núm. 1, de la L. E. C.

Civil—cuasi contrato.

No puede estimarse su existencia si no consta ningún acto voluntario del que pudieran surgir obligaciones para su autor.

ANTECEDENTES.—A. presentó demanda solicitando el desahucio de B. por tenencia en precario de una finca urbana de su propiedad. El demandado se opuso, exponiendo que había satisfecho diversas cantidades por gastos de conservación de la casa, y por atenciones prestadas a un pariente de A., todo lo cual le excluía de su condición de precarista. El Juez de primera instancia estimó la demanda, y en apelación fué confirmada su sentencia. B. interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción por aplicación indebida del artículo 1.565, núm. 3.º, de la L. E. C., por atribuirse al recurrente la condición de precarista, pues comenzó a habitar la casa por libre voluntad de sus dueños, y ha satisfecho merced, ya que no precio, pues debe considerarse como tal las atenciones prestadas a un pariente de A. y haber verificado gastos de conservación de la casa.

Segundo. Infracción por violación del artículo 1.887 C. e., pues A. había convenido con B. que un pariente suyo fuese cuidado por éste, para lo cual B. había abandonado la casa que habitaba y ocupó la de A.

CONSIDERANDOS.—Segundo. En cuanto a la primera de tales alegaciones, que los gastos hechos por el demandado en la casa que ocupa, y cuyo importe, según el parecer de un testigo, no debió de llegar a doscientas pesetas, no pueden ser apreciados como pago de merced a que se refiere el artículo 1.565 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues en la acepción de la palabra merced puede entrar el alquiler o precio que se paga por un arrendamiento y también el salario o beneficio que se satisface por servicios prestados, pero no gastos como los alegados, que no aparecen hechos ni aceptados por el dueño a título o en equivalencia de alquiler, ni como contraprestación por el disfrute de la vivienda, no siendo racional estimar como título de permanencia indefinida en la casa los dispendios hechos una vez y no por prestaciones periódicas y que debieron redundar, a lo menos en parte, en utilidad o ventaja del propio demandado.

Tercero. En cuanto a la segunda razón o motivo que se alega como título excluyente del precario, o sea, las atenciones y cuidados dispensados en el mismo domicilio al pariente del actor, de avanzada edad, tales servicios no pueden ser tenidos en cuenta a efectos de resolución de este recurso, toda vez que son un hecho que la Sala sentenciadora, aceptando los considerandos del Juzgado, no lo tiene por suficientemente probado, a lo que forzosamente tiene que atenerse este Tribunal, por no haber sido combatida tal apreciación al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, y aun en el caso de que tal hecho se diera por probado le serían aplicables las consideraciones expuestas, ya que tampoco constituye una contraprestación equivalente al alquiler o sustitutiva de él, no constando, por otra parte, en qué condiciones convive dicho señor con el demandado.

Cuarto. Que el segundo motivo del recurso invoca infracción del artículo 1.887 del Código civil referente a los cuasi contratos, cuya noción no es muy precisa en la doctrina, pero, aparte de que esta cuestión no ha sido debatida en el pleito, una vez descartados en méritos de lo expuesto los hechos en que el recurrente se apoya como título de ocupación del inmueble, no puede estimarse la existencia de un cuasi contrato, pues

no con la ningún acto voluntario del actor del cual resulte obligado contra su derecho, derecho que además puede entenderse reconocido por el demandado en su carta de 8 de mayo de 1946, obrante en autos, y en el acto de conciliación celebrado en 15 de junio del mismo año al mostrarse dispuesto a desalojar la casa en cuanto encuentre otra habitación, sin alegar entonces ningún título obstativo del desahucio.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 JUNIO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—disposición transitoria 2.^a de la Ley de 31 de diciembre de 1946—su retroactividad.

La disposición transitoria 2.^a del texto articulado de la Ley de 31 de diciembre de 1946 responde a razones de orden público, según se consigna en el preámbulo de la Ley, lo que impone su aplicación, reclamada que sea por la parte, incluso a los litigios pendientes al aparecer la nueva Ley.

SENTENCIA 11 JUNIO 1948

Civil—arrendamiento de industria—unidad de la relación jurídica.

Tratándose de un arrendamiento de industria, en que todos los bienes arrendados forman un conjunto constituido por todos los componentes que funcionan en adecuada conexión, sirviendo a la unidad de fin o de destino que dió vida al contrato, no cabe deducir de la diversa naturaleza, mueble o inmueble, fungible o no fungible, de dichos elementos relaciones jurídicas distintas.

Civil—arrendamiento de industria—derecho de desahucio contra el subarrendatario.

El hecho de que el arrendatario de un establecimiento industrial haya llevado a éste ciertos muebles de su propiedad no puede ser obstáculo a que el arrendador, ajeno a tal aportación, ejercite su derecho de desahucio contra el subarrendatario, sin perjuicio de que los referidos muebles puedan ser retirados por quien tenga derecho a ello.

Procesal—arrendamiento—incumplimiento de obligaciones del arrendatario—proceso utilizable por el arrendador.

El artículo 1.556 del Código civil no se opone al número 3.º del 1.569, pues si así fuera la disposición de ese número 3.º resultaría inútil, ya que nunca podría ser aplicable, por lo que es indudable que el arrendador, en tales casos, puede, a su elección, utilizar la vía del juicio declarativo o ejercitar la acción de desahucio.

Procesal casación—motivos—error de hecho en la apreciación de la prueba—interpretación y calificación hechas por el Tribunal “a quo”.

No discutiéndose una cuestión de hecho, sino de interpretación y calificación jurídicas, no es permitido, al amparo de un pretendido error, sustituir el juicio de la Sala sentenciadora por el del recurrente, ni hacer supuesto de lo que se discute.

ANTECEDENTES.—Las propietarias de un edificio lo arrendaron a los esposos A. y B., facultándoles para subarrendarlo dando conocimiento a dichas propietarias. A. y B. arrendaron a C. el hotel y bar que tenían establecido en el edificio, subarrendando por consiguiente éste, arrendando los muebles del establecimiento, y obligándose C. a verificar, en un plazo de seis meses, ciertas obras de reparación por daños existentes en el edificio, así como a conservarlo por su cuenta en perfecto estado de conservación; también se estipuló que C. podría subarrendar la industria. Más tarde, C. traspasó a D. y a E. los derechos y obligaciones dimanados del anterior contrato, aceptando los últimos las obligaciones adquiridas por C. en su contrato con A. y B., y recibiendo, además, en arrendamiento nuevos muebles pertenecientes a C. Este no había realizado las obras concertadas. La Fiscalía de la Vivienda requirió a A. y B. para la realización de ciertas obras de conservación del edificio. A. y B. a su vez, demandaron de conciliación a D. y E., reclamándose la realización de dichas obras; el acto se celebró sin avenencia, reservándose A. y B. el derecho de realizar las obras por cuenta de D. y E., y exigirles la oportuna indemnización. Una de las dueñas del edificio, requerida notarialmente por orden de D. y E., manifestó que, al facultar a A. y a B. para subarrendar, no habían pensado que éstos traspasaran la obligación de realizar las obras. Finalmente, A. y B. ejercitaron la acción de de desahucio contra D. y E. al amparo del artículo 1.569, número 3.º, del Código civil. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda. D. y E. interpusieron recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción de los artículos 1.569, número 3.º, y 1.556 del Código civil; 1.562, 1.563 y 1.575 de la L. E. C., y de doctrina legal; así como error en la apreciación de la prueba, y abuso o exceso de jurisdicción: no procedía el juicio sumario de desahucio debido a la complejidad de relaciones existente, muy distinta de un sencillo contrato de arrendamiento, y, además, por mediar también un arrendamiento de muebles.

Segundo. Aplicación indebida del artículo 1.569, número 3.º, del Código civil, y error en la apreciación de la prueba: las obras reclamadas no eran las concertadas; eran, además, obligación personal de A. y B., como resulta del requerimiento notarial hecho a las dueñas; y, además, A. y B. consintieron la infracción al no reclamar pasado el plazo convenido.

Tercero. Infracción del artículo 1.569, número 3.º, y de doctrina legal, y error en la apreciación de la prueba; el artículo 1.569, número 3.º, sólo puede ser aplicado si media dolo, culpa o negligencia del arrendatario. En el acto de conciliación, A. y B. renunciaron la acción de desahucio al optar por la indemnización.

CONSIDERANDOS.—Primero. El objeto de los contratos discutidos en el pleito es una verdadera industria, aunque se arrienden o subarrienden bienes de naturaleza diversa, todos ellos forman conjunto constituido por todos los componentes que funcionan en adecuada conexión, sirviendo a

la unidad de fin o de destino que dió vida a tales contratos, por lo que no cabe deducir de la diversa naturaleza mueble o inmueble, fungible o no fungible de dichos elementos, relaciones jurídicas distintas, pues lo que se ofrece a la apreciación del juzgador es una sola relación arrendaticia por la que se transmite una industria comprensiva de todos los elementos que la integran.

Segundo. En el contrato de arrendamiento de un inmueble destinado a industria de hotel y bar se facultó a los arrendatarios, los cónyuges A. y B., para subarrendar por el precio y condiciones que libremente estipularan, dando cuenta a las propietarias, y si bien esta obligación no aparece cumplida, y, por otra parte, una de las propietarias declaró, contestando a requerimiento notarial, que la obligación que se impuso a los arrendatarios, los consortes A. y B., y que éstos transmitieron a C., de realizar las obras de reparación de los desperfectos sufridos en el inmueble por los efectos de la guerra, lo fué en la creencia de que era una obligación personal que no había de ser traspasada; todo ello podía haber motivado en su caso reclamación por parte de dichas propietarias otorgantes del dicho contrato, las cuales, no obstante haberse enterado oficiosamente de las sucesivas cesiones del inmueble, no aparece que se hayan opuesto a ellas; pero tal alegación es improcedente por parte de los que han aceptado la situación contractual del arrendatario, y sobre ella han establecido sus pactos.

Tercero. El recurrente alega que las obras a que la Audiencia estima haberse obligado C., D. y E., y cuya realización fué exigida a A. por la Fiscalía de la Vivienda, no son de consolidación ni de reparación de avería por efecto de la guerra civil, ni a ellas se refiere la sentencia recurrida; pero es obvio que, habiendo dado lugar al desahucio la Sala sentenciadora precisamente por la no realización de dichas obras exigidas por la Fiscalía de la Vivienda, a éstas y no a otras se refieren las obras de conservación, que habían de recaer sobre C., toda vez que éste se obligó expresamente, no sólo a reparar los desperfectos causados por la guerra, sino, además, a tener el edificio en perfecto estado de conservación, cuyos gastos dice el contrato que correrían de su cuenta y riesgo, y que están comprendidos en el concepto de reparaciones necesarias a fin de conservar la cosa en estado de servir para el uso a que ha sido destinada, a que se refiere el artículo 1.554 del Código civil, reparaciones que son a cargo del arrendador, como dice el recurrente; pero no cuando en el contrato se ha pactado otra cosa, como en este caso sucede, a parte de que, con arreglo al artículo 1.562 del Código civil, el arrendatario es responsable del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya.

Cuarto. En el recurso se acusa error de hecho en la sentencia recurrida, estimando documentos auténticos que lo demuestran los contratos discutidos; pero no se señala concretamente en tal alegación en qué consiste el error, es decir, cuál es la afirmación de la Sala sentenciadora que contradiga alguna otra de tales documentos, ni tal contradicción se infiere del fallo ni de los considerandos de la sentencia recurrida, no siendo

la que se discute en este pleito una cuestión de hecho, sino de interpretación y calificación jurídica, por lo que al amparo de un pretendido error no es permitido sustituir el juicio de la Sala sentenciadora por el del recurrente, ni hacer supuesto de lo que se discute.

Quinto. El hecho de que C. haya llevado ciertos muebles de su propiedad al establecimiento industrial no puede ser obstáculo a que los demandantes, ajenos a tal aportación, ejerciten su derecho de desahucio, derecho que se haría fácilmente ilusorio si los arrendatarios pudieran impedirlo por tan sencillo procedimiento, sin perjuicio de que los referidos bienes muebles puedan ser retirados por quien tenga derecho a ello.

Sexto. La alegación de que el incumplimiento de la obligación de realizar las obras referidas no se ha debido a dolo, culpa o negligencia de los recurrentes no puede estimarse ante el hecho de haber sido éstos requeridos a tal efecto, negándose a cumplir esa condición del contrato, por lo que hay que apreciar que tal incumplimiento ha sido con toda evidencia consciente, intencional y deliberado, sin que haya razón para eximirlos de la responsabilidad que con arreglo al contrato y en orden al desahucio contrajeron, lo que hace indudablemente aplicable el número 3.º del artículo 1.569 del Código civil, ni hay tampoco motivo para apreciar que el incumplimiento haya sido consentido por los arrendadores, pues si bien en el contrato de éstos con C., al que fueron ajenos los recurrentes, se pactó que las obras de consolidación y reparación se habían de realizar en un plazo de seis meses, el transcurso de este plazo sin haberlas realizado no extingue la obligación liberando al obligado, sino que es precisamente lo que hace nacer las consecuencias del incumplimiento, aparte de que, basándose la petición del demandante en no haberse realizado las obras exigidas por la Fiscalía de la Vivienda mucho después de terminado ese plazo de seis meses, no puede alegarse una pretendida conformidad o consentimiento del arrendador en un tiempo anterior; y, finalmente, tampoco se opone el artículo 1.556 del Código civil a la aplicación del número 3.º del 1.569, pues si la tesis de los recurrentes prevaleciera, la disposición de ese número resultaría inútil, ya que nunca podría ser aplicada, por lo que es indudable que el arrendador ha podido, a su elección, utilizar la vía del juicio declarativo o ejercitar la acción de desahucio.

Séptimo. En el recurso se alega que en el acto de conciliación promovido por A. y B., optaron éstos por la subsistencia del contrato, pidiendo la ejecución de las obras, y conminando a los demandados con exigirles su coste y la indemnización de daños y perjuicios; pero es obvio que si los demandados pudieron evitar el desahucio, allanándose a la petición de los actores, al no ser aceptada ésta, quedó libre a los actores la vía judicial del desahucio, que, no necesitando acto de conciliación, no puede estar impedida por el que en este caso se celebró sin avenencia y en el cual los arrendatarios no hicieron renuncia de los derechos que la Ley procesal les atribuye.

Octavo. Por el contrato de los recurrentes con C. aquéllos aceptaron las obligaciones todas que había aceptado éste en el que celebró con los

consortes A. y B., y se obligaron a cumplirlas estrictamente, declaración cuyos términos claros no dejan lugar a duda sobre su sentido y alcance, y siendo así, no puede alegarse que desconocían la obligación contraída por C. de realizar las repetidas obras, cosa no probada ni presumible, y que aun de ser cierta revelaría una negligencia a ellos imputable y que no anularía la responsabilidad contraída en el contrato de traspaso, no atacado de nulidad, y que, de no ser válido, colocaría a los recurrentes en situación de precaristas.

Noveno. Aunque los hechos sobre que se basan las alegaciones de las partes son, en apariencia, complejos por la sucesión de contratos distintos, no existe en las cuestiones suscitadas una complejidad jurídica que impida resolverlos en este juicio de desahucio.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 JUNIO 1948

Vid. la sección "Sentencias anotadas", en este mismo Fascículo, página 292.

SENTENCIA 14 JUNIO 1948

Civil — arrendamientos urbanos — disposiciones transitorias — irretroactividad.

El artículo 12 de la actual Ley de arrendamientos urbanos no es aplicable, dado su carácter sustantivo, a un proceso resuelto con antelación a la vigencia del nuevo ordenamiento legal.

SENTENCIA 15 JUNIO 1948

Vid. la sección "Sentencias anotadas", en este mismo Fascículo, página 282.

SENTENCIA 15 JUNIO 1948

Arrendamientos urbanos — desahucio — causas — excepción a la prórroga — interpretación: debe ser restrictiva.

Las causas de desahucio como determinantes de la extinción del vínculo arrendaticio constituyen la excepción a la regla general y, por tanto, deben ser interpretadas restrictivamente.

SENTENCIA 19 JUNIO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—Derecho derogado—desahucio—por necesitar el local el propietario—indemnización.

La indemnización al desahuciado prescrita por el art. 5.º, c), del D. 21-II-1936, en relación con el art. 5.º, a), del D. 31-XII-1931, es única, aunque por razón de cuantía y obligación de probanza puede revestir dos modalidades: a) tasada "ex lege", sin prueba, y b) tasada en pleito de daños y perjuicios. El arrendatario ha de optar por una de las dos; si opta por la segunda no puede el Tribunal ante el cual la demande concederle la primera.

Civil—arrendamientos urbanos—Derecho derogado—desahucio—por necesitar el local el propietario—indemnización.

Son daños ocasionados por el desahucio al arrendatario el precio justo del traspaso que tenga que satisfacer para adquirir nuevo local y todos los demás daños y perjuicios previsibles, según dispone el art. 1.107 del C. c.

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: ejercicio excesivo de jurisdicción e incongruencia.

La Sala que absuelve al apelado del pago de la indemnización de daños y perjuicios judicialmente probados en primera instancia, cuando el apelante pidió la ampliación de dicha indemnización y el apelado se adhirió a la apelación en el punto concreto de la no procedencia de la indemnización tasada en la ley (alternativa con aquélla) incurre en ejercicio excesivo de jurisdicción y su sentencia es incongruente.

SENTENCIA 19 JUNIO 1948

Procesal—competencia—principio de prueba: documentos no firmados ni reconocidos.

No puede reconocerse eficacia a los contratos de suministro de películas, a los efectos de resolver una competencia, cuando no están firmados ni reconocidos.

Procesal—competencia—acción personal—contra varios demandados: cuándo existe solidaridad.

Aunque la solidaridad no traiga su origen de vínculos preexistentes, pueden estos hacer, a efectos de competencia, del ejercicio de la acción.

SENTENCIA 21 JUNIO 1948

Civil— poder: para aceptar cláusulas sumisorias.

No basta el general para contratar, sino que es necesario que el poderdante haya conferido de manera expresa autorización para ello.

ANTECEDENTES.—A. presentó demanda solicitando que se condenase a B. por incumplimiento de contrato. B. suscitó cuestión de competencia por inhibitoria, estimando que el fuero competente era el de su domicilio, y no el del demandante, y señalando que éste se apoyaba en una cláusula sumisoria contenida entre otras condiciones generales del contrato que se estimaba incumplido, y que en dicho contrato no aparecía B. como firmante, sino C., que firmó "por orden" y en concepto de encargado, sin expresar de quién. A. presentó posteriormente una carta, atribuyéndola a B., en la cual, a su juicio, se demostraba que C. era apoderado del mismo.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que el referido contrato aparece firmado, por una parte, por D., a nombre de A., y de la otra, por C., con la ante-firma: "El cultivador. P. O. El encargado", y en las condiciones generales impresas al dorso, condiciones que no llevan al pie firma ninguna, se encuentra la que después de decir textualmente que "las condiciones que se estipulan para el cumplimiento de estos compromisos quedan afectas en todas sus cláusulas a las disposiciones legales sobre casos de fuerza mayor", añade a renglón seguido: "En caso de litigio, se someten ambas partes a los Tribunales ordinarios de X., renunciando al fuero de su domicilio."

Tercero. Que el firmante no es el demandado en este pleito, ni figura como contratante por sí, ni se acredita que hubiera recibido del demandado autorización o poder para tal acto contractual.

Cuarto. Que si bien no es de rechazar de plano en este trámite la hipótesis de que el firmante obrara con conocimiento y consentimiento del demandado ni tampoco la probabilidad de que este último ratificara con sus actos o manifestaciones tal contrato, extremos que en sus aspectos de hecho y de derecho hay que dejar a la resolución del fondo del asunto, dada la naturaleza de la sumisión expresa, que ha de ser clara y terminante, según exige el artículo 57 de la Ley procesal, es indudable que aunque existiera poder no bastaría el conferido para contratar si no se contenía en él expresa y claramente la autorización para someterse a determinados Tribunales renunciando al fuero del poderdante, extremo del que no hay en este caso ningún principio de prueba, no siendo racional admitir que el apoderado pueda hacer sumisión expresa si no se le ha conferido de manera también expresa autorización para ello, doctrina que está de acuerdo con la declarada por esta Sala en sentencia de 18-XII-1940.

Quinto. Que aunque en el texto del contrato que precede a la firma se hace una referencia a las condiciones impresas, que no llevan al pie firma alguna, según queda expuesto, no aparece completamente claro si la conformidad que presta a tales condiciones comprende todas ellas sin excepción o solamente a algunas, y aun dentro de éstas, a los casos de

fuerza mayor, pero cualquiera que sea el alcance de tal referencia no puede fundar ninguna alegación operante faltando el poder que debiera acreditar en la forma expresada la representación ostentada por el firmante.

Sexto. Que la carta que se atribuye al demandado, aportada por el actor después de planteada la competencia, aparte de que no alude en modo alguno a la existencia de sumisión expresa, no puede ser tenida en cuenta, como aportada a destiempo, en este trámite de competencia que no admite período de prueba, no dando, por tanto, a la parte adversa posibilidad de contestar o de discutir tal documento.

SENTENCIA 21 JUNIO 1948

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error en la apreciación de la prueba.

La unión de ciertos documentos a los autos, no concede a aquéllos fuerza probatoria alguna si no fueron presentados en el tiempo y con los trámites prevenidos en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Civil—prueba: su carga.

Según el artículo 1.214 del Código civil, tratándose de una excepción opuesta a la acción de desahucio, es evidente que la prueba incumbe al que la alega.

Civil—contratos—arrendamiento de industria.

El hecho de que una industria estuviese instalada en el inmueble litigioso al hacerse cargo de él el recurrente, y que siguiera desenvolviéndose sin interrupción alguna hasta el momento actual, es suficiente para afirmar la existencia de un contrato de arrendamiento de industria, y no la de un arrendamiento de local de negocios.

SENTENCIA 22 JUNIO 1948

Procesal—competencia—acción personal—lugar del cumplimiento: impuesto de utilidades.

Reclamada una cantidad que la Empresa demandante pagó a la Delegación de Hacienda de Madrid por razón de impuesto de utilidades que gravaba la indemnización que el demandado percibió en dos partidas, la primera de ellas en Madrid, es indudable que si el gravamen recae directamente sobre el demandado como receptor de la indemnización, venía obligado a satisfacerla en Madrid, y, por tanto, de conformidad con lo dispuesto en la regla 1.ª del art. 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la competencia preferente para conocer de los autos radica en el Juzgado de Madrid, que es el lugar del cumplimiento de la obligación reclamada.

SENTENCIA 23 JUNIO 1948

Procesal—apelación “reformatio in pejus”—requisitos.

La actividad de los Tribunales, en la apelación, si bien puede ejercitarse sobre la totalidad del proceso, no puede agravar con su resolución la situación del recurrente establecida en la sentencia de primera instancia, a menos que la otra parte apele también o se adhiera a la apelación contraria con arreglo al artículo 858 de la L. E. C.

Procesal—apelación—posibilidad de modificación de la posición de un litigante.

La posición de un litigante en la apelación, como apelado, por no haber mejorado el recurso interpuesto ni haberse adherido a la apelación contraria, no puede ser calificada de error intrascendente ni ser modificada por manifestación consignada en la diligencia de vista.

ANTECEDENTES.—Se trataba de reclamación de cantidad en virtud de un contrato de suministro. El Juzgado estimó parcialmente la demanda, dando las bases para la liquidación. Los dos litigantes interpusieron recurso de apelación; pero el Procurador del actor compareció ante la Audiencia como apelado, no mejoró el recurso, y como apelado se mantuvo a lo largo del mismo, apareciendo así en el encabezamiento y en los resultados de la sentencia de segunda instancia. Pero en un considerando de ésta se dice que tal posición del actor debe reputarse error material intrascendente, subsanado en el acto de la vista. Dicha sentencia revoca la apelada, estimando también en parte la demanda, pero condenando al demandado en cantidad superior a la que resultaba del fallo de primera instancia. El demandado interpuso recurso de casación fundado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO.—Único. Haberse concedido más de lo pedido, ya que el actor no puede ser considerado apelante; esta tesis se funda en los artículos 408 y 840 de la L. E. C., ambos en relación con los 310 y 369 de la misma y con el Real Decreto de 2 de abril de 1924.

CONSIDERANDOS.—Primero. Es doctrina de esta Sala, muy conocida por su reiteración, que la actividad de los Tribunales de instancia, al actuar en la apelación, si bien puede ejercitarse sobre la totalidad del proceso, valorando según su criterio el material probatorio y apreciando del mismo o de distinto modo que el Juez inferior las cuestiones suscitadas, siempre, como es lógico, que no se alteren los términos del debate, no puede agravar con su resolución la situación del litigante que recurre establecida por la sentencia de primera instancia, a menos que la otra parte apele también del fallo aludido o ejercite la adhesión a la apelación contraria formulada en la forma y momento que determina el artículo 858 L. E. C., porque en tal caso es cuando resultarían sometidos a la jurisdicción y conocimiento del Tribunal de apelación los puntos litigiosos a que ésta se

refiera con el alcance, extensión y sentido con que quedaron fijados al trabarse la litis, y sólo cuando se verifica aquella concurrencia se hace posible la denominada "reformatio in pejus" de la resolución recurrida.

Segundo. Esta doctrina, deducida de los principios rectores del ordenamiento procesal español, y singularmente de la condición de rogada que tiene en el mismo la jurisdicción civil, no ha sido tenida en cuenta por el Tribunal "a quo" al enjuiciar el caso origen de este recurso, porque ambas partes litigantes interpusieron recurso de apelación al serles notificada la sentencia del Juzgado, quien admitió los dos recursos e hizo los correspondientes emplazamientos, solamente el demandado sostuvo en todos sus trámites la posición de apelante, en tanto que la parte actora al comparecer ante la Audiencia fuera del término del emplazamiento manifestó hacerlo como apelado, afirmación que ratificó al evacuar el trámite de instrucción, con lo que al no ejercer la apelación intentada ni adherirse a la contraria en el único momento procesal en que podía hacerlo, dió a entender con su conducta el abandono de su recurso, que debió ser declarado desierto con arreglo a la prevención del artículo 840 de la Ley procesal, y, en consecuencia, vino a mostrar su conformidad con la resolución apelada, y determinada así la posición del actor en el curso de la apelación, que no puede ser modificada como pretende la Sala de instancia al estimar error intrascendente la calificación de apelado que en sus escritos se aplica al actor ni por la manifestación que se consigna en la diligencia de vista, extemporánea a todas luces, adquirió la sentencia del Juzgado para el actor la autoridad de cosa juzgada, y constituyó para la Audiencia el límite de su actividad en el pleito, que, sin duda, traspasó en su sentencia, porque, si bien la sentencia del Juzgado establecía su condena dejando la determinación de la cantidad líquida importe de aquélla a lo que resultare en ejecución de sentencia según las bases señaladas, y en la sentencia de que ahora se recurre fué fijada concretamente la cantidad que se ordena pagar, y ante esta diferencia de pronunciamientos, quedaría la duda de cuál habría de ser el de más elevada cuantía, hay elementos suficientes para considerar agravada con la condena impuesta por la Audiencia la situación del apelante, pues aún aplicando el mismo precio por unidad de medida, la diferente apreciación numérica de los elementos que integran cada unidad que hace el Tribunal de apelación dan como resultado una mayor cantidad debida, deduciéndose de modo evidente de los razonamientos que anteceden la realidad del error atribuido a la Sala sentenciadora por el recurrente y la procedencia de estimar el recurso por el único motivo de casación alegado.

Tercero. La existencia de las faltas observadas a que se refiere el resultando último (enmiendas y correcciones no debidamente salvadas en el rollo de la Audiencia) no deben dejar de ser sancionadas por contravenir lo dispuesto sobre la expresión material de los actos y documentos judiciales.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 24 JUNIO 1948

Procesal—nulidad de actuaciones: efectos.

Una providencia nula, conforme al artículo 4 del Código civil, carece de firmeza.

Procesal—nulidad de actuaciones: declaración.

El Tribunal que afirma mal admitida la apelación y firma la sentencia apelada, declara, por lo menos virtualmente y con plena eficacia procesal, la nulidad de la primera o su carencia de efectos.

Procesal—nulidad de actuaciones.

La nulidad de la providencia judicial que admitió la apelación no implica la de la apelación misma.

SENTENCIA 24 JUNIO 1948

Procesal—casación—sólo se da contra el fallo.

La casación no se da contra los argumentos de que la Sala de instancia se calga para fortalecer su juicio, cualesquiera que sean su exactitud y adecuación, sino contra el fallo.

Procesal—casación—interpretación de contratos—modo de combatirla.

La interpretación de los contratos es, en principio, facultad que asiste a los Tribunales de instancia, y, aunque combatible en casación, sólo puede serlo eficazmente demostrando que la del juzgador es equivocada e infractora de las normas legales establecidas para la formación del juicio interpretativo.

Procesal—casación—error en la apreciación de la prueba—documento de interpretación debatida.

Los documentos que han sido objeto de la interpretación debatida no son combatibles conforme al núm. 7.º del artículo 1.692 L. E. C.

Civil—obligaciones—extinción—novación—requisitos—modificación sustancial.

No todo cambio introducido en las obligaciones constituye novación, porque para el efecto extintivo de las primeramente contraídas se requiere que la modificación sea sustancial, es decir, que sustituya por otro uno

de los sujetos o el objeto de la obligación, por lo que esta no se extingue cuando se modifica tan sólo por adición a ella de otra posterior.

ANTECEDENTES.—A. y B. celebraron con C. un contrato en documento privado por el que permutaban una finca rústica propiedad de los primeros por otra urbana del otro contratante. Se comprometían a otorgar escritura pública en plazo determinado, y al otorgarla, C. había de pagar a A. y a B. 500.000 pesetas en concepto de diferencia de valor. Por otro documento privado posterior, firmado por las mismas partes, A. y B. incluían como ampliación de la permuta determinados bienes muebles existentes en la finca cedida por ellos, añadiéndose que por todos estos bienes abonaría C. 800.000 pesetas. Pasado el plazo previsto, A. y B. dedujeron demanda en la que, entre otros pedimentos, solicitaban se condenase a C. al otorgamiento de la citada escritura pública y al pago de las cantidades estipuladas, en total 1.300.000 pesetas, más al pago de ciertas sumas en concepto de impuestos satisfechos por los actores por cuenta de C. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda en lo sustancial. C. interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Error en la apreciación de la prueba e infracción de los artículos 1.538, 1.445, 1.225, 1.218, 1.281, 1.284, 1.203 y 1.204 C. c.; se admite que los dos documentos privados constituyen un solo negocio de permuta, pero en la permuta no cabe pagar en concepto de precio, sino como diferencia de valor; por tanto, las 800.000 pesetas del segundo documento no fueron precio de los muebles a que se refiere, sino que tal documento fué novatorio del anterior, y dichas 800.000 pesetas son la total diferencia de valor, habiendo quedado extinguida por la novación la anterior obligación de 500.000 pesetas.

2.º Consecuencia del anterior: infracción del artículo 1.158 C. c.; en concepto de impuestos sólo ha de pagar lo correspondiente a las 800.000 pesetas.

CONSIDERANDOS.—Cuarto. Supone primeramente el primer motivo del recurso que han sido violados por la sentencia que impugna los artículos 1.538 y 1.445 C. c., definidores, respectivamente, de los contratos de permuta y de compraventa, al estimar en uno de sus considerandos que la prestación dineraria de 800.000 pesetas contraída por C. en un contrato de permuta es precio que representa exclusivamente el valor de algunos bienes de la misma, y no diferencia de valor de los que la permuta comprendió, pero esta alegación es en absoluto inoperante para el recurso, porque, además de que en el segundo de los considerandos de la sentencia dictada en la apelación aparece puntualizado el concepto de diferencia de valor, que el recurrente cree omitido, y de que, como el mismo reconoce, tanto las partes como el Tribunal Supremo tienen entendido y afirmado que el contrato en cuestión es de permuta, la casación no se da contra los argumentos de que la Sala de instancia se valga para fortalecer su juicio, cualesquiera que sean su exactitud y adecuación, sino contra el fallo.

Quinto. La interpretación de los contratos es, en principio, facultad que asiste a los Tribunales de instancia, y, aunque combatible en casación, sólo puede serlo eficazmente demostrando que la del juzgador es equivocada e infractora de las normas legales establecidas para la formación del juicio interpretativo, porque si no se logra de manera inequí-

voca demostrar que aquel criterio es erróneo, el del recurrente no puede prevalecer sobre el del Tribunal "a quo", según con insistencia tiene declarado esta Sala.

Sexto. Entiende la Sala de instancia, con acierto nada dudoso, que, además de que la claridad con que la cláusula 3.^a del segundo documento privado, al expresar en su comienzo "por todos estos bienes abonará C. la suma de 800.000 pesetas", excluye toda interpretación que la refiera a bienes distintos de los que relaciona la cláusula que inmediatamente la precede, adicionándolos a los que fueron objeto del documento anterior, del contexto del que antes se dice se desprende, y la prueba practicada demuestra, que lo que los contratantes quisieron y entendieron fué que lo que por diferencia de valor de los inmuebles permutados y de los demás bienes objeto también de la permuta había de pagar C. al otorgarse la escritura pública ascendía, por suma de las dos convenidas en ambos documentos, a 1.300.000 pesetas; y contra estas apreciaciones e interpretación no pueden prevalecer los argumentos con los que el recurrente sustenta su opuesto criterio, porque no demuestran que el de la Sala sentenciadora sea equivocado, ni que al adoptarlo ésta haya incurrido en la infracción que el motivo alega, de los artículos 1.281 y 1.284 C. c., o en error de hecho o de derecho al apreciar los documentos en los que el contrato está contenido y que al haber sido objeto de la interpretación debatida no son combatibles conforme al núm. 7.^o del artículo 1.692 de la Ley procesal.

Séptimo. Las obligaciones contractuales son modificables por la voluntad de los contratantes que las concertaron, pero no todo cambio introducido en ellas constituye novación, porque para el efecto extintivo de las primeramente contraídas se requiere, y así lo enseña el preciso sentido de los artículos 1.203 y 1.204 C. c. y la constante doctrina declarada por la jurisprudencia, que la modificación sea sustancial, es decir, que sustituya por otro uno de los sujetos o el objeto de la obligación, por lo que ésta no se extingue cuando se modifica tan sólo por adición a ella de otra posterior; y como, según lo que precedentemente queda considerado, las de pago de cantidad pactadas en los documentos de autos son coexistentes por su índole acumulativa, queda desprovisto de base, y con ello desplazado, el supuesto de novación invocado por el recurrente.

Octavo. Cuanto antecede determina la procedencia de desestimar el primero de los motivos del recurso, por no haberse incurrido en la sentencia que combate en las infracciones que en el mismo se denuncian, y hace también desestimable el segundo y último motivo, por cuanto formulado como consecuencia del anterior, y haciendo depender las infracciones que en él se alegan de que al darse lugar a aquél quedara establecido que los bienes adicionados a la permuta en virtud del segundo documento no podían cifrarse en 800.000 pesetas, al quedar el motivo desprovisto de esta base, a la realidad del cual lo sometía el propio recurrente, carece de viabilidad.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 JUNIO 1948

Civil—obligaciones—consignación—en signo monetario marxista.

Dado que la consignación, según el artículo 1.177 C. c., ha de ajustarse a las disposiciones que regulan el pago, y ya que no puede cumplirse lo previsto en el artículo 1.170, al haber quedado privada de curso legal la moneda a que se refiere, ha de hacerse en billetes del Banco de España que no sean de los que se refiere la Ley de 13 de noviembre de 1936, conforme dispone la de 9 de noviembre de 1939. Y de la indiscutida desvalorización del signo monetario marxista, ha de seguirse necesariamente que la consignación hecha en él quedó desprovista del efecto extintivo de una deuda que, conforme al artículo 1.157 C. c., no se puede entender pagada al no consignarse enteramente su importe.

Procesal—casación—requisitos—impugnación del fallo o de los fundamentos que lo justifiquen.

El recurso no se da contra las apreciaciones del juzgador en sus considerandos, sino contra la parte dispositiva de la sentencia recurrida, y la procedencia de la casación requiere que el fallo sólo se justifique por los fundamentos impugnados.

ANTECEDENTES.—A. tenía un crédito hipotecario contra B. Poco después del vencimiento, C. interpuso demanda contra A. y otros coherederos sobre nulidad de la partición de su causante común, y como consecuencia se anotó preventivamente la demanda sobre los bienes litigiosos, y, entre ellos, sobre el citado crédito. Años después, en enero de 1938, en zona marxista, B., alegando no saber a cuál de los pretendientes al crédito correspondería éste, consignó en el Juzgado la cantidad debida, y el Juzgado declaró bien hecha la consignación, notificándolo a C. y a A. Después de la liberación, A., al amparo de la Ley de 8 de mayo de 1939, logró que se recusara el expediente de consignación a su iniciación, formuló oposición, y en consecuencia se declaró contencioso el citado expediente. B. presentó demanda contra A. y C., solicitando se declarase bien hecha la consignación y liberada la deuda. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. B. interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Violación del artículo 1.127 C. c.: en cuanto que la sentencia recurrida declara ineficaz la consignación por haberse hecho después de transcurrido el plazo señalado para el pago.

2.º Por la misma razón, interpretación errónea de dicho artículo 1.127 C. c.

3.º Aplicación indebida del artículo 1.176. párrafo 1.º C. c.: la sentencia dice que la negativa del acreedor a aceptar el pago era fundada por pretenderse éste en moneda mala, pero la consignación no se fundaba en la negativa del deudor.

4.º Violación de los artículos 661 y 1.141, párrafo 2.º, C. c.: La sentencia dice que se debió notificar la consignación a todos los coherederos; pero lo cierto es que uno cualquiera de ellos puede representar a la herencia.

5.º Interpretación errónea del artículo 1.175, párrafo 2., C. c., ya

que debe bastar la notificación del auto declarando bien hecha la consignación.

CONSIDERANDOS.—Primero. Discutida en el pleito la eficacia liberatoria de una consignación de cantidad, hecha el 12 de enero de 1939 en zona entonces sometida al dominio marxista, para pago del crédito dimanante de un préstamo de duración superior a cinco años, con vencimiento en 23 de agosto de 1935, ha de presidir las cuestiones que el recurso ofrece la doctrina declarada en reiteradas sentencias de esta Sala, en armonía con el artículo 1.177 C. c., que establece que la consignación como forma de pago sólo produce el efecto extintivo que constituye su finalidad cuando, además de acomodarse a los requisitos extrínsecos que ordenan su práctica, se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, el cual, tratándose de deudas de dinero, ha de hacerse, con arreglo al artículo 1.170 del mismo Código, en la especie pactada y, respecto al caso en cuestión, por no ser posible en la clase de moneda que para este supuesto señala el propio artículo, ya que ha quedado privada de curso legal, en billetes del Banco de España que no sean de los que se refiere la Ley de 12 de noviembre de 1936, conforme dispone la de 9 de noviembre de 1939.

Segundo. Fundado el fallo recurrido, desestimatorio de la demanda, entre otras apreciaciones relativas a los efectos extrínsecos de la consignación discutida, en la de que vencida en tiempo anterior al 18 de julio de 1936 la obligación de pago, la actora pretendió dejarla cumplida mediante la consignación de moneda roja, hecho por el que, si en lugar de consignarse se hubiese aceptado por el acreedor, hubiera asistido a éste la acción revisoria establecida por el artículo 38 de la Ley de 7 de diciembre de 1939; y este fundamento es por sí solo suficiente para mantener el fallo recurrido, porque de la indiscutida desvalorización del signo monetario marxista, casi total en el mes de enero de 1939, ha de seguirse necesariamente que la consignación discutida quedó desprovista del efecto extintivo de una deuda que, conforme al artículo 1.157 C. c., no se puede entender pagada al no haberse consignado completamente su importe.

Tercero. Justificándose la sentencia recurrida por el fundamento sobre el que se acaba de razonar y que no se combate en ninguno de los motivos del recurso, es innecesario el examen de éstos, porque aun entendiéndose que es desacertada la apreciación emitida por la Sala de instancia, con caracteres de generalidad, en el sentido de que transcurrido el plazo señalado para el pago éste no puede ser hecho mediante consignación, la viabilidad que se concediera a alguno, o a todos, de tales motivos, carecería de eficacia para producir la casación en ellos perseguida, puesto que, además de que el recurso no se da contra las apreciaciones del juzgador en sus considerandos, sino contra la parte dispositiva de la resolución recurrida, tiene declarado reiteradamente esta Sala que la procedencia de la casación requiere que el fallo sólo se justifique por los fundamentos impugnados.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 JUNIO 1948

Procesal—casación—infracción de ley: motivos.

Las presunciones por las que el Tribunal juzgador llega a afirmaciones únicamente pueden ser combatidas en casación, según reiterada jurisprudencia, demostrando la falsedad de los hechos o la falta de enlace lógico entre esos hechos y lo que como conclusión se quiere demostrar.

SENTENCIA 26 JUNIO 1948

Civil—sucesiones—comunidad hereditaria: ejercicio de acciones.

Un heredero puede accionar en nombre y beneficio de la herencia de su causante sin obtener previamente la representación voluntaria de los demás herederos, según doctrina jurisprudencial muy reiterada.

Procesal—legitimación pasiva—falta de personalidad: herencia indivisa.

El no haber sido llamados al pleito todos los interesados en una herencia y a la vez contratantes en la transacción que se pretende anular, no implica falta de personalidad (excepción dilatoria del núm. 2.º del artículo 533, L. E. C.), pero puede ser determinante de falta de capacidad específica para obtener la pretensión deducida por el actor.

SENTENCIA 26 JUNIO 1948

Procesal—casación—quebrantamiento de forma—motivos: falta de personalidad.

Habiendo actuado un Procurador con el mismo poder en todo el trascurso de los autos, sin que su personalidad haya sido impugnada en tiempo oportuno, no es lícito desconocerla o negarla extemporáneamente.

Procesal—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias—recurso de casación.

El recurso de casación no entra en juego en materia de arrendamientos urbanos, salvo en el caso previsto en la disposición transitoria 17, y no cabe, por lo tanto, interponerlo respecto de una resolución estimando desistidas de sus pretensiones en apelación a las partes que permanecieron inactivas durante el plazo de acomodación establecido por la ley.

Procesal—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias—adaptación a las normas procesales.

La disposición transitoria 16 contiene normas procesales específicas, modificativas de las establecidas en la legislación común, que no será, por lo tanto, aplicable al caso controvertido.

ACTO 28 JUNIO 1948

Procesal—recurso de casación—menor cuantía.

No se da el recurso de casación de los juicios de menor cuantía ni, según jurisprudencia del T. S., en los incidentes de los mismos.

ANTECEDENTES.—Interpuesto recurso de casación contra una sentencia dictada por la Sala tercera de la A. de Madrid en incidente de juicio de menor cuantía sobre impugnación de costas, el T. S. dicta el siguiente auto.

CONSIDERANDO. Que interpuesto el presente recurso de casación contra una sentencia dictada por la Sala tercera de lo Civil de la Audiencia de esta capital en incidente de un juicio de menor cuantía sobre impugnación de costas, y disponiéndose en el artículo 1.694 de la Ley de enjuiciamiento civil que no se da el mencionado recurso en esta clase de juicios, y por la jurisprudencia de esta Sala que tampoco en los incidentes de los mismos, se impone declarar no haber lugar a la admisión del recurso con arreglo a lo establecido en la declaración primera del artículo 1.628 de la Ley en relación con el número 3.º del 1.729, con los demás pronunciamientos de la Ley.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 JUNIO 1948

Civil—sucesiones—actos del causante de la herencia.

No pueden los causahabientes impugnar la voluntad manifestada por su causante contra los actos del mismo que a él le obligan.

ANTECEDENTES.—Contraído en 4 de octubre de 1900 un matrimonio, sin que se otorgase contrato sobre bienes, haciendo los cónyuges desde tres años después vida separada, el marido, avecindado en la isla de Cuba, concedió por escritura notarial a su mujer las más amplias facultades para administrar los bienes propios, dotales o parafernales, que tenía o adquiriese, sin restricción o limitación alguna. En documento privado que suscribieron en Gijón los esposos, se hizo constar que en aquella fecha la mujer recibía 186.000 pesetas en valores mobiliarios y dinero. Fallecido abintestato el marido en 1935 y su mujer en 1936, los herederos de aquél fijaron en 6.000 los pesos que provenientes de aquella herencia habrían de repartirse. Los herederos del marido se niegan a reconocer validez al testamento de la mujer, al disponer de unos bienes que, al ser gananciales, corresponden por igual a los herederos de uno y otro. El Juez de instancia dicta sentencia en favor de los demandantes, y en la apelación la Audiencia Territorial reconoce solamente como propios de la mujer los aportados a la celebración del matrimonio, pero no los recibidos después de su constitución.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Número 7.º de artículo 1.692 de la L. E. C.

Segundo. Artículo 1.225 del Código civil.

Tercero. Artículo 1.334 del Código civil y número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

Cuarto. Artículo 1.320 del Código civil.

Quinto. Artículos 1.657 y 662 del Código civil y número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

Sexto. Artículos 1.407 y 1.396 del Código civil y número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que discutido en el pleito si unos determinados bienes, que en su demanda inicial se relacionan, pertenecían, como en ésta se afirmaba fundamentalmente, a la herencia causada por doña F. C. E., por ser de la propiedad privativa de la misma, en calidad de parafernales, o habían de reputarse gananciales de la sociedad conyugal constituida por el matrimonio de aquella causante con don M. S. A., que la premurió, según se alegaba por los demandados, resolvió esta esencial cuestión la Sala de instancia conforme al segundo de ambos supuestos, dando a su fallo por bases la presunción establecida en el artículo 1.407 del Código civil y la apreciación de que la prueba suministrada por los actores no bastaba para desvanecerla completamente.

Tercero. Que acusa el recurso, en el primero de sus motivos, error de hecho al apreciar la prueba, con cita de los documentos antes relacionados, a los que los recurrentes asignan, al de 1 de octubre de 1911, como fundamentos para la aplicación del artículo 1.692 de la Ley procesal, en su número 7.º, y a los de 18 de julio de 1936 y 15 de enero de 1906, como complementarios, la calidad de auténticos y demostrativos de la equivocación de la Sala de instancia al estimar que no está bastante justificado que los bienes que comprende el primero de aquellos documentos fuesen propios de doña F. C.

Cuarto. Que no cabe desconocer que este documento, redactado en términos que manifiestan su claro sentido, autorizado por las firmas indubitadas de don C. C., de los cónyuges doña F. C. y don M. S., y de dos sobrinos, provisto de la autenticidad que le tienen reconocida los demandados y la propia sentencia que el recurso impugna, sin que en el escrito en el que fué contestada la demanda se le impute simulación alguna, acredita, con la fuerza probatoria que a los de su clase otorga el artículo 1.225 del Código civil, que como infringido se cita también en el motivo segundo, que el día 1 de octubre de 1911 don C. C. entregó a su hermana doña F. C., y fueron recibidos por ésta en presencia de su marido don M. S., que prestó su conformidad, los bienes que en efectivo, valores y parte de fincas el documento inventaría, detallándolos, como pertenecientes al capital de la doña F. y tenido hasta entonces bajo su custodia por el don C., por lo que no es dudoso que la certeza de este hecho y del origen de los bienes a que se alude, que no han sido objeto de impugnación por los demandados, atribuyó a los mismos el concepto de parafernales, en el que fueron recibidos por la causante de los actores en el pleito, con la consiguiente plenitud de dominio que sobre ellos y los que con el producto de su venta adquiriese la correspondía con

arreglo a lo estatuido en los artículos 1.381, 1.382 y 1.384 del Código civil.

Quinto. Que sin que sea adecuado para la presente resolución el examen de los otros documentos que invoca el motivo, porque si bien el contenido de ellos puede ofrecer elementos de prueba utilizables para decidir la cuestión litigiosa no merecen el concepto de auténticos a efectos de la casación amparada en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya que por sí mismos no demuestran, como una constante jurisprudencia lo exige, el error de hecho a que aquel precepto se concreta, lo que precedentemente queda expuesto, evidencia que en este error ha incidido la Sala sentenciadora de instancia en cuanto funda su fallo en la presunción legal de que todos los bienes del matrimonio son gananciales, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o la mujer, siendo así que la justificación de este extremo resulta del documento privado conferido, y aunque el propio Tribunal, después de reconocer la autenticidad de éste y que los bienes que en él se inventarían forman parte de los cuestionados, estime que aunque se entendiera que los demandados, como herederos de don M. S. y continuadores de su personalidad jurídica, sin la cualidad de terceros, estaban obligados a respetar el acto de consentimiento prestado por el mismo, ello carecería de transcendencia por constituir una verdadera donación entre cónyuges, viciada de nulidad, según el artículo 1.334 del Código civil, y una convención por la que bienes que debían ser comunes se convirtieron en privativos de uno de ellos, terminantemente prohibida por el artículo 1.320 del mismo Código, tales supuestos, no planteados debidamente ni debatidos en el juicio, en el que los demandados no han ejercitado la acción que se deriva de la inexistencia de los contratos por simulación, ni declarados tampoco en el fallo recurrido, no autorizan para desconocer la eficacia probatoria del documento, determinando, en cambio, la estimación de los motivos tercero y cuarto del recurso, en los que, como comprendidos en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, se citan como infringidos, por aplicación indebida, los artículos 1.334 y 1.320 del Código civil, por cuanto la Sala de instancia la hace estableciendo para ello el supuesto de una simulación y consiguiente nulidad contractual, ni invocados por los interesados, ni afirmados tampoco por la propia Sala, deduciéndolas de las pruebas obrantes en el juicio.

Sexto. Además, que de cuanto antecede se sigue que, demostrado por documento auténtico el error del Tribunal a quo al fundar su fallo en la apreciación de que no eran propios de la causante de los actores, exclusivamente, los bienes a los que con anterioridad se hace referencia, aplicó indebidamente el artículo 1.407 e infringió también, por no aplicación, el 1.383 del mismo Código, al no estimar como parafernales tales bienes, preceptos que se citan en el sexto de los motivos formulados por la parte recurrente, que los ampara en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal, procediendo, por ello, y por lo que con procedencia se ha considerado y que hace estimable igualmente los motivos primero, ter-

cero y cuarto, dar lugar al recurso, lo que hace innecesario el examen de sus restantes motivos.

FALLO.—Ila lugar.

SENTENCIA 30 JUNIO 1948

Procesal—juicio de desahucio—plazo para comparecer el demandado ausente.

Si en un juicio de desahucio se señaló al demandado, residente en otro lugar, plazo suficiente para trasladarse al del juicio o nombrar Procurador, no cabe considerar infringidos los artículos 526 y 726 de la L. E. C., ya que, aparte de no ser los aplicables a tal juicio, sino el 1.574, tal discrecional del Juez no puede servir de base para alegar una infracción esencial de procedimiento causante de indefensión, no siendo tampoco de aplicación al caso la Orden de 30 de abril de 1947.

Procesal—juicio de desahucio—citación.

Si bien el artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 no autoriza al Juez para citar simultáneamente para la conciliación y, caso de que ésta no tuviera lugar, para el juicio, no puede estimarse que tal forma de citación produzca un vicio esencial de forma causante de indefensión, si se aprecia que el demandado pudo comparecer en el juicio para defenderse.

Procesal—juicio de desahucio—apelación—recibimiento a prueba.

El artículo 767 de la L. E. C., que autoriza dicho recibimiento a prueba, no es aplicable al juicio sumario de desahucio.

Procesal—juicio de desahucio—nulidad del procedimiento.

La nulidad del procedimiento, reponiéndolo al estado de demanda, no se halla autorizado por ningún artículo de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Procesal—juicio de desahucio—plazo para el desalojo.

El señalamiento, para el desalojo, de un plazo inferior al establecido en el artículo 162 de la Ley de Arrendamientos Urbanos no puede servir de base a un recurso por quebrantamiento de forma, si bien el Juez municipal, en ejecución de la sentencia de desahucio, debe enmendar dicho error, concediendo el plazo legal.

AUTO 1 JULIO 1948

Procesal—casación—beneficio de pobreza—habilitación de procurador.

Los recurrentes en casación no gozan, a efectos del beneficio de pobreza, de la autorización concedida en los artículos 27 y 844 L. E. C., que sólo es aplicable a la 1.ª y 2.ª instancias, y, por tanto, no siendo aplicables los artículos 1.709 y 1.710 L. E. C., carece de personalidad el Procurador al que no se habilitó del correspondiente poder a fin de conferirle en forma su representación.

Procesal—casación: sentencia definitiva.

No se opone a lo ejecutoriado, a efectos del artículo 1.695 L. E. C., el acuerdo que se limita a una suspensión temporal del fallo, y, por tanto, no debe estimarse resolución definitiva ni susceptible de casación.

SENTENCIA 2 JULIO 1948¹**Civil—contratos—depósito—pago—responsabilidad del riesgo.**

Pagando los "locutores operis" una cantidad en concepto de depósito por almacenaje de aceite, es para ellos la responsabilidad del riesgo que corría el producto.

Civil—contratos—depósito—devolución—causas mayores.

Los molineros, teniendo que devolver un aceite específico, si bien no determinado, quedan a salvo de su obligación, si por causas mayores sobrevinidas se ven en la imposibilidad de hacerlo.

SENTENCIA 3 JULIO 1948

Civil—contratos—arrendamientos—local de negocio—ampliación—desahucio.

El apartado A) de la Orden de 8 de noviembre de 1944 exceptúa de las prescripciones de los artículos 1.º y 2.º del Decreto-Ley de 24 de enero del mismo año aquellos casos en que el propietario necesite o precise locales de su propiedad que tenga alquilados.

ANTECEDENTES.—Don J. M. L., desalojado de unos locales que tenía arrendados por el Ayuntamiento de Madrid, adquirió una casa y meses más tarde un solar lindando con aquélla, en el que el demandante edificó

1. Para antecedentes y considerandos de esta sentencia, vid Tomo I, Fascículo IV de este ANUARIO, págs. 1860 ss., donde aparecen en la sección "Sentencias anotadas".

un local para almacén de su negocio. Requiere notarialmente a don M. R. y a la sociedad Z—arrendatarios de la casa adquirida—, y, más tarde, al gerente de la sociedad Z., que viene a disfrutarlo por extinción de aquélla y al que el demandante repetidas veces había demandado por falta de pago y de personalidad en el disfrute del arrendamiento.

El Juzgado estima, en parte, la demanda, declarando el desahucio de la Sociedad Z. y de no desalojo por lo que se refiere a don M. R. Interpuesta apelación del demandante y desahuciado, la Audiencia Territorial declara no ha lugar a ninguno de los desalojos pretendidos.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Causa segunda del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Segundo. Causa tercera del artículo 169 de la L. A. U., por infracción del apartado a) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

Tercero. Causa tercera del artículo 169 de la L. A. U.

Cuarto. Causa tercera del artículo 169 de la L. A. U., por infracción de las disposiciones del artículo 1.582 del Código civil.

Quinto. Causa cuarta del artículo 169 de la L. A. U.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que las "molestias y dificultades" que la sentencia recurrida reconoce como posibles en la explotación de los negocios de don J. M. L., por su instalación en diferentes locales de dimensiones escasas para su normal funcionamiento, y probadas documentalmente mediante las certificaciones de la Delegación de Abastecimientos y Transportes y Fiscalía Superior de Tasas, en su enlace con el hecho de realidad, también reconocido en la misma sentencia, de haber instalado el señor L. su industria en dichos deficientes locales por haber sido desahuciado por el Ayuntamiento del que ocupaba en la plaza de Luca de Tena, acredita la necesidad en que se encuentra de utilizar el local de su propiedad, ocupado por don R. Z., y, por lo tanto, el error padecido en la sentencia al apreciar la prueba documental indicada, causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, alegada en el número quinto del recurso, por ella estimable.

Segundo. Que el apartado a) de la Orden de 8 de noviembre de 1944 no exceptúa solamente de las prescripciones de los artículos 1.º y 2.º del Decreto-Ley de 24 de enero del mismo año, las causas en que el propietario de un local destinado a comercio o industria precise ampliar su propio negocio, sino también aquellos en que *necesite* (sin limitación de que la necesidad sea por ampliación) de locales de su propiedad que tenga alquilados.

Tercero. Que esta distinción de casos, dentro del apartado a) de la Orden citada, viene impuesta: primero, por la interpretación gramatical, puesto que la referencia de dicho apartado a "los fines" de la ocupación, en plural, implica sea por lo menos dos, para lo cual es obligado entender que "la precisión" y "la necesidad" de que antes se hablaba se refieren, la primera, a la ampliación del negocio, y la segunda, a las demás razones de necesidad para ocupar el propio local; y segundo, por la interpretación lógica, pues no merecería tal calificación la que, ante la duda que puede producir la redacción de la disposición legal, llevase a la conclusión de suponer autorizado el desahucio en el caso de necesitar el dueño su local para ampliar un negocio que puede subsistir sin ampliación y, en

cambio, no le autorizase al dueño cuyo negocio necesitase del propio local para subsistir.

Cuarto. Que con la interpretación contraria dada en la sentencia recurrida se infringe la Orden citada, con injusticia notoria, causa tercera del recurso, según el artículo 169 de la expresada Ley, alegada en el número segundo del interpuesto, procedente por el mismo, teniendo en cuenta, además, que en la demanda se adujeron como razones del desahucio pedido, no sólo la ampliación del negocio, sino la necesidad del local objeto del desahucio para la industria del demandante, alegación que no puede entenderse desvirtuada por manifestaciones de orden defensivo circunstancial, en escrito en el que la ley no autoriza a variar los supuestos de la demanda.

Cuarto. Que renunciado en el acto de la vista el primer motivo del recurso, referido el segundo a otra causa de desahucio respecto al demandado, don R. Z., causa cuya estimación o desestimación no había de variar la resolución, y sin objeto el tercero, puesto que la decisión sobre costas ha de ser la correspondiente a la nueva resolución, de acuerdo con las disposiciones sobre la materia de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, es innecesario el examen de ninguno de dichos tres motivos.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 3 JULIO 1948

Civil—contratos—arrendamientos urbanos—resolución del contrato—requisitos.

La Ley exige como requisito para la resolución del arriendo: el desconocimiento por el arrendador del destino inmovil a que el arrendatario destinase la vivienda o local de negocio al tiempo de concertar el arrendamiento.

ANTECEDENTES.—Los actores, adquirentes por mitades indivisas de una casa de la que era arrendataria la demandada por contrato verbal con el anterior propietario, destinó el piso a pensión además de hacer del mismo su vivienda particular, convirtiéndolo más tarde en negocio de causa torpe, lo que motivó diversas sanciones de organismos administrativos y la petición de los propietarios al Juzgado para su desalojo.

La sentencia del Juzgado estima la demanda, y contra aquélla se prepara por la demandada recurso de injusticia notoria, fundado en los siguientes

- MOTIVOS.—1.º Causas tercera y cuarta del artículo 169 de la L. A. U.
 2.º Causa séptima del artículo 169 de la L. A. U.
 3.º Causa cuarta del artículo 169 de la L. A. U.

CONSIDERANDOS.—Primeramente. Que el único motivo en que se funda la injusticia notoria que el recurso se invoca es la infracción por aplicación indebida del artículo 149, causa séptima, de la vigente Ley de Arrendamientos

mientos Urbanos, porque la clausura de las habitaciones del piso arrendado y las multas impuestas a la recurrente, por permitir en él "el tráfico clandestino de recibir", fueron anteriores a la adquisición de la finca litigiosa por los demandantes, y, por tanto, dada la notoriedad de tales sanciones difícilmente podrían éstos ignorarlas.

Segundo. Que aparte de que el Juzgado de instancia ha declarado, sin impugnación adecuada en el recurso, que los actores ni antes ni después de la compra del inmueble tuvieron conocimiento de los actos notoriamente inmorales a que la recurrente dedicaba el piso destinado a pensión, aun acreditada tal circunstancia carecería de eficacia a los fines del recurso, porque lo que la ley exige, como requisito para alogar la resolución del arriendo, es el desconocimiento del arrendador del destino immoral a que el arrendatario dedicase la vivienda o local de negocio al tiempo de concertar el arriendo, y como el contrato se celebró varios años antes de que la recurrente transformara el piso alquilado para pensión en "casa de citas", es evidente que el recurso carece de todo fundamento legal y debe ser, por ello, desestimado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 JULIO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada—necesidad de ocupar el local—indemnización.

La indemnización que el arrendatario tiene derecho a recibir del propietario exige que se satisfaga en el momento del desalojo del local o, de no hacerlo así, se ponga a disposición cuando tal momento llegue, de modo que se haga efectiva de modo directo sin ulterior acción.

ANTECEDENTES.—El arrendador de un local de negocio tuvo necesidad de ocupar los bajos de su casa, cedidos en arrendamiento por contrato de 1 de octubre de 1934, posteriormente prorrogado. El arrendador requiere notarialmente al inquilino, y en vista de su negativa se instaló en el portal de la finca, de donde por sentencia del Juzgado y a petición de los vecinos de la casa hubo de desalojarlo.

Posteriormente promueve juicio de desahucio contra el arrendatario del local de negocio, que no es admitido, decisión confirmada por la A. T.

MOTIVOS.—Causa tercera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por infracción de la Orden de 8 de noviembre de 1944, en relación con los Decretos de 26 de enero y 7 de julio de 1944.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que por lo prevenido en el artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936, en relación con el 1.º de la misma disposición y con el 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, resulta que el propietario podrá ejercitar la acción de desahucio cuando necesitase el local destinado a comercio o industria para establecer en el mismo su propia industria o comercio, preexistente por lo menos con dos años de anti-

cipación y del propio dueño de la finca, no de sus ascendientes o descendientes, siendo requisitos indispensables para el éxito de tal acción: primero, que el propietario justifique la necesidad de ocupar el local de que se trata; segundo, que lo participe al arrendatario con un año de antelación; tercero, que indemnice al arrendatario con el importe que éste hubiera satisfecho cuando adquirió por traspaso el establecimiento, y si no hubiera satisfecho ninguna, con una indemnización por los daños y perjuicios que le ocasione el traslado, y que consistirá en el importe del alquiler de un año, teniendo el arrendatario derecho a no desalojar el local mientras no le sea satisfecha o puesta a su disposición para el momento en que lo desaloje la indemnización procedente.

Segundo. Que la locución "establecer" empleada por el artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936 no puede considerarse sinónima de la de fundar o instituir, porque aunque esta sea una de las significaciones gramaticales de aquella palabra tan limitada significación no puede aceptarse porque pugna abiertamente con el párrafo segundo del apartado c) del artículo 5.º del citado Decreto de 21 de enero de 1936, que exige que la industria o comercio que el propietario necesite establecer sea preexistente, es decir, esté fundado o instituída ya, con dos años de anticipación por lo menos, y tampoco puede considerarse tal palabra como sinónima de trasladar un comercio o industria en su integridad porque ni gramatical ni vulgarmente se consideran sinónimos ambos conceptos, y siendo enteramente precisa la palabra trasladar, de haber querido el legislador expresar el aludido concepto hubiera hecho uso de ella y no de la de establecer, que es la que emplea como equivalente a la de instalar un comercio o industria en un local determinado, y si bien la legislación de arrendamientos urbanos, dado el sentido protector de los derechos del arrendatario en que se inspira, no permite interpretaciones excesivas en la apreciación de las causas que dan lugar a la extinción del vínculo arrendaticio, esto no quiere decir otra cosa que al apreciar tales causas se exija una justificación completa de las mismas y limitada estrictamente a los casos en ellas comprendidos y no a otros más o menos análogos, y por eso cuando se invoque la necesidad del propietario para establecer su propia industria, como causa de desahucio, esta necesidad ha de estar perfectamente caracterizada, pero esto no puede constituir motivo para que en absoluto y fundándose en una interpretación inadmisibles de la palabra establecer pueda entenderse que toda ampliación de un negocio, por justificada que se encuentre, está excluída del concepto que dicha palabra quiso expresar, ni puede sostenerse tampoco que la Orden de 8 de noviembre de 1944 al exceptuar de los artículos 1.º y 2.º del Decreto-Ley de 24 de enero del mismo año y comprender en el artículo 3.º de la misma disposición los casos en que el propietario de un local destinado a comercio o industria precise ampliar su negocio contradiga lo dispuesto en el artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1936 y crea una causa de desahucio que en los términos de tal artículo no se hallaba comprendida.

Quinto. Que cumplidos tales requisitos, exigidos por el artículo 5.º

del Decreto de 21 de enero de 1936 en relación con el artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, sólo resta para examinar si ha sido cumplido también el requisito relativo a la indemnización que el arrendatario tiene derecho a recibir del propietario en la cuantía y forma que establece la última de las disposiciones citadas, que previene que el arrendatario tendrá derecho en todos casos a una indemnización por los daños y perjuicios que le ocasione el traslado, y que consistirá en el importe del alquiler de un año cuando se trate de un establecimiento mercantil o industrial, pero esta disposición no se limita a declarar el derecho del arrendatario a percibir una indemnización del propietario y a señalar su cuantía, sino que, respondiendo al carácter esencialmente tutelar de la legislación de arrendamientos urbanos, respecto al arrendatario, establece la forma en que tal indemnización ha de hacerse efectiva para que el arrendatario tenga la seguridad de percibirla en el preciso momento en que desaloje el local, y por eso tal disposición exige que el propietario la satisfaga al arrendatario o que si no lo hace así la ponga a su disposición para cuando tal momento llegue, pero tanto la necesidad de asegurar los derechos del arrendatario desahuciado, propósito que la legislación aludida no puede olvidar dado su carácter, como de los términos literales del precepto, hay que deducir que cuando el propietario no ha entregado al arrendatario dicha indemnización la ha de poner a su disposición en tal forma que pueda hacerla efectiva directamente, sin necesidad de reclamársela al propietario o de establecer la acción correspondiente, como tendrá que hacerlo si aquél se negara a verificarlo, y esto establecido, resulta evidente que el mero ofrecimiento de la indemnización hecho por el propietario al arrendatario no es bastante para que tal requisito se tenga por cumplido, y es necesario consignar aquélla de manera que el arrendatario pueda disponer de la misma sin más que la expresión de su voluntad para hacerla efectiva; requisito que no ha sido cumplido por el actor en el presente caso, lo que impide la estimación del recurso interpuesto.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 JULIO 1948

Procesal—artículo 28 de la Ley de 5 de agosto de 1907—derogación del artículo 1.578 de la L. E. C.

El artículo 28 de la Ley de 5 de agosto de 1907 deroga lo preceptuado en el artículo 1.578 de la L. E. C., y habrá de atenderse a lo preceptuado en aquella Ley para la resolución de todas las cuestiones que puedan presentarse.

Procesal—recursos—infracción de ley—incidentes.

No siendo procedente el recurso por infracción de ley contra una

sentencia, tampoco puede serlo la que se interpone contra los autos que los Jueces dictan en una incidencia sobre dichos juicios.

ANTECEDENTES.—El Juzgado Municipal de Burgos dicta sentencia, en la que condena al demandado, arrendatario de una vivienda, al desalojo de la misma, accediendo a la petición del propietario. Contra esta sentencia, el demandado interpone apelación ante el Juez de primera instancia, que resuelve por un auto la no admisión de la apelación interpuesta, al no estar el demandado al corriente en el pago de una mensualidad. Se interpone recurso de reposición, al que se declara no haber lugar, y posteriormente el de casación por infracción de Ley ante el Tribunal Supremo.

MOTIVOS.—Párrafo primero del artículo 1.692 de la L. E. C. por aplicación indebida del artículo 1.566 de la L. E. C., interpretación errónea del artículo 2.º de la L. A. U. e inobservancia del artículo 163, en relación con el párrafo segundo del 1.583, de la L. E. C.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que el artículo 1.587 de la Ley de Enjuiciamiento civil dispone que contra las sentencias que dicten los Jueces de primera instancia resolviendo las apelaciones interpuestas contra las pronunciadas por los Jueces municipales en los juicios de desahucio, se darán los recursos de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma, si la renta anual de la finca objeto del desahucio excediese de mil quinientas pesetas, y no pasando de esta suma sólo procederá el segundo de dichos recursos; pero el artículo 28 de la Ley de 5 de agosto de 1907, en su párrafo cuarto, previene que las sentencias se dictarán sin ulterior recurso dentro de los tres días siguientes a la terminación de la vista o a las diligencias para mejor proveer, interpretando cuyo precepto este Tribunal, en reiterada jurisprudencia ha declarado que, dado el carácter totalmente orgánico de esta última Ley, con determinación completa de los Jueces y Tribunales que han de administrar la justicia municipal, de la competencia de éstos y del procedimiento que haya de seguirse, es manifiesto que a esos preceptos y no a los de ninguna otra Ley anterior es obligado atenerse para la resolución de todas las cuestiones que puedan suscitarse, en tanto en cuanto en dichos preceptos se encuentren resueltas, y como quiera que el citado artículo 28 establece que en los juicios civiles, sin distinción alguna, contra las sentencias que dicten en apelación los Jueces de primera instancia, no habrá ulterior recurso, siendo una confirmación de este precepto la última parte del mismo artículo, a diferencia de lo que en el número 3.º del siguiente se dispone respecto de los juicios criminales, resulta evidente la derogación de lo preceptado en el artículo 1.587 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que autorizaba, en su caso, los recursos de casación por infracción de ley y por quebrantamiento de forma contra las expresadas sentencias.

Tercero. Que la Ley de 19 de julio de 1914, que estableció las bases para la reforma de la Justicia Municipal, no solamente no contiene ningún precepto derogatorio del artículo 28 de la Ley de 5 de agosto de 1907, sino que resulta por ella confirmada, al disponer en el apartado F)

de la base 10 que los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Jueces municipales, comarcales y de paz se tramitarán y decidirán conforme a las normas procesales vigentes.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 JULIO 1948

Civil—contratos—interpretación: incumbe a la Sala sentenciadora.

Todo problema de interpretación de un contrato es cuestión jurídica sometida a la Sala sentenciadora, a la que, según reiterada jurisprudencia, incumbe interpretar los contratos que se discuten en juicio.

Civil—principios generales de derecho—enriquecimiento sin causa.

Para que se infrinja el principio de derecho de que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro, es precisa la realidad, no la hipótesis, del enriquecimiento sin causa y el empleo de medios reprobables para conseguirlo.

SENTENCIA 7 JULIO 1948

Civil—obligaciones—excepción de pago.

Reconocida la autenticidad de firma en unos recibos, queda justificada la excepción de pago.

Civil—contratos—resolución—indemnización de daños—Ley de 5 de noviembre de 1940.

Ha de estimarse procedente la resolución del contrato, conforme al artículo 1.214 del Código civil, si aquel que solicita la indemnización de daños no se acogió al artículo 7.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940 ni al artículo 6.º de la misma Ley.

ANTECEDENTES.—Primero. El contratista don J. G. S. celebra en 15 de noviembre de 1945 con don R. F. F. un contrato, por el que aquél se obliga a construir, por el precio alzado de 447.000 pesetas, una casa en un solar propiedad del segundo, sito en Barcelona, cuya edificación había de quedar completamente acabada el 1 de octubre de 1936.

Segundo. El contrato podría rescindirse, según el pacto sexto, a petición del propietario, caso de incumplimiento por el contratista de lo estipulado, sin otro derecho que el pago de la obra ejecutada, deducido el 20 por 100 como indemnización.

Tercero. En el período de dominio marxista no se terminó la edificación, aun cuando el propietario hizo entrega al contratista del total del precio convenido.

Cuarto. Liberada Barcelona, el contratista no reanuda la construcción, por negarse el propietario a entregarle 100.000 pesetas que por

ello podía, y requirió notarialmente para cancelar la remisión del contrato.

Quinto. El Juzgado estimó, en parte, la demanda, contra la que el demandado apeló, confirmando, en parte, la Audiencia la sentencia del Juzgado, contra la que recurre el demandado.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Número 2.º del artículo 1.692 de la L. E. C. (incongruencia del fallo de la Audiencia).

Segundo. Números 7.º y 2.º del artículo 1.692 de la L. E. C. (incongruencia en la prueba).

Tercero. Número 7.º del artículo 1.692 (error de derecho).

Cuarto. Número 1.º del artículo 1.692 (violación de los artículos 1.225 y 1.056 del Código civil).

Quinto. Número 1.º del artículo 1.692 de la Ley, por violación del artículo 1.214 del Código civil.

Sexto. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por infracción, violación e interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.595 del Código civil.

Séptimo. Número 1.º del artículo 1.692, por violación del artículo 1.156 del Código civil.

Octavo. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por aplicación indebida del artículo 1.124 del Código civil.

Noveno. Número 1.º del artículo 1.692, por violación e interpretación errónea del artículo 1.101 del Código civil.

Décimo. Número 7.º del artículo 1.692, por error de hecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDOS.—Tercero. Que reconocida por éste la autenticidad de la firma con que el mismo autoriza los recibos presentados por don R. F. y acreditativos, en consonancia con el resultado que ofrecen las demás pruebas obrantes en el juicio al apreciarse en conjunto, de que el demandado satisfizo al demandante, por razón de la obra concertada, sumas que exceden del total del precio convenido para su ejecución, queda justificada la excepción de pago, y por ella, la improcedencia de la condena al mismo solicitada por el demandante, cualesquiera que fuesen los desembolsos que para el cumplimiento de su obligación de contratista por precio alzado hubiese hecho.

Cuarto. Que nada puede significar, contra lo que acaba de estimarse, la alegación por el actor de que suscribió los recibos aludidos por coacción y sin que él recibiera las cantidades que en ellos se expresan, porque la realidad de este extremo no sólo no aparece justificada, sino que está contradicha por hechos tan significativos y ciertos como el de las cantidades ingresadas por don J. G. en su cuenta corriente del Banco Español de Crédito en 7 de abril, 13 de mayo y 6 de agosto de 1937, por cesión de talones suscritos por el padre del demandado, contra su cuenta; y la valoración que tales entregas tuvieran por la época y lugar en que se hicieron, tampoco puede influir en la cuestión discutida, puesto que el demandante no ha fundado su razón de pedir más que la negativa de haberle sido hechas tales entregas.

Quinto. Que incumplida por don J. G. su obligación de construir la casa objeto del contrato concertado el 15 de noviembre de 1935, en el tiempo y totalidad en éste pactados, sin que se haya acogido, como pudo

hacerlo, a la favorable disposición especial del artículo 7.º de la Ley de 5 de noviembre de 1940, si se entendía gravemente lesionado en su interés por las circunstancias derivadas de la resolución, ni a la establecida en el artículo 6.º de la misma Ley, ha de estimarse procedente, conforme al artículo 1.124 del Código civil, la resolución del contrato referido, pedida reconventionalmente por el demandado, sin que haya lugar a la indemnización de daños y perjuicios por el mismo suplicada, tanto porque no está justificada suficientemente la realidad de aquéllos como por hallarse exento de esta obligación el demandado por la virtualidad que se ha de reconocer a lo dispuesto en su último inciso por el artículo 6.º de la expresada Ley especial, ante el hecho indiscutido de no haber terminado la construcción por las notorias dificultades ocasionadas para hacerlo en la zona roja.

FALLO.—Confirma, en parte, la de la Audiencia.

SENTENCIA 7 JULIO 1948

Civil—contratos—arrendamientos urbanos—venta de pisos a partir de 1 de enero de 1947—tanteo.

El artículo 63 de la L. A. U. dispone que en los casos de venta por pisos realizadas a partir de 1 de enero de 1947, podrá el inquilino o arrendatario de local de negocio utilizar el derecho de tanteo en el plazo de treinta días.

Civil—contratos—arrendamientos urbanos—venta de pisos—retracto.

En los mismos casos podrá el inquilino ejercitar el retracto con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1.518 del Código civil, en los tres supuestos que enumera.

Civil—contratos—arrendamientos urbanos—retracto—reembolso.

El vendedor no puede hacer uso del derecho del retracto sin reembolsar al comprador del precio de la venta.

Civil—arrendamientos urbanos—venta de pisos—forma del reembolso.

El reembolso habrá de verificarse en la forma específicamente señalada por el artículo 1.518 de la L. E. C., es decir, consignando el precio de la venta.

Procesal—ejercicio de la acción de retracto—condiciones—consignación del precio de la venta.

Para el éxito de la acción de retracto es necesario que el retrayente reembolse al demandado el precio efectivo de la venta mediante la consignación del mismo.

ANTECEDENTES.—La actora, arrendataria de un piso adquirido por el demandado y a la que en diversas ocasiones le había ofrecido por el precio de venta si bien las notificaciones no habían sido hechas conforme a la L. A. U., solicitó del Juzgado el retracto del piso ocupado por precio inferior al realmente satisfecho por el comprador. El Juez declara improcedente la petición y la actora prepara recurso de injusticia notoria, que no ha lugar.

MOTIVOS.—Primero. Causa tercera del artículo 169 de la L. A. U., en relación con el número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

Segundo. Causa tercera del artículo 169 de la L. A. U., en relación con el número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que el artículo 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que en los casos de ventas por pisos realizadas a partir de 1.º de enero de 1947, podrá el inquilino de vivienda o el arrendatario de local de negocio utilizar el derecho de tanteo en el plazo de treinta días, a contar desde el siguiente al en que se le notifique en forma auténtica la decisión de vender o de ceder solutoriamente la vivienda o local de negocio arrendado; el precio ofrecido y las condiciones de la transmisión.

Segundo. Que el artículo 64 de la propia Ley establece que en los mismos casos a que se refiere el artículo anterior podrá el inquilino o arrendatario ejercitar el retracto de la vivienda o local de negocio arrendado, con sujeción al artículo 1.518 del Código civil, en los tres supuestos que enuncia, uno de los cuales es el de que no se le haya hecho la notificación a que el artículo 63 se refiere, debiendo, en tal supuesto, ejercitarse la acción en el plazo de sesenta días, que empezará a contarse desde que fuese inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad, y a falta de inscripción, desde que se tuviese conocimiento de aquélla.

Tercero. Que si bien la sentencia recurrida declara que las vendedoras doña Elvira Rubio y doña Rosa Fernández ofrecieron a la demandante el piso objeto de la venta, ni en dicha sentencia se afirma ni en el pleito consta que tal ofrecimiento se hiciera de la manera prevenida en el citado artículo 63, es decir, notificando al inquilino o arrendatario en forma auténtica la decisión de vender, y esto establecido, el plazo para el ejercicio de la acción de retracto hay que contarlo desde la fecha de la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad, y como tal inscripción tuvo efecto en 9 de abril de 1947 y la demanda de retracto se interpuso el 30 del mismo mes, es evidente que el mencionado plazo de sesenta días, que el artículo 64 de la citada Ley establece para el ejercicio de la acción, no había transcurrido, y no procede declarar la caducidad de la acción de retracto, como hace la sentencia recurrida.

Cuarto. Que, por definición del artículo 1.521 del Código civil, el retracto legal es el derecho de subrogarse, en las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquirió, una cosa por compra o dación en pago y por virtud de lo prevenido en el artículo 1.518 del propio cuerpo legal, al cual se remite el 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin

reembolsar al comprador el precio de la venta, y este reembolso habra de verificarse en la forma específicamente señalada por el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es decir, consignando el precio de la venta, siempre que fuese conocido; pero como la sentencia recurrida declara que la retrayente no tenía conocimiento del contrato de compraventa, en el que se había fijado el precio de doce mil pesetas, así como que el demandado era dueño del piso a que se refiere el retracto con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública de compraventa de dicho piso, de 15 de febrero de 1947, es evidente que el mencionado precio era el real y efectivo y no el de dos mil pesetas que en la mencionada escritura se señaló y de cuya circunstancia se aprovechó la retrayente para tratar de obtener el piso en cantidad inferior a la en que realmente fué vendido, y esto sentado, para el éxito de la acción de retracto hubiera sido necesario que la retrayente reembolsara al demandado del precio efectivo de la venta mediante la consignación del mismo, lo que no verificó, limitándose a consignar el que se fijó en la escritura pública mencionada, que ya le constaba que no era el verdadero precio, por lo que no pueden prosperar la acción entablada ni el recurso interpuesto.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 JULIO 1948

Procesal—procesos especiales—tramitación de los regulados en el título XVIII del libro II de la L. E. C.—extensión.

Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, la tramitación del procedimiento regulado por el título XVIII, libro II de la L. E. C. es sólo aplicable a los alimentos entre parientes.

Procesal—carácter del artículo 1.609 de la L. E. C.

El artículo 1.609 de la L. E. C. se refiere, con carácter general, a los que se crean con derecho a pedir alimentos provisionales.

Procesal—artículo 1.609 de la L. E. C.

El artículo 1.609 de la L. E. C. distingue dos supuestos: uno, el de la existencia de la relación de parentesco, y otro, en que, por no existir ésta, se requiere probar otras circunstancias.

ANTECEDENTES.—El demandante, heredero de don A. M., y mientras se verificaban las operaciones particionales de la herencia de su causante, solicitó judicialmente al representante de la herencia alimentos, a cuenta de lo que pudiera corresponderle en la herencia de sus padres. El Juez estimó la demanda que apelada por la administración de la herencia y revocada por la Audiencia Territorial, contra la que la parte actora dedujo recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que casa la sentencia.

MOTIVOS.—Artículos 1.430 y 1.020, en relación con el 1.428 del Código civil y el 1.609 de la L. E. C.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la Sala sentenciadora funda su fallo denegatorio de los alimentos provisionales solicitados en que cuando la demanda se formuló para darle la tramitación del procedimiento regulado en el título XVIII del libro II de la Ley de Enjuiciamiento civil, según interesó el demandante, al acogerse en el segundo otrosí de su demanda al artículo 1.609 de tal Ley, no procede su estimación, ya que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en su sentencia de 30 de enero de 1907, tal pronunciamiento es únicamente aplicable a la concesión de alimentos entre parientes, circunstancia que no se da entre los litigantes.

Segundo. Que el artículo 1.609 de la Ley procesal no limita, como supone el Tribunal *a quo*, el procedimiento establecido en el título a que pertenece para la reclamación de alimentos provisionales al caso de que los litigantes sean parientes, pues en su párrafo primero, definidor del ámbito de aplicación de dicho procedimiento, se refiere, con carácter general y sin restricción alguna, a los que se crean con derecho a pedir alimentos provisionales, y en cuanto al párrafo segundo del mismo artículo, su lectura convence de que para el supuesto de que el título se fundare en un derecho concedido por la ley, distingue claramente dos casos separados por la partícula disyuntiva *o*, uno el de la existencia de relación de parentesco, y otro en que, por no existir ésta, se requiere acreditar otras circunstancias distintas que den derecho a los alimentos.

Tercero. Que la sentencia recurrida invoca como fundamento de su fallo la doctrina reflejada en sentencia de esta Sala de 30 de enero de 1907, suponiendo que en ella se afirma que el procedimiento del título XVIII es únicamente aplicable a la concesión de alimentos entre parientes, pero tal interpretación se aparta del texto de la invocada resolución judicial, la cual, si bien expresa, en efecto, que el procedimiento de dicho título XVIII es aplicable a la concesión de alimentos entre parientes, no dice que sea única y exclusivamente aplicable a tal caso, limitándose a afirmar que cuando la demanda se deduce conforme a tal título es necesario justificar ciertos extremos cuya probanza no se requiere dentro del juicio de testamentaria porque en esta ya constan los elementos que el Juez necesita para señalar la cuantía de los alimentos, todo ello aparte de tener en cuenta que una sola sentencia de este Tribunal no forma jurisprudencia.

Cuarto. Que por lo expuesto es obligado declarar que la Sala sentenciadora ha infringido el artículo 1.609 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que procede la casación de la sentencia recurrida estimando el motivo primero del recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 8 JULIO 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma: derecho a ser parte por el subarrendatario en desahucio por subarriendo.

El subarrendatario comprendido dentro de la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos se halla dotado de legitimación pasiva para estar en el procedimiento de desahucio por subarriendo y la sentencia que le desconoce este derecho determina en el procedimiento un vicio formal causante de indefensión.

Procesal—casación—recurso de injusticia por quebrantamiento de forma: denegación del derecho a ser parte.

Aunque no encaja de un modo terminante en el artículo 1.693 de la Ley de E. C., que enumera los vicios a que pueden dar lugar el recurso de casación por quebrantamiento de forma, la denegación del derecho a ser parte en el proceso a un interesado que lo solicita y se halla asistido de una razón jurídica suficiente para serlo, guarda perfecta analogía con la falta de emplazamiento o la citación para el juicio, y por ello procede dar lugar al aludido recurso, máxime cuando se trata de un recurso de injusticia no sujeto a la interpretación estricta del recurso de casación y, por otra parte, el examen da a pensar en la posibilidad de la existencia de un fraude procesal mediante acuerdo entre el propietario y el inquilino para expulsar al subarrendatario, ya que, según la prueba documental acompañada el subarrendatario viene empadronado en el cuarto a que el desahucio se refiere desde hace unos ocho años.

ANTECEDENTES.—Entablado juicio de desahucio por subarriendo ante un Juzgado municipal, y citado tan sólo el arrendatario, de acuerdo con lo pedido por el actor, compareció en el acto del juicio el subarrendatario, alegando tal cualidad y siendo tenido por parte por el Juez, dictándose sentencia absolviendo al demandado. Apelada la sentencia, se revocó, declarándose en su parte dispositiva que se debía denegar el tener por parte al subarrendatario. Por éste se interpuso recurso de revisión por quebrantamiento de forma, ya que la renta no excedía de cuatro mil pesetas, resolviéndose el recurso por el T. S. en la forma que queda recogida en la doctrina antes expuesta.

SENTENCIA 8 JULIO 1948

Civil—arrendamiento de industria: condiciones para su existencia.

No hay arrendamiento de industria preexistente, ni siquiera de todos los medios necesarios para su funcionamiento inmediato, en el caso de arrendamiento de locales con los principales elementos para su explotación, pero no con todos los que a tal fin serían indispensables.

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada—prórroga forzosa: extensión.

La prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento establecida en el artículo 1.º del Decreto de 29 diciembre 1931, no comprende la cláusula autorizando al inquilino para subarrendar por el plazo de duración del contrato¹.

ANTECEDENTES.—En 1941 fueron arrendados los locales y los bienes muebles contenidos en el teatro "Principal Palacio" y en el café "Principal Bar", de Barcelona. El plazo de duración del arrendamiento se fijó en cinco años, a contar desde junio de 1941, prorrogables por otros cinco, de no manifestar ninguna de las partes su voluntad contraria, con un año de anticipación. El contrato contenía una cláusula autorizando el subarriendo.

En mayo de 1945, doña Catalina Gayá, compradora del inmueble, requirió notarialmente al arrendatario, Sr. Martínez Penas, para que se diera por notificado de dar por terminado el contrato al vencer el plazo convenido. El Sr. Martínez Penas no desalojó los locales en el tiempo fijado, y los subarrendó para los meses de junio, julio y agosto de 1946.

Planteada la demanda en juicio de desahucio por doña Catalina Gayá, fué estimada por el Juzgado de Primera Instancia; pero la sentencia de éste fué revocada en noviembre de 1947 por la Audiencia Territorial de Barcelona, dando lugar al planteamiento de un recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por los siguientes

MOTIVOS.—1.º Violación del artículo 1.569, 1.º, del Código civil, y aplicación indebida del artículo 1.º del Decreto de 1931.

2.º Violación e interpretación errónea de los artículos 334, 5.º; 1.281, 1.283, 1.285 y 1.286 del Código civil, y error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

3.º Violación del artículo 1.550 del Código civil; aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1 y 5, apartado D), del Decreto de alquileres de 1931; violación de las disposiciones transitorias 2.ª y 16 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la primera cuestión debatida gira fundamentalmente en torno de si el contrato de arrendamiento en litigio ofrece como objeto unos locales en los que el arrendatario pudiera explotar los negocios de café, teatro o cinematógrafo que él estableciese, o, en otro caso, lo arrendado fueron estos mismos negocios ya creados o susceptibles de ser inmediatamente explotados a base de los locales y de todos los demás elementos indispensables para su adecuado funcionamiento como negocio mercantil organizado.

Segundo. Que por vía interpretativa del contrato, la Sala sentenciadora fijó la intención de los contratantes en el sentido de que lo que quisieron fué arrendar exclusivamente los locales dotados de estructura propia para café, teatro o cine y unos determinados bienes muebles en aquellos existentes, y para llegar a esta conclusión tuvo en cuenta los términos literales del contrato, alusivos únicamente a locales y muebles, como constitutivos de los principales elementos necesarios para la explotación

1. Cf. artículo 79 de la vigente Ley de 31 diciembre 1946.

de los negocios, pero no integrantes de la totalidad de los que serían precisos al efecto, sin que, por otra parte, exista en autos indicación alguna de industria preexistente que pudiera ser objeto del contrato.

Tercero. Que por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aspira el motivo segundo del recurso a la demostración de que lo arrendado fueron los negocios ya establecidos, y para justificación de este aserto se cita la confesión judicial del demandado que reconoció la inclusión en el arriendo de los principales elementos para la explotación, pero no de todos los que a tal fin serían indispensables, y se señala también un reconocimiento judicial realizado en fecha muy posterior a la celebración del contrato, cuando ya llevaba el arrendatario varios años desarrollando en los locales dichos negocios, resultando así que la prueba de confesión no contradice los hechos afirmados por el juzgador de instancia, y el reconocimiento judicial es totalmente ineficaz a los fines que propugna el recurrente; por lo que habrá de ser desestimado dicho motivo segundo.

Cuarto. Que al quedar firmes en casación los hechos que la sentencia recurrida extrae de las pruebas practicadas es concluyente la interpretación que les ha dado el Tribunal de instancia en el sentido de que no hay en el caso de autos arrendamiento de industria preexistente ni aun siquiera de todos los medios necesarios para su funcionamiento inmediato, sino que se trata de arrendamiento de locales y muebles que, juntamente con otros elementos apertados por el arrendatario, permitieron a éste coordinarlos mediante adecuada organización para establecer los negocios de café y teatro o cinematógrafo, quedando así encuadrado el contrato de litigio, al que se asignó una duración de más de dos años, en el ámbito de la legislación especial de alquileres vigente en el año 1946, a tenor de lo cual y en atención concretamente a la prórroga forzosa para el arrendador dispuesta por el artículo 1.º en relación con el 2.º número tercero, del Decreto de 29 de diciembre de 1931, modificado el último por Decreto de 2 de agosto de 1934, no procede el desahucio por haber expirado el término convencional fijado para la duración del contrato.

Quinto. Que por lo que se refiere al tercer motivo del recurso en el que se alega la aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 1.º y del artículo 5.º, letra d), del Decreto de 29 de diciembre de 1931 por cuanto no obstante haberse autorizado el subarriendo exclusivamente por el tiempo y condiciones que no contradigan las estipulaciones de este contrato (cláusula doce), tiempo de duración que era de cinco años, los que espiraban en 31 de mayo de 1946, el arrendatario subarrendó el teatro de que se trata por los siguientes meses de junio, julio y agosto, es preciso resolver si "a prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento a que se refiere el artículo 1.º sin alteraciones en ninguna de sus cláusulas, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes" comprende también a la cláusula autorizando al inquilino para subarrendar por el plazo de duración del contrato, que era de cinco años, como queda dicho, prolongando su vigencia indefinidamente.

Sexto. Que entre estas excepciones a la prórroga del contrato ha de

comprenderse la facultad del arrendador para desahuciar por subarriendo no autorizado a que se refiere la letra d) del artículo 5.º de la citada disposición, y como en el caso de autos esta autorización había quedado limitada al plazo de cinco años, duración del contrato, por expresa voluntad de las partes, que pactaron sobre materia libre, es visto que al subarrendar fuera de dicho plazo el arrendatario infringió la cláusula doce mencionada, sin que pueda invocar un derecho a subarrendar indefinidamente por virtud de la prórroga legal del contrato establecida en favor de los arrendatarios por altas razones de orden público y para aminorar el problema de la vivienda, mas no para amparar en perjuicio del propietario el lucro que con sucesivos subarriendos pueda obtener el arrendatario al margen de lo pactado, procediendo por tales razones la casación de la sentencia recurrida.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 9 JULIO 1948

Procesal—comparecencia en juicio—intervención de Abogado: procesos de cuantía superior a 1.500.

No siendo preceptiva la intervención de Letrado en negocios de cuantía inferior a 1.500 pesetas, conforme a lo dispuesto en la Base 10.ª, apartado C) de la Ley de 19 julio 1945, no procede el nombramiento de Abogado de oficio para el caso del litigante que solicita ser defendido por pobre.

Procesal—desahucio: cuestiones objeto de examen.

Según reiterada jurisprudencia, el juicio de desahucio, por su naturaleza sumarisima y excepcional, sólo permite discutir las cuestiones taxativamente señaladas por la ley para ejercitar la acción que de las mismas se deriva.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso de injusticia—quebrantamiento de forma: requisitos para su admisión.

Para que el recurso de injusticia por quebrantamiento de forma pueda prosperar, se necesita, además de los requisitos del artículo 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el de que se haya pedido la subsanación de la falta en la instancia en que se cometió, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.696 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aplicable en virtud del artículo 179 de la consagrada Ley de Arrendamientos.

SENTENCIA 13 JULIO 1948

Procesal—competencia—acción personal—compraventa mercantil—lugar del pago—giro de letras.

El pago del precio en los contratos mercantiles mediante giro de letras de cambio se entiende, por regla general, como medio de facilitar el cobro y no influye en la competencia.

Procesal—competencia—acción personal—lugar del pago—cuándo ha comenzado a cumplirse la obligación.

Fijado en el contrato el lugar del pago, donde ya habrá comenzado a cumplirse la obligación, procede declarar la competencia a favor del Juzgado donde tal cumplimiento comenzó.

Procesal—competencia—sumisión expresa—cláusulas impresas: no firmadas.

Las condiciones aclaratorias impresas insertas al dorso del contrato por el que se fija la sumisión a determinado Juzgado, al no ser autorizadas ni firmadas no pueden servir de base para fijar la competencia.

CONSIDERANDO.—Que el presente litigio se ha incoado por el actor en reclamación del pago de seis mil doscientas veintitrés pesetas, resto del precio de una compraventa mercantil de dieciséis mil cien kilos de vino tinto, efectuada por los demandados, con lo que se manifiesta que el actor ejercita una acción personal derivada de aquel contrato, y como en el mismo se pactó que el pago se realizaría mediante letras aceptadas por los compradores, que pagaron varias en Bilbao, su domicilio, restando sólo lo que es objeto del pleito, resulta evidente que fué determinado Bilbao como lugar del pago; porque aunque es cierto que el pago del precio en los contratos mercantiles mediante giros de letras de cambio se entiende, por regla general, como medio de facilitar el cobro y no influye en la competencia, también lo es que al ejercitarse la acción cambiaria, la expedición de letras de cambio determina la competencia, y de igual modo, cuando los contratos hayan convenido que el pago del precio de la mercancía se efectúe, mediante letras de cambio, en el domicilio del comprador y la acción que se ejercite es la personal, según enseña la doctrina de esta Sala en sentencia de 29 de septiembre de 1939. lo que ocurre en el caso presente, y siendo esto así, fijado en el contrato el lugar del pago, donde ya había comenzado a cumplirse tal obligación, conforme a lo prevenido en los párrafos primero de los artículos 1.161 y 1.500 del Código civil, procede declarar la competencia para conocer de este litigio al Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, sin que pueda oponerse a esta determinación que en las condiciones aclaratorias insertas al dorso del contrato figure impresa la sumisión a los Jueces y Tribunales de Villafranca del Panadés: porque tales condiciones aclaratorias no

ogaras autorizadas ni aceptadas con firma alguna, con lo cual, con arreglo a reiterada jurisprudencia, no puede concederse eficacia alguna a la referida sumisión.

SENTENCIA 13 JULIO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada—derribo del local para construir otro.

Es causa de desahucio, conforme al apartado c) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, que el edificio existente entorpezca la construcción nueva o la utilización de lo que se vaya a edificar.

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada—carácter ampliatario del Decreto de 31 de diciembre de 1931.

El Decreto de 31 de diciembre de 1931 es de aplicación a los establecimientos industriales, aunque no estén expresamente reconocidos, según una constante jurisprudencia.

Civil—arrendamientos urbanos—legislación derogada—disposiciones transitorias—plazos para el desalojo.

El plazo para desalojar el local debe ser el establecido por el artículo 162 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aunque la acción esté ejercitada durante la vigencia de los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 22 de enero de 1936.

ANTECEDENTES.—Adquirido por los actores para la construcción de unos chalets un terreno dentro del cual existía con anterioridad una construcción destinada a bar, que llevaba en arrendamiento la demandada, y concedida por el Ayuntamiento de Santander autorización para el derribo del local, negado por la parte contraria el derecho de los actores, éstos presentan demanda de desahucio de la finca, que fué negada por el Juzgado de Santander, de cuya decisión recurrieron los actores.

MOTIVOS.—Números 3.º y 4.º del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por infracción de los artículos 8.º, 9.º y 10 de la Ley de Puertos y apartado c) del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la sentencia recurrida para desestimar la demanda se funda en que no se ha demostrado el propósito de los propietarios de construir viviendas en el local objeto del desahucio, por no tener para ello la autorización precisa del Gobernador civil, y segundo, porque no se iba a ocupar con las nuevas edificaciones el terreno mismo que ocupa el edificio que se pretende derribar.

Segundo. Respecto al primero de esos fundamentos, que la sentencia recurrida no hace otra manifestación sobre el enclavamiento del terreno en que se pretende edificar, que está comprendido en el artículo 10 de la Ley de Puertos, y de ahí deduce que era necesaria la autorización

del Gobernador civil, con manifiesto error en la interpretación de ese artículo, que se refiere a la zona de vigilancia, y la autorización del Gobernador sólo se requiere para las construcciones en la zona marítimo-terrestre, según el artículo 9.º de la misma Ley, como lo interpreta el oficio del ingeniero del Servicio Marítimo, fecha 29 de noviembre de 1945, unido a los autos, y ya queda a salvo esa zona de seis metros de vigilancia en la autorización concedida por el Ayuntamiento en sesión de 2 de enero de 1946.

Tercero. Que es causa de desahucio cuando se pretende derribar una edificación accidental para construir otra definitiva o de mayor utilidad social, que el edificio existente entorpezca tal construcción o la utilización de lo que se vaya a edificar, como resulta en este caso de las manifestaciones del arquitecto que hizo el proyecto para las nuevas edificaciones.

Cuarto. Que se ha acreditado cumplidamente en los autos el proyecto de los propietarios del terreno en cuestión de edificar cuatro viviendas en la finca en que está el edificio destinado a bar llamado El Polo Norte, que este hotel haría prácticamente imposible utilizar las piezas principales de las nuevas construcciones, por la proximidad a que quedarían unas de otras, y que esos propietarios tienen todas las autorizaciones administrativas precisas para esa edificación, sin abuso de derecho por los demandantes, por lo que es evidente que se da la causa C) del artículo 5.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, que es de aplicación a los establecimientos industriales, aunque no esté expresamente mencionado en el Decreto de 21 de enero de 1936, según constante jurisprudencia, por todo lo cual procede el desahucio solicitado.

*Quinto. Que, aunque la acción está ejercitada en época de vigencia y con arreglo a los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, el plazo para desalojar el local debe ser el establecido por la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 162, por ser ésta una norma procesal a la que han de sujetarse los procedimientos en curso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 13 JULIO 1948

Procesal—competencia—acción personal—lugar del cumplimiento—artículo 72 de la L. E. C.

Según el artículo 72 de la L. E. C., la competencia para conocer en una acción personal corresponde al Juzgado del lugar de su cumplimiento, que es el lugar de entrega de la mercancía.

ANTECEDENTES.—Con fecha de 7 de enero de 1947 el demandado celebró un contrato verbal de compra de mercancías de vid americana con el demandante; el contrato se cumplió en Yecla, debiendo servirse la mercancía desde

Onteniente por cuenta del comprador. La operación, importante por valor de 11.000 pesetas, no fué pagada por el comprador, lo que motivó la demanda del vendedor para la satisfacción total del precio. El demandado promueve cuestión de competencia por inhibitoria ante el Juzgado de Yecla, que da lugar a la competencia propuesta, a la que se opuso el de Onteniente, insistiendo el de Yecla en su propia competencia. El T. S. dicta sentencia que contiene el siguiente

CONSIDERANDO.—Que de las alegaciones, no contradichas, de los litigantes y de algún documento unido a los autos, como la guía fito-sanitaria, resulta manifiesto que mediante contrato verbal el actor vendió al demandado diez mil plantas, barbados vid americana, procedentes de sus viveros de Onteniente, que fueron facturadas en la estación del ferrocarril de dicha población, por cuenta del comprador, con destino a Yecla, donde se hizo cargo de ellos el demandado, de lo cual se deduce claramente que, a tenor de la regla primera del artículo 72 de la Ley procesal civil, la competencia para conocer del pleito corresponde al Juzgado de Primera Instancia de Onteniente, porque la acción que se ejercita es la personal y el lugar del cumplimiento de la obligación, la entrega de la mercancía, es Onteniente, donde fué facturada y donde reside el establecimiento vendedor, sin que pueda estimarse la alegación que el demandado hace para defender su fuero de que el pago del precio de estos contratos se hacía ordinariamente entregando su importe en Yecla al representante del vendedor, porque la única justificación que aduce no se refiere al caso en litigio, sino que es un acta notarial de requerimiento en que se insertan manifestaciones de unos interesados en otros contratos con el mismo actor, que no podría probar en todo caso sino una facilidad otorgada por el vendedor, pero que no alteraría la esencia y condiciones del pleito por hallarse fuera de él.

SENTENCIA 22 SEPTIEMBRE 1948

Procesal—acumulación de acciones.

Al no hallarse obligados mancomunadamente los demandados frente al actor falta el supuesto a que se refiere el artículo 62, párrafo 2.º, regla 1.ª

Mercantil—lugar de entrega de los géneros de comercio.

Según constante jurisprudencia, se entienden entregados en el establecimiento del vendedor.

SENTENCIA 28 SEPTIEMBRE 1948

ANTECEDENTES.—En un proceso sobre pago de pesetas, el demandado interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, basándolo en el siguiente

MOTIVO.—Fundado en el artículo 1.691 de la L. E. C., en relación con los números 4.º y 5.º del artículo 1.693 L. E. C. Por haber dejado de citar a la parte hoy recurrente para la práctica de una diligencia de prueba en el recurso de apelación.

CONSIDERANDOS.

Recurso de casación—causas de desestimación.

Primero. Que es doctrina constante de esta Sala que las causas de inadmisión del recurso de casación pueden ser también fundamento para su desestimación, lo mismo si ha sido admitido por el T. S. por ser recurso por infracción de ley, que si lo han sido por la Audiencia en los casos de recurso por quebrantamiento de forma.

Recurso de casación—por quebrantamiento de forma: momento en que ha de pedirse la subsanación de la falta en que se funda.

Segundo. Que el artículo 1.696 L. E. C. exige como indispensable para que puedan ser admitidos estos recursos por quebrantamiento de forma que se haya pedido la subsanación de la falta en que se fundan, pero la relativa indeterminación en que deja ese precepto el momento procesal en que tal subsanación ha de pedirse, está suficientemente aclarada en el número 4.º del artículo 1.752 de la misma Ley, al requerir que esa reclamación haya sido hecha oportunamente, lo cual no puede interpretarse más que en el sentido de que ha de pedirse en el primer trámite procesal en que pueda hacerse, inmediatamente después de cometida la infracción o de que tengan conocimiento de ella los interesados, porque el necesario enlace de unas diligencias judiciales con otras requiere que los errores se subsanen inmediatamente, y más aún por otra razón de economía procesal cuando el medio utilizado para esa rectificación es un incidente de nulidad de actuaciones, pues cuanto antes se pida menos serán las diligencias que se invaliden, por lo que no puede estimarse cumplido tal precepto, por la referencia que hacen los citados artículos a los 1.696 y 1.697 L. E. C., con que se reclame en cualquier momento de la instancia en que se cometió la falta.

Tercero. Que en el caso presente no se han cumplido tales requisitos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 OCTUBRE 1948

ANTECEDENTES.—A. presentó demanda reivindicatoria contra el Estado, por estimar que éste detenta una parcela de su propiedad incluida en el perímetro de un monte público. El abogado del Estado propuso la excepción de falta de personalidad, señalando que la demanda debía interponerse frente al Patrimonio Forestal del Estado, y no contra el Estado, que carece de personalidad al efecto pretendido por A. La excepción fué estimada, y A. interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma.

Procesal—recurso de casación—por quebrantamiento de forma: ámbito del artículo 1.693, número 2. de la L. E. C.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que, fundado el recurso en el supuesto de que ha debido reconocerse personalidad al Estado, es obvio que dicha cuestión no es de las comprendidas en el precepto citado, que se refiere, según ha declarado esta Sala—entre otras muchas, en sentencias 12-III-1897, 8-VI-1897, 27-XI-1901 y 7-VII-1906—al caso contrario, o sea cuando indebidamente se reconozca en un juicio la personalidad de un litigante o de su Procurador no obstante carecer de ella, sino que constituye y reviste los caracteres de cuestión meramente sustantiva y de fondo que sólo por recurso de casación por infracción de ley podría, en su caso, ser resuelta.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 OCTUBRE 1948

Procesal—interpretación de contratos: vía para llegar a casación.

Conforme a reiterada y reciente jurisprudencia, la interpretación sólo puede combatirse el amparo del número 1.º del artículo 1.692.

Procesal—casación—bases para la misma: artículos 1.248 del Código civil y 659 de la L. E. C.

No puede fundarse el recurso de casación en la infracción de estos dos preceptos, de los cuales el primero tiene un carácter meramente admonitivo y el segundo consagra la apreciación por el Tribunal de las declaraciones de los testigos, según las reglas de la sana crítica.

CONSIDERANDO.—Que respecto del motivo sexto en que se alude a error de derecho en la apreciación de las pruebas de confesión judicial y testifical con infracción de los artículos 1.222 y 1.248 del Código civil, 586 y 159 de la Ley de trámite, es igualmente inadmisibles, porque el confesante reconoció la autenticidad de los dos documentos citados; pero negando la existencia del contrato invocado por el actor, y en cuanto a la prueba testifical, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo en cuanto a la libre apreciación de la misma por los juzgadores y a la imposibilidad de fundar un recurso de casación en la infracción de los dos preceptos citados referentes a la prueba testifical, de los cuales el primero tiene un carácter meramente admonitivo y el segundo consagra la apreciación por el Tribunal de las declaraciones de los testigos, según las reglas de la sana crítica, procediendo por ello a la desestimación del presente recurso.

SENTENCIA 11 OCTUBRE 1948

Procesal—recurso de casación—infracción de preceptos legales—concepto en que son infringidos—artículo 1.620 de la L. E. C.

El párrafo primero del artículo 1.620 de la L. E. C. exige que se exprese el concepto en que han sido infringidos los preceptos legales que se citan como motivos del recurso.

Procesal—recurso de casación—cuestiones no planteadas por las partes en primera instancia.

Las cuestiones no propuestas por las partes ni planteadas en primera instancia no pueden ser resueltas en casación.

Civil—contrato—interpretación—criterio del Tribunal de instancia.

En la interpretación jurídica del contrato debe prevalecer el criterio del Tribunal de instancia, a menos que aparezca error en la inteligencia, significación y alcance de las cláusulas discutidas.

ANTECEDENTES.—D. J. Z., en representación de una tía carnal, había arrendado al demandado, en 9 de marzo de 1932, la explotación de una cantera existente en un monte propiedad de aquélla, para que pudiera extraer arena y piedra a su conveniencia. El plazo de duración del arrendamiento se fijó en cinco años, prorrogables por otros cinco, pactándose una renta anual de 5⁰ pesetas y un canon por metro cúbico de arena extraída de la cantera. Fallecida la causante, pasaron todos los bienes de su propiedad al hoy demandante, como sobrino y único heredero. Vencido el término del contrato en 1942, se había venido prorrogando tácitamente hasta 1943, en que el demandante requirió al demandado para que dejara libre y a su disposición la cantera, pretensión a la que se opuso el demandado. El Juzgado número 1 de Bilbao dictó sentencia admitiendo la demanda y declarando el desahucio de la cantera.

Apelada la sentencia, la Sala de lo Civil de la A. T. de Burgos confirmó la sentencia del Juzgado.

MOTIVOS.—1.^o y 7.^o del artículo 1.602 de la L. E. C., por infracción de los artículos 1.281, 1.282 del C. c.; 2.^o 1.566 del C. c.

CONSIDERANDOS.—Cuarto. Que con el segundo motivo del recurso se impugna la apreciación que hace de la sentencia recurrida del día en que terminan los plazos marcados en el contrato, pero también con esto suscita una cuestión nueva, a la que es de perfecta aplicación la doctrina del segundo considerando de esta sentencia, pues quiere hacer depender esas fechas de terminación de plazos o hasta los que habían de computarse de las liquidaciones que debían computarse los días 15 de cada mes, y no el 9 de marzo, fecha del contrato y desde el cual, según la cláusula A del mismo había de empezar su vigencia, y por lo cual con relación a esa fecha habían de terminar los plazos de duración, con independencia del momento de las liquidaciones, cuestión muy distinta de la que ya suscitó el demandado al contestar la demanda de duración del contrato, pero sin dis-

cutir entonces si era el 9 de marzo o el 15 de cada mes cuando había de terminar y, además, aunque este motivo lo apoya en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley hipotecaria, no dice si el supuesto error es de hecho o de derecho ni cita las normas de valoración de prueba que supone infringidas, ni tampoco el acta en que pretende apoyarse es documento auténtico a estos efectos ni prueba nada en favor de la tesis del recurrente, pues únicamente se refiere ese documento como fecha de terminación al 9 de marzo de 1946.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 19 OCTUBRE 1948

Civil—contratos—préstamos de dinero—carácter usurario—requisitos—
Ley de 27 de julio de 1908.

El préstamo con interés superior al del diez por ciento ha de estimarse superior al del normal del dinero, y por ello usurario, con arreglo a los artículos 3.º y 8.º de la Ley de 23 de julio de 1908.

Civil—contratos—usura—nulidad—interés superior al normal.

Para la declaración de nulidad de un contrato por usurario basta un interés notablemente superior al normal y en manifiesta desproporción con las circunstancias del caso.

ANTECEDENTES.—Don P. P. H. recibe en el año 1928, hallándose en estado de necesidad, 3.750 pesetas de J. P. y 4.500 de don A. U., a un interés del 10 por 100. Como garantía de esta operación, los prestamistas instruyen expediente de información posesoria a favor de un hermano del prestatario, que posteriormente otorga escritura pública de compraventa a su favor. A pesar de ello, las fincas continúan amillaradas a nombre de don P. P. H., que satisface la contribución territorial y se beneficia del reparto de aguas hasta el año 1940.

El Juez de primera instancia dicta sentencia, favorable a la petición de la demanda, con nulidad de los préstamos y del expediente posesorio, sentencia que revoca la Audiencia en todos sus pronunciamientos.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por infracción del artículo 1.º de la Ley de 23 de julio de 1908.

Segundo. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por infracción de la jurisprudencia de la sentencia de 24 de marzo de 1942 y 12 de julio de 1943.

Tercero. Números 1.º y 7.º del artículo 1.692, por error en las pruebas.

Cuarto. Número 1.º del artículo 1.692, por infracción de los artículos 1.274, 1.275, 1.276 y 1.277 del Código civil.

CONSIDERANDOS.—Tercero. Respecto a este tercer motivo y a la convicción que, atendidos cuantos elementos de juicio ofrece el pleito, ha de

haber formado esta Sala para resolver por ella el recurso conforme a la facultad que le concede, imponiendo su uso, el artículo que como infringido se cita en aquél; que las alegaciones de las partes, en especial la significativa circunstancia de que afirmándose en la de los demandantes la existencia de los préstamos que reputan usurarios, los hechos que precedieron a la escritura de compraventa de 30 de noviembre de 1928 con la finalidad de preparar para ésta el encubrimiento de aquéllos, el singular de haberse incluido una finca perteneciente a don A. U. en la información posesoria que permitió que los bienes que figuraron venderse lo fueran como propios de persona distinta de su verdadero poseedor y que se dedicaban habitualmente al préstamo usurario los demandados, se abstuvieran éstos de impugnar tales afirmaciones de la demanda, limitándose a oponer en su escrito de contestación lo que resultaba de la mencionada escritura pública de compraventa.

Cuarto. Que la certeza de los hechos que anteceden a las propias alegaciones de las partes producen la convicción de la existencia de los préstamos a que la acción ejercitada en la demanda se refiere, y de que se simularon la posesión fundamental del expediente posesorio instado por el don J. P. P. y el contrato de compraventa de 30 de noviembre de 1928, con la indudable finalidad de encubrir y asegurar aquellos préstamos, cuyo interés del diez por ciento ha de estimarse notablemente superior al normal del dinero, en razón del destino y necesidad a que había de dedicarse, y por ello, usurario, con arreglo a los artículos 1.º y 9.º, con los efectos que ordenan el 3.º y 8.º de la Ley de 23 de julio de 1908, haciendo estas operaciones, digo apreciaciones, estimable el motivo tercero del recurso e innecesario el examen del cuarto, en el que se persigue la procedencia de la casación con cita de artículos relativos a la nulidad de los contratos, aunque sin razonar el concepto de las infracciones que alega.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1948

Presentada demanda basada en la tesis de ser local de negocio el arrendado, el Juez debe decidir sobre esta cuestión en cuanto al fondo, y no puede fundarse en la calificación de vicicada que hizo del local arrendado para así declararse incompetente.

Civil—arrendamientos urbanos—calificación de las edificaciones habitables: necesidad de reducirla a los tipos legales.

Aquellas que estén arrendadas para fines no coincidentes exactamente con los de habitación o negocio, o dedicadas simultáneamente a ambos fines, han de asimilarse, para el efecto de la regulación de su arrendamiento, a una de las especies distinguidas legalmente.

Civil - arrendamientos urbanos - calificación de las edificaciones habitables - calificación de un Círculo Mercantil e Industrial.

En la obligada asimilación a vivienda o a local de negocio, ha de considerarse como esta último.

ANTECEDENTES.—A., propietario de una finca urbana, presentó demanda solicitando la resolución del contrato de arrendamiento concertado con el Círculo Mercantil e Industrial de X., exponiendo que había expresado a dicha entidad su deseo de elevar la renta en la proporción que la ley autoriza cuando se trata de arrendamiento de locales de negocio, y le fué contestado que no procedía tal elevación por no merecer el local arrendado dicha calificación, sino la de vivienda, posición que mantuvo en la contestación a la demanda, y oponiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción, puesto que, por tratarse de una vivienda, correspondía el conocimiento del proceso al Juez municipal competente, y se había presentado la demanda ante el Juez de primera instancia. Este estimó la excepción. A. interpuso recurso de injusticia notoria, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción del artículo 177 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues en la sentencia recurrida entra en el fondo de la cuestión, en vez de limitarse a decidir sobre la procedencia de la excepción.

Segundo. Infracción del artículo 1.º de la citada Ley. La entidad demandada tiene concertado un contrato con un tercero, encargado de los servicios de bar, etc., que paga los gastos de mantenimiento del local, con lo cual los socios obtienen lucro derivado de la adquisición de dichos servicios a precios inferiores a los corrientes y de la disminución de sus cuotas.

Tercero. Infracción del artículo 8.º de dicha Ley. Por estimar la sentencia que la entidad demandada no persigue finalidad lucrativa.

Cuarto. Infracción del artículo 160, apartado a), de la citada Ley, al declarar al juzgador incompetente.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que entablada la demanda sobre la tesis de ser local de negocio el arrendado por el Círculo Mercantil e Industrial de X., en edificio de A., al Juez de primera instancia correspondía conocer del litigio, conforme a lo dispuesto en el artículo 175, en relación con el apartado a) del 160 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y el Juez de dicho grado, ante el que se sustanció el pleito, es el que debió decidir si, por merecer la calificación de local de negocio, debía darse lugar a la demanda, o, por no ser tal local, debía absolverse al demandado; pero no fundarse en la calificación de vivienda que atribuyó al local arrendado, para declararse incompetente, cuando la cuestión planteada y debatida fué precisamente aquélla.

Segundo. Que con la improcedente declaración de incompetencia infringió, con injusticia notoria, los preceptos legales citados, infracción acusada como causa cuarta del recurso, procedente por la misma.

Tercero. Que, según el artículo 1.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, quedan sometidas a su regulación, con las excepciones expresadas en la misma, todas las edificaciones habitables, divididas al efecto en dos grupos: de viviendas y de locales de negocio, distinguidos por el fin para el que se hubiesen arrendado.

Cuarto. Que las edificaciones habitables que, comprendidas genéricamente en la ley, para la regulación de su arrendamiento, estén arrendadas para fines no coincidentes exactamente con los de habitación o de negocio, según los respectivos conceptos de la ley, o se dediquen simultáneamente a ambos fines, han de asimilarse, para el efecto expresado de regulación de su arrendamiento, a una de las dos especies distinguidas, como hace la ley en sus artículos 7.º a 10, para los casos en ellos previstos.

Quinto. Que el primero de los fines del Círculo Mercantil de X., según su propio Reglamento y para los cuales arrendó el local en cuestión, como se expresa en la cláusula quinta del contrato, es el fomento y desarrollo de los intereses de las clases mercantiles o industriales, cuyo fin, a su vez, es el lucro, que así viene a ser causa final determinante de la posible (síquiera no parece ser actual) actividad del Círculo, en el local arrendado, para el logro de ese primero de sus fines.

Sexto. Que otro de ellos, conforme al mismo Reglamento, es el recreo y entretenimiento de sus socios, y, en este aspecto, lejos de asemejarse a una vivienda, cuyos fines son los de albergue de una familia, asistencia mutua de sus componentes para la subsistencia, educación e intimidad afectuosa, se parece más, ya sea establecido y explotado por un empresario o por los propios usuarios, a un café, bar, salón de té o de juegos, para proporcionar a los concurrentes, fuera de sus hogares, y con fin de lucro, comidas, bebidas y diversiones, cuyos beneficios quedarán a favor del empresario, si es por él explotado, o de los usuarios, si lo establecen por su cuenta, obteniendo los artículos de consumo y las diversiones a menor precio y con más comedidad del que tendrían que satisfacer para proporcionársela individualmente en establecimientos análogos, con los cuales compiten habitualmente.

Séptimo. Que, ante esta razón, no puede incluirse un círculo de recreo de las clases más acomodadas de la sociedad entre las entidades a que se refiere el párrafo segundo del artículo 8.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que solamente se refiere, como claramente se desprende de las que cita como ejemplos, a las que persiguen el bien de los demás o el perfeccionamiento moral de sus propios componentes, como serían una cocina económica, un ropero para pobres, un círculo de obreros, una congregación religiosa, una biblioteca popular, etc., y, en consecuencia, el Círculo Mercantil e Industrial de X., en la obligada asimilación a vivienda o a local de negocio, ha de considerarse como esto último, al efecto de la regulación de su contrato de arrendamiento con la dueña del local que ocupa.

Octavo. Que, así calificado, está sujeto al incremento del 40 por 100 en la renta convenida, como establece el artículo 118 de la ley citada, y resultando, por lo expuesto, legítima esa elevación, de renta, al rechazarla el inquilino, Círculo Mercantil e Industrial, surgió para la arrendadora la opción concedida por el 131, habiéndola decidido en su demanda, pre-

sentada dentro del término señalado en dicho precepto legal, optando por la resolución del contrato.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1948

Procesal—recurso de casación—motivos.

La existencia de un defecto que hace referencia a la legitimación para obrar puede denunciarse al amparo del número 2.º del artículo 1.693 de la L. E. C., pero no cabe que sea examinado en un recurso por infracción de ley.

Procesal—recurso de casación: cuestiones nuevas.

No pueden ser examinadas en este recurso.

Procesal—recurso de casación: motivos de desestimación.

Los motivos legales en que puede fundarse la inadmisión de un recurso son pertinentes para desestimarlos al resolver en el fondo.

Procesal—recurso de casación: motivos—por error de hecho en la apreciación de la prueba.

No cabe plantear bajo este motivo la supuesta insuficiencia de la misma.

Procesal—recurso de casación: motivos—por error de hecho en la apreciación de la prueba: requisitos.

Es necesario demostrar la equívocación del juzgador por medio de documento auténtico.

Procesal—recurso de casación por infracción de ley: motivos.

El artículo 1.214 del C. e., según reiterada doctrina legal, no puede constituir base de casación.

No cabe apoyar un recurso por infracción de ley en preceptos de carácter procesal, según constante jurisprudencia.

ANTECEDENTES.—A. y B., éste como heredero de su padre y albacea de su tío—ambos hermanos de A.—, presentaron demanda solicitando que se condenase a los herederos de C. al pago de unas deudas que su causante tenía con ellos, parte por préstamo y en parte por unos suministros de cemento. El Juez de primera instancia estimó la demanda, que, apelada, fué confirmada por la A. T., aunque modificando el saldo a pagar. Los demandados interpusieron recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—(Vid. considerandos.)

CONSIDERANDOS.— Primero. Que en el primer motivo del recurso se acusa la infracción en la sentencia del artículo 327 del Código civil, en relación con el 35 de la Ley de 17 de junio de 1870, porque habiendo comparecido el actor B., no solamente por sí, sino además como heredero de su padre y en concepto de albacea de su tío, sin justificar con las correspondientes partidas de defunción el fallecimiento de estos últimos, la Sala sentenciadora, sin hacer declaración de que existan partes indivisas ni dar tampoco por existente una solidaridad de acreedores, condena, no obstante, a los demandados a satisfacer a A. y a los acreedores de sus hermanos fallecidos las cantidades que señala, añadiendo el motivo segundo de los invocados que el fallo infringe el artículo 657 del Código civil al establecer derechos a favor de dos herencias cuya realidad no consta por no aparecer demostrado el fallecimiento de los causantes de las mismas, y sosteniendo el motivo tercero que el Tribunal de instancia incide igualmente en el vicio de inaplicación del artículo 904 del repetido Código civil porque reclamado un pago por B. en concepto de albacea y para la herencia de su tío, se ignora si el albaceazgo se ha extinguido por el transcurso del término señalado, pues no acreditada la defunción del causante, falta la base necesaria para determinar la fecha inicial de dicho albaceazgo, sin que se halle demostrado tampoco que el testamento producido en los autos sea la expresión de la última voluntad del testador; pero lo que los indicados motivos acusan es, en definitiva, que uno de los actores no ha justificado el carácter de heredero ni el de albacea que invoca en la demanda, o sea, la existencia de un defecto que hace relación a la legitimación para obrar (falta de legitimación activa), y que si podría denunciarse al amparo del número segundo del artículo 1.693 de la Ley procesal, no cabe sea traído a examen en un recurso—cual el presente—por infracción de ley; ello aparte de que por ninguno de los demandados se planteó en instancia la aludida cuestión, que, por tanto, aparece ahora con carácter de nueva, circunstancia que también impone la desestimación de los citados motivos primero, segundo y tercero, en aplicación de la doctrina de esta Sala, según la cual los motivos legales en que puede fundarse la inadmisión de un recurso son pertinentes para desestimarlo al resolver en el fondo.

Segundo. Que el motivo cuarto de los invocados, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal y acusando la existencia de error en la apreciación de la prueba, se analizan determinados elementos probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal *a quo* para fijar una de las partidas que integran el total importe de la cantidad debida por los demandados, sentando el expresado motivo la tesis de que no aparece prueba suficiente para llegar a la conclusión establecida en la sentencia, de donde claramente se sigue que lo acusado en realidad no es un error de hecho en la apreciación de aquélla, sino una supuesta deficiencia de la misma; y si a esta consideración se añade la de que no se señala documento auténtico alguno que demuestre la equivocación del juzgador—requisito necesario para acusar el error de hecho—, forzoso se hace desestimar el motivo de que ahora se trata; y tampoco puede prevalecer el

quinto porque si—cual ocurre en el caso del litigio—la Sala sentenciadora fundó su fallo en diversos documentos suscritos por el causante de los demandados, no puede entenderse infringido—como dicho motivo pretende—el artículo 1.225 del Código civil, relativo al valor de los documentos privados, por la mera circunstancia de declararse en la sentencia que alguno de aquellos documentos aparece confirmado en la copia de una carta dirigida a dicho causante por el padre de uno de los actores.

Tercero. Que los motivos sexto y séptimo del recurso denuncian, respectivamente la vulneración del artículo 1.214 del Código civil y la interpretación errónea del 340 de la Ley procesal, aduciéndose en el uno que el actor no solicitó prueba alguna para demostrar la realidad de determinadas partidas de la cuenta cuyo pago se rechaza y sosteniéndose en el otro de dichos motivos que el Juzgado de Primera Instancia acordó, para mejor proveer, la práctica de ciertas diligencias de prueba que el recurrente califica de testifical y que no se halla autorizada por el mencionado artículo 340; pero si se tiene en cuenta respecto al motivo sexto que, según reiterada doctrina de esta Sala, el artículo 1.214 del Código civil no puede constituir base de casación, y en cuanto al motivo séptimo que, también con arreglo a constante jurisprudencia, no cabe apoyar un recurso por infracción de ley en preceptos de carácter procesal, es indudable que se impone la desestimación de los indicados motivos.

Cuarto. Que en el octavo de los mismos se alega que, no obstante hallarse reconocida en la sentencia la exactitud de algunos recibos presentados por la parte demandada, prescinde el Tribunal *a quo* de los pagos a que dichos recibos se refieren al señalar el importe de la cantidad debida, fundándose en que no aparecen mencionados dichos pagos al pie del documento en que consta la existencia de la deuda, documento que obraba en poder de los acreedores, y, en cambio, otorga valor probatorio a la copia de una carta presentada por los mismos, premisas las indicadas de las que el recurrente deduce la consecuencia de que el fallo infringe el artículo 1.256 del Código civil, a cuyo tenor la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de los contratantes; e insistiendo en el mismo aserto, denuncia el motivo noveno la infracción del artículo 1.156 del Código civil, que enumera los modos de extinción de las obligaciones, afirmando el recurrente que entre actores y demandados existe una sola relación obligatoria, por lo cual, habiendo realizado los deudores unos abonos de cantidades, eran éstas imputables a la extinción del crédito, motivos los dos aludidos que se apoyan en una base inexacta, porque afirmado en la sentencia que son varios los créditos existentes a favor de los actores contra los demandados y que ciertos pagos realizados por éstos y a los que el recurrente se refiere, no pueden imputarse a los créditos cuyo importe se reclama, sino a otros distintos, nacidos de contratos de venta o suministro de cemento, celebrados por C. con el actor A. y sus difuntos hermanos, es incontrovertible que al quedar en pie estas terminantes declaraciones del juzgador por falta de adecuada impugnación, desaparece el fundamento de aquellas alegaciones, siendo de advertir, por último, que si bien para fijar el importe de la cantidad debida toma en cuenta la Sala sentenciadora

la copia de una carta presentada por los recurridos, no apoya su fallo en dicha copia, sino en el conjunto de las pruebas aportadas, como se ha indicado ya al analizar el motivo quinto, razones las expuestas que conducen a la desestimación de los octavo y noveno del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1948

Procesal—recursos—casación—cuestiones no planteadas.

Las cuestiones no examinadas y resueltas por la Sala de instancia han de ser consideradas como nuevas y carecen de acceso a la casación.

Procesal—recursos—casación—infracción—motivos—concepto en que han sido infringidos.

La Ley procesal exige expresar el concepto en que hayan sido infringidos los motivos del recurso, según lo exige el artículo 1.620, en relación con el número 4.º del 1.729.

ANTECEDENTES.—Don C. L. A. otorgó, en 13 de julio de 1938, un contrato de venta de fincas, a favor del hoy demandado, y posteriormente, a favor del mismo comprador, otra de fecha 30 de agosto del mismo año. Fallecido el vendedor, las demandantes, como herederas del causante, solicitan del Juzgado se declarase inexistente, por ser simulados los contratos otorgados por el causante de las actoras a favor del comprador.

El Juzgado de Primera Instancia estimó, en parte, la demanda, declarando herederas a las demandantes y absolvió de todas las otras peticiones al demandado, de cuya sentencia apelaron, confirmando la Audiencia la sentencia del Juzgado.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

Segundo. Artículo 56 del Código civil.

Tercero. Artículo 1.255 del Código civil.

Cuarto. Artículos 1.275 y 1.276 del Código civil.

Quinto. Artículo 813 del Código civil.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que dirigida la acción ejercitada en el pleito por doña C. M. F. y doña C. L. M., a la finalidad, expresamente pedida en la demanda en lo que a este recurso interesa, de que se declarase inexistente, por ser simulado, el contrato de compraventa de fincas otorgado en escritura pública de 13 de julio de 1938 por don C. L. A., causante de las actoras, en concepto de vendedor, y el demandado don M. F. P., en el de comprador, e igualmente nula o rescindible la escritura, también de compraventa de una finca, otorgada por los mismos contratantes el 30 de agosto del año dicho, no sustentaron esta pretensión en causas distintas de las que se pudieran derivar de las alegaciones relativas a que en el otorgamiento de ambos contratos mediaron inducciones dolosas y

se supuso en el primero por precio recibido, con anterioridad, sin que ello fuese cierto, no expresándose siquiera, respecto a la rescisión del segundo, la causa o razón legal fundamentales de la misma.

Segundo. Que propuesta en estos términos la cuestión que las demandadas sometían a debate, sin que la amparasen en otros preceptos sustantivos que en los contenidos en los artículos 1.261, 1.265, 1.269 y 1.290 del Código civil, han de tenerse como nuevos, puesto que no habiendo sido planteadas en el pleito no pudieron ser examinadas y resueltas por la Sala de instancia, y, consiguientemente, carecen de acceso a la casación, según la constante doctrina de esta Sala, las cuestiones que el recurso, sin relacionarlas con los fundamentos del fallo, apunta más que razona en sus cinco motivos, todos fundados en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil y en los que cita como infringidos por la sentencia recurrida, pero omitiendo expresar el concepto en que a su entender lo hayan sido, como exige el artículo 1.720, en concordancia con el número 4.º del 1.729 de la Ley rituaría para que sean admisibles y tengan viabilidad los artículos 56, 1.255, 1.275, 1.276 y 813 del ya citado cuerpo legal sustantivo, aplicándolos, sin impugnar las apreciaciones de hecho del Tribunal *a quo*, afirmativas de que en los aludidos contratos de compraventa se entregó por el comprador el precio convenido y de que el consentimiento del vendedor no adoleció de vicio, al supuesto, antes no aducido, de una causa ilícita por contraria a la moral.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 4 NOVIEMBRE 1948

Procesal—desistimiento de la demanda—requisitos—aceptación del demandado—desde cuando es necesaria.

Mientras no haya sido contestada la demanda, es libre el desistimiento del actor, y en el caso de producirse este desistimiento después de la contestación, tiene la aceptación del demandado el carácter de necesaria.

Procesal—casación—resoluciones definitivas—reservas de acciones y declaraciones de “sin perjuicio”.

Las reservas de acciones hechas en el fallo, así como las declaraciones de “sin perjuicio”, no conceden derechos ni privan de ellos; y al no tener el carácter de resoluciones definitivas tales reservas y declaraciones, lógicamente se sigue que no son susceptibles de recurso de casación los extremos del fallo que a las mismas se refieren.

ANTECEDENTES.—Personado el demandado en un juicio de mayor cuantía, su Procurador promovió cuestión previa incidental para que se resolviera que el asunto debía tramitarse en juicio de mayor cuantía. Antes de nueva comparecencia, el Procurador del actor solicitó se tuviese a éste

por desistido de la prosecución de los autos, no de la acción. Por providencia de 20 de febrero de 1943, el Juzgado dió traslado del desistimiento al demandado, el actor presentó recurso de reposición de esta providencia, y el Juzgado, en auto de 4 de marzo y providencia de 8 del mismo mes, resolvió no haber lugar a la reposición ni al desistimiento. Contra la providencia de 8 de marzo interpuso el actor recurso de reposición, y contra el auto desestimatorio del mismo, recurso de apelación; la Audiencia revocó tal auto, dando por desistido al actor, "sin haber lugar a reserva de acción alguna, sin perjuicio de las que a ambas partes puedan corresponder para la defensa de sus respectivos derechos". El demandado interpuso recurso de casación fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Violación o inaplicación de los principios contenidos en el artículo 4.º, párrafo 2.º C. c.; del artículo 6.º, párrafo 2.º, y 16 C. c.; de los principios recogidos en los artículos 1.091, 1.254, 1.255, 1.256, 1.258, 1.262 y 1.278 C. c., y en abundante jurisprudencia del T. S.; todo en relación con los artículos 56, 58, 525, 681, 530, 9, núm. 3.º; 409, 410, 846, 847, 741 ss. y 487 L. E. C., y 1.809 C. c.; la litis pendencia, con efectos vinculantes, se produce por la personación en autos del demandado, y desde entonces no puede el actor desistir de la prosecución de los autos sin aceptación del demandado; sólo puede desistir de la acción sin derecho a reproducirla.

2.º Vulneración de la providencia de 20 de febrero, que tenía fuerza de cosa juzgada y presuponía la necesidad de la aceptación del demandado.

3.º Contradicción entre las disposiciones del fallo referentes a la reserva de acciones.

CONSIDERANDOS.—Primero. El primer motivo de los invocados plantea la cuestión de si el desistimiento de la demanda requiere para su eficacia la aceptación por parte del demandado; y con relación a dicho problema, es de tener en cuenta que si bien algunas legislaciones extranjeras establecen, y determinados sectores de la doctrina estiman que desde el momento en que se ha producido la comparecencia de aquél se precisa su aceptación para que el desistimiento del actor pueda producir sus efectos normales—tesis sustentada en el indicado recurso, pero no apoyada en precepto legal que concretamente la ampare—, tal solución no ha prevalecido hasta el presente en la doctrina ni en la práctica españolas, las cuales, en general, admiten que mientras no haya sido contestada la demanda es libre el desistimiento del actor, y que en el caso de producirse este desistimiento después de la contestación, tiene la aceptación del demandado el carácter de necesaria, criterio el aludido que informa las sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 1891 y 21 de diciembre de 1927, entre otras, e inspira igualmente el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil en la Zona del Protectorado de Marruecos.

Segundo. Aun llegando a atribuir a una providencia firme la autoridad de cosa juzgada, como pretende el motivo segundo del recurso, procede advertir, con relación al caso ahora controvertido, que si bien la providencia del Juzgado de 20 de febrero de 1943, a la que el recurrente se refiere, había ordenado dar vista del escrito de desistimiento a la demandada, ni dicha providencia, ni el auto de 4 de marzo, que la confirmó, resolvieron aquella pretensión, habiendo dispuesto el citado auto que una vez hecha la notificación y dada cuenta se acordaría sobre la pretensión:

dicha, la cual se desestimó en otra providencia posterior, fechada a 8 de marzo, providencia que fué recurrida por la demandante, confirmada por auto del Juzgado de 29 del mismo mes, y contra el cual auto se interpuso apelación que, admitida y sustanciada, determinó a su vez la resolución revocatoria dictada por la Sala de la Audiencia y que es objeto de impugnación en el presente recurso, extremos los indicados de los cuales claramente aparece que no existen términos hábiles para entender que el Tribunal de segunda instancia, al dictar el auto ahora recurrido, vulneró lo declarado en la providencia firme del Juzgado a que el citado motivo se refiere.

Tercero. Según ha establecido reiteradamente esta Sala, las reservas de acciones hechas en el fallo, así como las declaraciones de "sin perjuicio", no conceden derechos ni privan de ellos (sentencias de 24 de junio de 1887, 3 de julio de 1897, 16 de marzo de 1900, 11 de noviembre de 1907, 21 de julio de 1930 y 23 de diciembre de 1939); y al no tener el carácter de resoluciones definitivas tales reservas y declaraciones, lógicamente se sigue que no son susceptibles de recurso de casación los extremos del fallo que a las mismas se refieren.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 NOVIEMBRE 1948

Procesal—presupuestos procesales—legitimación pasiva.

Son ajenas al problema de la falta de personalidad las alegaciones encaminadas a discutir la eficacia de la acción ejercitada por haberse dirigido ésta contra algunos miembros del consejo de familia y no contra la totalidad de los mismos, siendo suficiente para que tal personalidad exista que los demandados ostenten los cargos en cuyo concepto lo fueron.

ANTECEDENTES.—Se trataba de la remoción de la tutora de una menor por haber sido condenada por estafa en perjuicio de la misma menor. El consejo de familia acordó por unanimidad, pero sin la asistencia de dos de sus miembros, la continuación de la tutora en su cargo. Otra parienta de la menor dedujo demanda contra el presidente del consejo de familia, los vocales que habían votado y la tutora, solicitando se les condenara a remover a ésta. El Juez de primera instancia y la Audiencia estimaron la demanda. Los demandados interpusieron recurso de casación, basándolo en el siguiente

MOTIVO.—Único. Falta de personalidad en los demandados: dado que el acuerdo se tomó por unanimidad, se debió demandar al consejo de familia, o a todos sus miembros, pero no a algunos de éstos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 NOVIEMBRE 1948

Civil—contrato de transacción—sobre alimentos futuros—ámbito de su prohibición.

Los artículos 151 y 1.814 del Código civil se refieren exclusivamente a los alimentos que deben darse entre parientes y no a las cantidades que el perceptor aplique a su alimentación, de cualquier clase de donaciones o pensiones que, por no tener su fundamento en los deberes de familia, no pueden asimilarse a aquéllas.

Civil—usura—contratos en que cabe.

Es imposible incluir en el artículo 9.º de la Ley de Usura un contrato que no tiene la más remota analogía con el préstamo.

Procesal—apreciación de la prueba—en caso de usura—facultades del Juez—presunción de necesidad.

No deben confundirse las más amplias facultades para la apreciación de la prueba que concede la Ley de Usura con la exención de ésta, no pudiendo presumirse la necesidad del que alga la usura por el hecho de su ceguera.

ANTECEDENTES.—A., gerente de la sociedad B., fué declarado cesante por ésta a causa de haber quedado ciego. El Consejo de Administración le concedió una determinada gratificación mensual "mientras las disponibilidades de la sociedad lo permitan o el Consejo crea conveniente mantener, rebajar o suprimir". Poco después, alegando pérdidas sufridas, la sociedad dejó de pagar la pensión; A. presentó demanda de conciliación a la sociedad, no produciéndose avenencia. Más tarde, firmó un documento de transacción en que, a cambio de una cantidad de dinero, renunciaba para el futuro a la pensión. Años después, A. presentó demanda contra la sociedad, alegando la nulidad de la transacción y reclamando el pago de la pensión. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. A. interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Violación de los artículos 619, 621, 1.051, 1.115, 1.254, 1.256 y 1.258 del Código civil: hubo una donación subordinada a las posibilidades de la sociedad, pero no a su capricho.

Segundo. Violación de los artículos 4. 151 y 1.814 del Código civil: la transacción fué nula por recaer sobre alimentos futuros.

Tercero. Infracción de ley y de doctrina legal por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, con violación de los artículos 619, 621, 1.115, 1.254, 1.256 y 1.258 del Código civil: no se da al acuerdo de la sociedad B. su verdadero sentido de donación de una pensión vitalicia.

Cuarto. Infracción de ley y de doctrina legal por error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación de los artículos 1. párrafo

primero, 9 y 16 de la Ley de 23 de julio de 1908, 1.265 y 1.275 del Código civil y errónea interpretación del artículo 2 de dicha Ley de 1908: la transacción fué usuraria por la angustiosa situación de A.

CONSIDERANDOS.—Primero. El primer motivo de este recurso parte del hecho de que la subsistencia de la pensión acordada en favor del recurrente dependía de las posibilidades económicas y de la estimación que de ellas haga la sociedad demandada, supuesto erróneo, pues, como acertadamente dice la sentencia recurrida en afirmación que no ha sido impugnada en forma en el recurso, esa subsistencia depende de una cualquiera de las dos circunstancias mencionadas; porque bastaba, según el acuerdo de pago de la pensión, que el Consejo la modificara o suprimiera para que tuviera efecto, y, además de ese error en su punto de partida, incide en otro de no poner atención alguna para la extinción de esa obligación en el asentimiento que a ello, prestó el recurrente mediante el percibo de una cantidad de dinero.

Segundo. No ha infringido la sentencia recurrida los artículos 151 y 1.814 del Código civil, base de la nulidad que el motivo segundo apoya en el artículo 4 del mismo Código, porque esos artículos primeros se refieren exclusivamente a los alimentos que deben darse entre parientes y no a las cantidades que el perceptor aplique a su alimentación de cualquier clase de donaciones o pensiones, que, por no tener su fundamento en los deberes de familia, no pueden asimilarse a aquéllas, y en su virtud procede no estimar el segundo motivo de los formulados.

Tercero. No puede fundarse el error de hecho en la apreciación de las pruebas, objeto del tercer motivo del recurso, en el texto del acuerdo del Consejo de la sociedad B., porque éste ni tiene el carácter de documento auténtico a estos fines, ni dice cosa distinta a lo afirmado por la Sala de instancia, si bien es distinta la interpretación que le da el recurrente, pretendiendo así sustituir con su criterio el del Tribunal *a quo*, y el error de derecho alegado en el mismo motivo es inadmisibles porque los términos claros de ese acuerdo al decir textualmente: "mientras las disponibilidades de la sociedad lo permitan o el Consejo lo crea conveniente mantener, rebajar o suprimir" no permiten otra interpretación distinta a la que le ha dado la Audiencia.

Cuarto. Además de no citarse en el cuarto y último motivo el artículo de la Ley procesal en que lo apoya, es imposible incluir, como en este caso se pretende, la transacción de autos en el artículo 9 de la Ley de Usura por no tener la más remota analogía con el contrato de préstamo, y no deben confundirse las más amplias facultades para la apreciación de la prueba que concede la Ley de Usura con la exención de ésta, y ni puede presumirse la necesidad por el hecho de la ceguera, y menos en el caso actual en que consta que el recurrente cobraba sueldos con posterioridad a su cese en la sociedad demandada.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 NOVIEMBRE 1948

Civil—contrato de mediación—premio del mediador.

En el contrato de mediación, el premio del mediador no depende precisamente del trabajo que realice, sino más bien del resultado positivo que se obtenga mediante la consumación del contrato o mediante la perfección del mismo no seguida de consumación por causa imputable al mandante.

ANTECEDENTES.—A. dió encargo a B., corredor de fincas, de que le buscara, en plazo determinado, comprador para una finca de naranjos, excluyendo los mandarinos e imperiales que en la misma finca había. Se señaló un precio, y el exceso sobre el mismo que consiguiera B. quedaría de beneficio para él. B. halló comprador por precio superior al señalado, pero por estar ausente A. no se formalizó la operación. Más tarde, ofrecida de nuevo la finca al presunto comprador, declaró no quererla sin los mandarinos e imperiales. B. presentó demanda contra A. reclamando lo que le hubiera correspondido como premio si la operación se hubiese realizado. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. B. interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, pues de dos actas notariales levantadas por orden de B. se deducía que el comprador quiso realmente comprar una finca con naranjos coincidente con la ofrecida por A., excluidos los mandarinos e imperiales.

2.º Violación de los artículos 1.254 y 1.255 C. c.: la sentencia niega que hubiese contrato por no llevar sobre sí el comprador dinero suficiente para el pago.

3.º Inaplicación de los artículos 244 y 2.º C. de c.: entre A. y B. medió una comisión mercantil; B. se ajustó a las órdenes de A., luego tenía derecho al premio de la comisión.

4.º (Subsidiario del anterior.) Inaplicación de los artículos 1.709, 1.710 y 1.711 C. c.: si no se aprecia el carácter mercantil de la relación.

5.º Inaplicación de los artículos 1.101 y 1.729 C. c.: procedía indemnizar al mandatario.

6.º Inaplicación de los artículos 1.284 y 1.289 C. c.

CONSIDERANDOS¹.—Segundo. La tesis del recurso la amparan los motivos 1.º y 6.º en la alegación de error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y en error de interpretación, que se atribuyen al juzgador de instancia; pero es preciso tener en cuenta para el debido enjuiciamiento de esta cuestión que lo que consta en el acta referida es que el presunto comprador manifestó ante el Notario que iba dispuesto al otorgamiento de la escritura de compra de la "finca con naranjos", y esta declaración de voluntad no es desconocida o negada por la Sala sentenciadora, sino que, partiendo de ella, estima que lo que tal comprador quería era la finca con todos los naranjos en ella existentes, resultando así que el acta notarial no acusa por sí sola, de modo auténtico a efectos de casación, el error de hecho y de derecho denunciados, ni ofrece base

1. Los considerandos 2.º y 3.º se insertan extractados en la parte en que hacen referencia a los antecedentes o a los motivos del recurso.

tampoco para apreciar el error de interpretación, porque en trance de inquirir la intención del comprador, a través de la referida declaración de voluntad, es de estimar ajustado a su sentido literal y lógico la apreciación que de la misma hizo el Tribunal "a quo", pues no se puede entender que quien acepta la compra de una finca con naranjos, según resulta del acta notarial, la acepte igualmente si se excluye de la finca alguna de sus partes integrantes—mandarinos e imperiales—, y si alguna duda pudiese surgir quedaría desvanecida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.282 C. c., por los actos posteriores que la sentencia recurrida acoge, sin impugnación en el recurso, demostrativos de que, expirado ya el término de la gestión de venta, le fué ofrecida la finca al mismo comprador, con exclusión de la repetida clase de naranjos, y no la aceptó, insistiendo en que con tal exclusión no le interesaba la finca, lo que no supone arrepentimiento o retractación de compromiso anteriormente contraído, sino lisa y llana ratificación de la actitud adoptada inicialmente por el comprador.

Tercero. Desestimados los motivos primero y sexto, son inoperantes los cuatro motivos restantes del recurso, en los que se parte de la errónea premisa de que el corredor demandante llevó a feliz término la gestión que se le encomendó, proporcionando en tiempo hábil al vendedor un comprador de la finca de acuerdo con las condiciones señaladas por aquél; pero bien se advierte que en toda la argumentación de tales motivos se incurre en petición de principio, dando por probado el hecho básico del que habría de derivar, con arreglo a lo pactado, el nacimiento del derecho a la remuneración o premio que el corredor reclama en este pleito, a saber, la realización del contrato u operación de venta, pues es bien sabido que en esa modalidad contractual, que propiamente encaja en el molde del contrato de mediación, el premio del mediador no depende precisamente del trabajo que realice, sino más bien del resultado positivo que se obtenga mediante la consumación del contrato o mediante la perfección del mismo no seguida de consumación por causa imputable al mandante.

Cuarto. En consecuencia, no son de apreciar las infracciones legales y jurisprudenciales que se señalan en los seis motivos del recurso, quedando en pie la acertada argumentación del juzgador de instancia que fundamentalmente gira en torno del principio de Derecho "actore non probante reus est absolvendus".

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 12 NOVIEMBRE 1948

Civil—negocios jurídicos—determinación de su naturaleza.

La naturaleza de los negocios jurídicos se determina por los derechos y obligaciones que son su contenido, en relación con los preceptos legales que han de de regirlos.

Civil—contratos—elementos esenciales—concurso de voluntades.

Conforme a los artículos 1.261 y 1.262 del Código civil, no existe contrato mientras no se manifieste el consentimiento de dos voluntades por el concurso de la oferta y de la aceptación conocida por el oferente, por lo que la sola manifestación de éste de querer obligarse no constituye contrato.

Civil—sucesiones—imposición de obligaciones a los herederos.

Si, según el principio a que responden los artículos 659 y 661 del Código civil, se transmiten a los herederos las obligaciones de sus causantes, éstas no pueden serles impuestas directamente por aquéllos, sin su aceptación, de otro modo que como carga o gravamen de su herencia y con arreglo a los requisitos y formalidades que las disposiciones testamentarias han de observar para su validez.

Procesal—casación—apreciaciones de hecho de la Sala de instancia.

Las afirmaciones del Tribunal a quo sobre la falta de determinados requisitos de un contrato, que le llevan a desestimar la existencia del mismo, son de hecho, y han de respetarse, a menos de combatirlas del modo que autoriza el número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., no siendo lícito intentar que el criterio del recurrente prevalezca sobre el del juzgador.

ANTECEDENTES.—A., aragonés, casado con B., vendió a los hoy demandantes varias fincas, con la reserva del derecho expectante de usufructo viudal, según el Derecho aragonés, a favor de B. si A. le premorir a su esposa, y de que esta ejerciera el derecho de usufructo, obligaba a sus herederos a pagar una determinada cantidad anual a los compradores mientras durase el usufructo de B. En una posterior escritura pública, aclaratoria de la de compraventa en cuanto a los linderos de las fincas, no se mencionó tal documento privado. A. murió, B. ejerció sus derechos sobre las fincas vendidas, a lo que accedieron los compradores, y éstos presentaron demanda contra el heredero de A., reclamando el cumplimiento de la obligación impuesta en el citado documento privado. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, la Audiencia revocó la sentencia de primera instancia. Los demandantes interpusieron recurso de casación, fundado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO.—Único. Infracción de los artículos 1.254 y 1.261 C. c. y jurisprudencia del T. S.: La sentencia recurrida no estima que el documento privado en cuestión fuese un contrato, sin embargo, reunía todos los requisitos del mismo: consentimiento en cuanto era complemento del de compraventa, y en cuanto la aceptación de los recurrentes podía deducirse de sus propios actos; objeto, en cuanto imponía ciertas obligaciones, y causa onerosa en cuanto tendía a resarcir a los compradores del quebranto económico que podía producirles el usufructo de B.

CONSIDERANDOS.—Segundo. El documento privado, del que ninguna referencia se hizo en la segunda de las expresadas escrituras públicas, con-

tiene, indudablemente, una declaración de voluntad de su único firmante, de imponer a sus herederos, para después de su muerte, la obligación, de marcado carácter unilateral y condicionada, que antes se dice, con empleo de términos de sentido tan claro que excluyen la necesidad de acudir a norma alguna interpretativa, por lo que la cuestión litigiosa y cuanto se argumenta en el único motivo del recurso no puede crear un problema de interpretación del referido documento, sino de calificación jurídica de lo en él dispuesto, apreciado en la sentencia recurrida como establecimiento de una carga hereditaria, y entendido por la parte actora y recurrente como generador de una obligación de naturaleza contractual, complementaria de lo convenido en el contrato de compraventa.

Tercero. La naturaleza de los negocios jurídicos se determina por los derechos y obligaciones que son su contenido, en relación con los preceptos legales que han de regirlos, siendo fundamental, conforme a los artículos 1.261 y 1.262 C. c., que no existe contrato mientras no se manifiesta el consentimiento de dos voluntades por el concurso de la oferta y de la aceptación conocida por el oferente, por lo que la sola manifestación de éste de querer obligar no constituye contrato, y lo es también que si según el principio a que responden los artículos 659 y 661 del mismo Cuerpo legal, se transmiten a los herederos las obligaciones de sus causantes, éstas no pueden serles impuestas directamente, sin su aceptación, de otro modo que como carga o gravamen de su herencia y con arreglo a los requisitos y formalidades que las disposiciones testamentarias han de observar para su validez.

Cuarto. De lo que antecede se sigue que no puede merecer la calificación jurídica de contrato el contenido de un documento que, como el discutido, no acredita la existencia de una convención que diera nacimiento a derechos y obligaciones queridos por voluntades coincidentes, sino la manifestación de una sola, no aceptada en vida de su autor por los demandados, según apreciación del Tribunal de instancia, que, por serlo de hecho, ha de ser respetada, a menos de combatirse por el medio que autoriza el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal.

Quinto. No está justificado, y por ello es inadmisibile, como así lo estimó la sentencia recurrida, que la obligación que el firmante del documento privado referido pretendió mediante él imponer a sus herederos, obedeciese a una causa que le diera el carácter de onerosa, puesto que no cabe entender que fuese complementaria del contenido del contrato de compraventa cuando, además de haberse estipulado en éste expresamente que la compraventa por el precio convenido se hacía con reserva del derecho de usufructo que a la viuda del vendedor asistiera, ninguna modificación en sentido contrario a este pacto se hizo en la escritura pública posterior, en la que ni aun referencia se hizo al documento privado suscrito con fecha anterior a la misma.

Sexto. Desprovista de origen contractual la obligación exigida en la demanda, e impuesta a sus herederos por A., con indudable carácter de lucrativa en favor de los demandantes para que fuese cumplida después de la muerte de aquél, no es dable desconocer el acierto con el que la Sala

de instancia la calificó de dispositiva de una carga o gravamen sobre la herencia del causante que, sin obligarse a sí mismo, quiso dejar obligados a sus herederos, por lo que la manifestación en este sentido de su voluntad requería para su validez la observancia de las solemnidades de forma exigidas por la Ley a las disposiciones mortis causa.

Séptimo. En el único motivo del recurso, puesto por la parte recurrente al amparo del número 1.º del artículo 1.692 L. E. C., se cita como infringido el artículo 1.254, en relación con los 1.255 y 1.261 C. c. y la jurisprudencia de esta Sala, mas en cuanto aduce y argumenta para sostener el supuesto de la infracción que acusa haciéndola consistir en que el documento privado tiene la naturaleza jurídica de una estipulación contractual y onerosa autorizada por el primero de aquellos artículos, afirmando que en él concurrieron los requisitos necesarios para la existencia de un contrato, y al proceder así no hace sino prodigar razonamientos contrarios a las afirmaciones sentadas por el Tribunal "a quo" respecto a la falta de causa y del concurso de voluntades, que le llevaron a desestimar la existencia del contrato alegado en la demanda como fundamental de la acción ejercitada en ella, y que, por ser de hecho, han de respetarse por el recurrente, a menos de haberlas combatido del modo que autoriza en su número 7.º el artículo 1.692 de la Ley procesal no invocado en el motivo, por lo que, limitado éste a intentar que su criterio prevalezca sobre el del juzgador, sin que ello sea lícito, el mismo, y con él el recurso, han de desestimarse.

FALLO. No ha lugar.

SENTENCIA 13 NOVIEMBRE 1948

Procesal—recibimiento a prueba en la apelación—prueba pericial.

Infringe los artículos 565, 567, 610 y 862 de la L. E. C. la Sala de instancia que deniega el recibimiento a prueba pedido por la parte ante ella apelante, para que se practicara la pericial, cuya falta sirvió de argumento para la desestimación de la demanda.

ANTECEDENTES.—A. y B. solicitaron judicialmente la declaración de nulidad de un testamento sacramental otorgado en Cataluña ante dos testigos, alegando la simulación de dicho testamento, y, además, que el testador no se hallaba "con claro entendimiento, ni en el expedito uso de la palabra y sentidos, con intensa sordera, en trance de muerte, y, por consiguiente, con falta en absoluto de capacidad para testar". Los actores solicitaron en ambas instancias la práctica de prueba médica pericial sobre la perturbación mental que en el testador debió producir la enfermedad que padecía. El Juzgado y la Audiencia denegaron la prueba solicitada por no referirse a los hechos debatidos, no dando lugar tampoco a los respectivos recursos de reposición y súplica interpuestos. En ambas instancias se desestimó la demanda, fundándose la Audiencia, entre otras razones, en que no aparecía diagnosticado pericialmente que la enfermedad del testador fuera de las que afectan al estado mental.

A. y B. interpusieron recurso de casación por quebrantamiento de forma, fundado en los números 3.º y 5.º del artículo 1.693 de la L. E. C. El Tribunal Supremo da lugar al recurso, estimando la conveniencia y necesidad de la prueba solicitada.

SENTENCIA 18 NOVIEMBRE 1948

Procesal—competencia—inhibitoria—juicio declarativo de mayor cuantía—acción personal—resarcimiento de daños y perjuicios—incumplimiento contrato de compraventa.

La cuestión de competencia suscitada por el ejercicio de una acción personal en reclamación de daños y perjuicios, por incumplimiento de contrato, debe regularse por el artículo 72 de la L. E. C.

Procesal—competencia—consorcio pasivo—aplicación del artículo 62 de la L. E. C.

Por tratarse de un consorcio pasivo, en relación con el contrato existente, es aplicable el párrafo último del artículo 62 de la L. E. C.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que ejercitándose en la demanda base de la presente cuestión de competencia una acción personal en reclamación del resarcimiento de daños y perjuicios causados por el incumplimiento de un contrato de compraventa de mercancía celebrado por el actor don J. M. A., por intermedio del agente colegiado de Madrid don R. G., figurando como vendedora la Sociedad S. y G., domiciliada en Valencia, dicha competencia ha de regirse por las reglas del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Segundo. Que en dichos autos concurren las circunstancias siguientes: Primera, que en el contrato no están determinadas ni la sumisión a determinado Juzgado ni el lugar de cumplimiento de las respectivas prestaciones, fijándose únicamente que la entrega de la mercancía había de tener efecto en la estación de Villarrobledo, que no forma parte del territorio de ninguno de los Juzgados contendientes; y segundo, que la demanda se dirige contra el agente mediador y la Sociedad indicada, imputándoles responsabilidad solidaria, sin perjuicio que la prueba demuestre que la misma alcance a uno solo de los demandados, según el vínculo existente entre ellos, ignorado por el actor por haberse celebrado el contrato sólo con el agente.

Tercero. Que sentado lo expuesto, resulta de evidente aplicación el último párrafo del mencionado artículo 62, por tratarse de un caso de consorcio pasivo, en relación a un contrato existente, lo cual se halla demostrado indiciariamente, a los efectos de la resolución de la competencia, con las cartas de 23 de abril de 1947 de la vendedora, dirigida al agente señor G., y la de 21 del mismo mes del señor G., al comprador señor M., pues de la primera se deduce no sólo la existencia del contrato,

sino también el cumplimiento por parte del actor de su obligación de remitir al lugar de la entrega convenido los vagones que habían de transportar la mercancía; y de la segunda, la existencia del consorcio procesal entre la Compañía y el agente y la confesión por la misma de que, por causas ajenas a su voluntad y deseo, no ha podido llevarse a término la operación; imponiéndose, en su consecuencia, resolver el conflicto planteado en favor del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, por el que ha optado el actor, por ser el domicilio del señor G.

SENTENCIA 22 NOVIEMBRE 1948

Procesal—fijación del contenido del proceso.

Por unánime doctrina de la jurisprudencia y de los autores, resulta evidente que la cuestión litigiosa se fija en las respectivas súplicas de los escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica y sus ampliaciones legalmente hechas.

Procesal—recurso de casación—presupuestos.

No pueden dar lugar a casación las cuestiones ajenas al objeto del proceso sobre el que ha recaído la sentencia recurrida.

Procesal—recurso de casación—presupuestos.

Este recurso no se da contra los fundamentos o considerandos de la sentencia recurrida que no tengan repercusión en el fallo, sino únicamente contra su parte dispositiva.

ANTECEDENTES.—A. presentó demanda frente a B., que actúa por sí y en representación de sus hijos, y el Ministerio fiscal, exponiendo que su hijo había fallecido en estado de soltero, pero que, por tener dos hijos de B, al practicar la inscripción de fallecimiento en el Registro civil, se padeció el error de hacer constar que estaba casado con B.—con la que se celebró acto conciliatorio con avenencia para consentir que se rectificase la inscripción—, y solicitó que se declarase haber lugar a la rectificación. El Ministerio fiscal pidió que A. acreditara su interés en la rectificación pretendida, y así lo hizo, demostrando su paternidad, y, en el mismo escrito, solicitó que se rectificase también la inscripción de nacimiento de uno de los hijos que el propio hijo del actor había tenido con B., pues constaba en la misma ser hijo legítimo de ambos. B. se allanó a la demanda, por considerar exactos los hechos. El Ministerio fiscal formuló excepción dilatoria de defecto legal en el modo de promoverse la demanda, y A. expuso que, siendo su hijo soltero al tiempo del fallecimiento, es indiscutible que el hijo de éste ha de tener la condición legal de hijo natural, y formuló solicitud de que se tuviera por no presentado su anterior escrito de ampliación, y como subsanación del mismo adicionada la demanda, acumulando a la misma la acción contenida en la adición, y renovó sus peticiones.

El Juez tuvo por desistidos al actor de su primera ampliación y al Ministerio fiscal de la excepción dilatoria propuesta, y se dió traslado a la demanda. B. se allanó, y el Ministerio fiscal hizo constar que, en caso de

aceptarse lo solicitado por A, en la ampliación, se substituirá un error por otro, pues aparece inscrito como hijo legítimo, y si se demuestra que no hubo matrimonio, quedará inscrito como hijo natural reconocido, siendo así que para el acta de inscripción no comparecieron ni su padre ni su madre, y, por tanto, no existió reconocimiento, habiendo sido practicada la inscripción en virtud de parte de la dirección de la Casa de Maternidad donde había nacido, debiendo, por tanto, constar en la inscripción que es hijo de padres desconocidos. En réplica, señaló A. que los hechos relatados por el Ministerio fiscal eran ciertos, pero que no podía oponerse a sus peticiones. Duplicando, el Ministerio fiscal hizo notar que no impugnaba el estado de hijo natural del niño, sino que solamente pretendía que se rectificase el error que se había padecido al inscribirlo.

El Juez de primera instancia declaró haber lugar a señalar que el hijo de A. falleció en estado de soltero, y ordenando que se rectificase la inscripción de nacimiento del niño para que no constare que era legítimo. Apelada la sentencia por el Ministerio fiscal, fué confirmada. Este interpuso recurso de casación por infracción de ley, basado en los siguientes

MOTIVOS.—Primer. Violación de los artículos 129 y 131 del Código civil y 51 de la Ley del Registro civil, al atribuir al niño una filiación natural que no le ha sido reconocida por su supuesto padre.

Segundo. Infracción por interpretación errónea del artículo 138 del Código civil y 18 de la Ley del Registro civil. No se trata de impugnar un reconocimiento—que no ha existido—, sino de rectificar errores en el Registro.

Tercero. Error de hecho en la apreciación de la prueba, al estimar la sentencia recurrida que el niño no es hijo legítimo, pero presumiéndose que lo es natural mientras esto no sea impugnado, siendo así que no ha sido reconocida su filiación por el padre ni por la madre.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que por unánime doctrina de la jurisprudencia y de los autores resulta evidente que la cuestión litigiosa se fija en las respectivas súplicas de los escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica y sus ampliaciones legalmente hechas, y en el presente pleito, por haberse allanado totalmente la demandada y haberse opuesto el Fiscal a la demanda sin formular otras peticiones, tales cuestiones litigiosas son si debe o no accederse en el fallo a la súplica del demandante formulada en el escrito de 2 de junio de 1943 de que: primero, se rectifique la inscripción de defunción de su hijo, haciendo constar en ella que era de estado soltero el día de su fallecimiento; segundo, que se suprima en la de nacimiento del niño la expresión de ser hijo legítimo del hijo del actor, y tercero, que, una vez firme la sentencia, se inscriba en los Registros civiles correspondientes en la forma prevenida en el artículo 18 de la Ley de 17 de junio de 1870; y de éstas sólo es objeto del presente recurso la comprendida en el número segundo y lo que con ella se relaciona del tercero; porque, aunque no se expresa así claramente en el escrito en que se formula el recurso, todos los razonamientos del mismo se refieren exclusivamente a esa cuestión, y en el primer considerando de la sentencia recurrida se manifiesta que en el acto de la vista el Ministerio fiscal, que era la única parte apelante, prestó su conformidad a lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia sobre la rectificación del error en la inscripción de la defunción del hijo del actor, sin que se haya planteado en este recurso cuestión sobre la congruencia de la sentencia.

Tercero. Que el motivo primero se funda no en que la sentencia infrinja determinados artículos del Código y Ley del Registro, sino en que, por consecuencia de ese fallo, quedaría inscrito, con infracción de los artículos 129 y 131 del Código civil y 51 de la Ley del Registro civil, el niño como hijo natural del hijo del actor, filiación que no le ha sido reconocida por el supuesto padre, problema más bien de fondo de declaración de estado civil que requiere hechos y alegaciones en el mismo pleito sobre la determinación de tal estado, y que, por ser ajeno a la cuestión objeto del presente pleito, de mera rectificación, no puede dar lugar a la casación de la sentencia recurrida.

Cuarto. Que esa misma, por mandar hacer a instancia de parte legítima una rectificación de inscripción en el Registro civil, no comete, como pretende el motivo segundo del recurso, infracción del artículo 18 de la Ley que instauró y regula esa institución, el cual se limita a determinar que éste es el medio para hacer tales rectificaciones, ni el 138 del Código civil, que se refiere al reconocimiento de hijos, que es materia extraña a la mera rectificación, sobre lo cual versa este litigio, por lo que tampoco debe ser estimado este motivo.

Quinto. Que el tercer motivo del recurso se refiere a una apreciación que hace el tercer considerando de la sentencia de la Audiencia, que no tiene declaración relacionada con ella en el fallo de esa sentencia, y bien sabido es que el recurso de casación no se da contra los fundamentos o considerandos de la sentencia recurrida que no tengan repercusión en el fallo, sino únicamente contra su parte dispositiva.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 NOVIEMBRE 1948

Procesal—competencia: valor del pacto de sumisión expresa.

Tiene preferente aplicación sobre las demás reglas de competencia.

SENTENCIA 23 NOVIEMBRE 1948

Procesal—competencia—acción personal—contrato de transporte.

La Ley de 21 de mayo de 1936 no permite dudar de su alcance derogatorio de cuantas disposiciones anteriores se opusieran a sus preceptos, y el Decreto de 24 de enero de 1947 no tiene el sentido de restablecer disposiciones ya derogadas por dicha Ley, entre ellas la Real Orden de 1 de febrero de 1887, regla vigésima, por lo que, salvo sumisión expresa, las cuestiones derivadas del contrato de transporte deben ser conocidas por el Juez del domicilio del demandado.

Procesal—competencia—derecho transitorio—derechos adquiridos.

Aunque la Ley de 17 de julio de 1948 haya variado las normas de

competencia territorial en los juicios verbales y en los procesos de cognición, siendo el derecho a la competencia un derecho adquirido y procesalmente ejercitado al amparo de la legislación anterior, no puede ser perjudicado por la dictada posteriormente cuando toda tramitación había terminado, no pudiendo darse en este caso a esta última legislación efecto retroactivo, con arreglo al artículo 3 del Código civil y a reciente jurisprudencia.

SENTENCIA 25 NOVIEMBRE 1948

Procesal—caducidad de la instancia—su fundamento.

La caducidad de la instancia, establecida y regulada por los artículos 411 ss. L. E. C., proviene de una presunción de abandono por los litigantes que, pudiendo hacerlo, dejan de instar dentro de los términos que aquel precepto procesal señala, el curso paralizado de los autos por lo que se justifica la norma del artículo 412, párrafo 2.º, L. E. C.

Procesal—apelación—suspensión de la vista—aplicación del principio “nadie puede ir contra sus propios actos”.

No es lícito al recurrente que solicitó y consintió la suspensión de la vista de la apelación por el mismo interpuesta, ir contra estos actos suyos para impugnar en provecho propio la validez y efectos que procesalmente se hubieran de derivar del procedido por el que a aquélla se accedió.

Procesal—caducidad de la instancia—fuerza mayor—fallecimiento de un litigante.

El fallecimiento de los litigantes no constituye el caso de fuerza mayor a que se refiere el artículo 412 L. E. C., puesto que son continuadores de los causantes fallecidos sus herederos.

ANTECEDENTES.—En la fase de apelación de un proceso, se señaló el acto de la vista para determinada fecha; antes de que llegara, los Procuradores de ambas partes solicitaron la suspensión de dicho señalamiento por haberse iniciado gestiones particulares de transacción, dictándose providencia por la que se acordaba tal suspensión hasta que instaran las partes o transcurriese el término que marca la Ley. Pasados dos años sin acto alguno de parte, el Secretario de Sala lo hizo constar, y días después el Procurador del apelante solicitó se alzara la suspensión. La Audiencia dictó auto en el que tuvo por caducada la instancia. El apelante interpuso recurso de súplica alegando que se debía ampliar el plazo de dos años por haber muerto durante el mismo el apelado. De este fallecimiento no se había dado hasta entonces conocimiento a la Audiencia. Esta resolvió el recurso confirmando el auto anterior. El apelante interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Inaplicación del artículo 412 L. E. C. en relación con el artículo 1.º del R. D. de 2 de abril de 1924 y con el párrafo 1.º artículo 321 y artículo 324 L. E. C., y violación de jurisprudencia

del T. S.: no se suspendió el procedimiento (no se cumplieron los requisitos del citado R. D.), sino el señalamiento de la vista: el próximo acto había de ser del órgano jurisdiccional, consistente en nuevo señalamiento una vez desaparecida la causa de suspensión, lo cual sucedió al haber fracasado las gestiones de transacción por fallecimiento del apelado.

2.º Aplicación indebida del artículo 411 L. E. C. en relación con el 1.º del citado R. D.: la caducidad de la instancia sólo cabe hoy si se paraliza el procedimiento en la forma prevista en tal R. D.

3.º Aplicación indebida del artículo 411 L. E. C. en relación con el número 7.º del artículo 9.º de la misma: el incumplimiento, por el Procurador del apelado, de su obligación de comunicar al Tribunal el fallecimiento de aquél no puede favorecer a los mismos herederos del apelado.

4.º Inaplicación del artículo 412 L. E. C., con interpretación errónea y aplicación indebida del 411 de la misma: el fallecimiento del apelado era un caso de fuerza mayor a efectos del artículo 412.

5.º Error de hecho en la apreciación de la prueba: por no haberse tenido en cuenta el fallecimiento del apelado, resultante de la certificación de su defunción, que es documento auténtico.

CONSIDERANDOS 1.º.—Primero. La caducidad de la instancia, establecida y regulada por los artículos 411 ss. L. E. C., proviene de una presunción de abandono por los litigantes que, pudiendo hacerlo, dejan de instar dentro de los términos que aquel precepto procesal señala el curso paralizado de los autos, por lo que sólo cuando esto ha sido producido por fuerza mayor o cualquier otra causa independiente de la voluntad de los interesados ha de ceder ante ella la presunción que antes se dice.

Cuarto. Aparte de que no es lícito al recurrente que solicitó y consintió la suspensión de la vista de la apelación por él mismo interpuesta ir contra estos actos suyos para impugnar en provecho propio la validez y efectos que procesalmente se hubieran de derivar del proveído por el que a aquélla se accedió, no es posible desconocer que al suspenderse la vista de un pleito o recurso sin que a ello se siga o practique actuación alguna, el procedimiento queda paralizado y es a él de aplicación lo prevenido en el artículo 411 de la Ley procesal, que no consiente su suspensión indefinida y sanciona el abandono de los litigantes con la procedencia de una declaración de caducidad, y que si las vistas suspendidas han de volverse a señalar de oficio, según está dispuesto en el artículo 324 de la citada Ley, este acto, que incumbe a los Jueces y Tribunales, está condicionado en el mismo precepto procesal por la desaparición del motivo de la suspensión; de donde se sigue que acordada ésta en el caso cuestionado por haberla solicitado los litigantes hasta que cualquiera de ellos instase la prosecución del procedimiento, por haberse iniciado gestiones encaminadas a la transacción del asunto, sólo podía seralzada mediante el señalamiento de nueva vista a instancia de las partes o cuando en el transcurso del tiempo de dos años se manifestara que habían fracasado, o desistido una de aquéllas de las indicadas gestiones, sin que nada signifique para este efecto el fallecimiento del recurrido, no conocido por la Sala.

Quinto. Lo que antecede determina la desestimación del 1.º de los

x. En la copia de los considerandos 5.º, 6.º y 7.º se omite lo que es simple extracto de los motivos del recurso.

motivos que comprende el recurso, y no son tampoco estimables el 2.º y 3.º porque ni el recurrente puede buscar apoyo a su recurso, según queda ya apreciado, en que el procedimiento no quedó suspendido para producir la caducidad al acceder a la suspensión pedida por las partes en forma distinta de la prevenida por el R. D. de abril de 1924, ni lo dispuesto en éste se opone a la eficacia del artículo 411 de la Ley de enjuiciar en lo que no se refiere al transcurso de términos procesales, ni menos aún a la suspensión y nuevo señalamiento de la vista respecto a la que no haya desaparecido el motivo que la dió lugar, razones que se oponen a lo argumentado en el 2.º motivo; como hace inadmisibles el 3.º la consideración de que ante el hecho indudable de haber estado paralizado el procedimiento durante más de dos años nada puede significar en sentido obstaculativo de la caducidad el que el Procurador del recurrido incumpliera su obligación de poner el fallecimiento de éste en conocimiento de la Sala, sabido también por el recurrente, a pesar de lo cual nada instó.

Sexto. Basta para poner de manifiesto lo inadecuado de las alegaciones del cuarto motivo, tener en cuenta que cualquiera de las partes, el propio recurrente o el Procurador del fallecido, que procesalmente no había cesado en la representación de éste en el pleito, pudieron, y no lo hicieron, instar que se alzase la suspensión acordada o poner al menos en conocimiento de la Sala el fallecimiento del apelado para que en consecuencia de ello se acordase lo procedente, siendo además indudable que el fallecimiento de los litigantes no constituye el caso de fuerza mayor a que se refiere el artículo 411 de la Ley adjetiva, puesto que son continuadores de los causantes fallecidos sus herederos.

Séptimo. Tampoco puede prosperar el quinto y último motivo, porque la evidencia del fallecimiento del apelado, puesto en conocimiento del Tribunal "a quo" después del tiempo cuyo transcurso determinó que se declarase la caducidad de la instancia, no impide, conforme a lo precedentemente considerado, la procedencia de aquella declaración.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 26 NOVIEMBRE 1948

Civil—obligaciones—pago—cuenta corriente bancaria: si el ingreso en ella puede reputarse pago.

El ingreso en cuenta bancaria cumple el requisito exigido por el artículo 1.162 del Código civil como pago hecho a quien está autorizado para recibirlo y constituye una de las múltiples formas de eficaz extinción de las obligaciones, salvo que el acreedor rehúse justificadamente el ingreso por no ser ajustado a las normas que, en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación, regulan el pago.

ANTECEDENTES.—El demandado realizó el pago de varios suministros que le había hecho el demandante, ingresándole la cantidad adeudada en

su cuenta corriente bancaria en vista de que no contestó a una carta en que se le ofrecía y se le anunciaba el ingreso en cuenta del pago directamente. Esto ocurrió en zona roja poco antes de la liberación. Posteriormente el demandante pretende acogerse a los beneficios de revisión de pagos hechos en moneda marxista, y para ello niega que aquel pago estuviere bien hecho.

El Juzgado estimó los efectos liberatorios del pago.

La Audiencia condenó al pago, por entender que eran aplicables las normas de la Ley de Desbloqueo relativas a la revisión de pagos, ya que el pago no podía estimarse liberatorio.

Se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción del artículo 38 de la Ley de Desbloqueo de 7 de diciembre de 1939.

Segundo. Interpretación y aplicación errónea de los artículos 1.156, 1.162, 1.163, 1.170 y 1.176 del Código civil, pues el pago hecho a la persona a cuyo favor está constituida la obligación la extingue y aquél puede realizarse a favor de un tercero en ciertas circunstancias. Se infringe, además, la doctrina de las sentencias de 27 de abril de 1945, que admite como forma de pago el ingreso en cuenta corriente, y la de las sentencias de 24 de noviembre de 1943, que admite la falta de repudiación expresa como aceptación tácita del ingreso.

Además, el pago se efectuó en la moneda de curso legal, que fué utilizada por el demandante en las operaciones de desbloqueo.

No cabía el pago por consignación por no haber mediado negativa a recibirlo por parte del deudor.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, aun cuando el pago encaminado a extinguir una prestación de dar revista los caracteres del negocio bilateral, yerra la Sala de instancia al estimar que el silencio del *accipiens*, que nada dijo ante el anuncio del ingreso, si después de efectuado, no supone una tácita conformidad, pues esta tesis pugna a primera vista con la doctrina legal proclamada en las sentencias de 27 de abril de 1945 y de 18 de junio último, por las que se declaró que, en principio, el ingreso en cuenta bancaria cumple el requisito exigido por el artículo 1.172 del Código civil como pago hecho a quien está autorizado para recibirla y constituye una de las múltiples formas de eficaz extinción de las obligaciones, salvo que el acreedor rehuse justificadamente el ingreso por no ser ajustado a las normas que, en razón del objeto, lugar y tiempo de la prestación, regulen el pago, según los artículos 1.166, 1.169, 1.170 y 1.171 del referido texto legal, debiendo entenderse que el silencio del acreedor, tal como se precisan sus efectos en la sentencia de 24 de noviembre de 1943, puede significar tácita aceptación del ingreso como forma eficaz de pago.

Segundo. Que el Tribunal de instancia no reconoce esta significación jurídica al silencio de la demandante, porque la actitud de ésta con anterioridad al ingreso demostraba que "quería dilatar el momento de recibir el pago con pretextos y evasivas para no cobrar en moneda marxista"; pero bien se advierte, de una parte, que tal posición del acreedor no afectó al silencio que guardó después del anuncio y realización del ingreso, pues sólo reaccionó contra su eficacia como pago cuando con posterioridad se produjo la terminación de la guerra civil, y, como consecuencia, quedó sometido al ingreso a las operaciones de desbloqueo, lo que, en supuesto

que no es el de autos, pudiera determinar el ejercicio de la acción revisoria que autorizó el artículo 38 de la Ley de 7 de diciembre de 1939, pero no la utilizaba en este pleito, y, de otra parte, siempre sería de tener en cuenta que la mera conveniencia del acreedor en dilatar el cobro de su crédito no puede constituir una causa justificativa de oposición al pago, privando al deudor del derecho a extinguir una obligación vencida, cuando el medio de extinción utilizado se ajusta estrictamente a las disposiciones que la regulan.

Tercero. Que, por lo expuesto, ha infringido la Sala sentenciadora la doctrina legal mencionada y el artículo 1.162 del Código civil, tal como se denuncia en el segundo motivo del recurso, procediendo en su virtud la casación de la sentencia recurrida, sin necesidad de examinar el primer motivo.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 29 NOVIEMBRE 1948

Procesal—proceso especial de arrendamientos urbanos: costas.

Conforme a lo establecido en el párrafo 2.º del artículo 175 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando los pedimentos de la demanda fueren totalmente desestimados, las costas deben imponerse al actor.

ANTECEDENTES.—Presentada demanda solicitando la resolución de contrato de arrendamiento de finca urbana, fué desestimada en todas sus peticiones, sin expresa condena en costas. El demandado interpuso recurso de injusticia notoria, por infracción del párrafo 2.º del artículo 175 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que fué estimado.

SENTENCIA 29 NOVIEMBRE 1948

Procesal—casación—afirmaciones de hecho de la Sala de instancia.

Es inadmisibile en casación la pretensión de hacer valer el propio criterio del recurrente sobre las afirmaciones terminantes de la Sala.

Procesal—apreciación de la prueba—confesión judicial.

La confesión judicial debe apreciarse en combinación con los demás medios de prueba, y su fuerza probatoria no es en sí superior a la de los otros.

Procesal—casación—motivos—error de hecho en la apreciación de la prueba—documento auténtico—declaración en causa criminal.

Para los efectos de casación en materia civil, no puede estimarse documento auténtico el que contiene declaraciones rendidas en causa cri-

minal, porque, aun guardando el debido respeto a la fe pública judicial, no puede ésta llegar a responder de la verdad intrínseca de las manifestaciones que, con relación a tiempo, lugar y objeto determinados asegura que se hicieron, y, por ende, no constituyen premisas que el Tribunal haya forzosamente de aceptar para formular su resolución.

ANTECEDENTES.—Se trataba de acción reivindicatoria, ejercitada por el que había cultivado una finca, contra un Ayuntamiento de Navarra. El actor alegaba haber comprado la finca a su anterior dueño, y haber poseído entre ambos la finca, con los requisitos de la usucapion, por más de cuarenta años. El Ayuntamiento afirmaba que el actor sólo había tenido un aprovechamiento vecinal. En una anterior causa criminal, el actor había declarado pagar un canon al Ayuntamiento; y en el proceso actual había confesado, entre otras cosas, que si en cierta ocasión había sembrado la finca, a pesar de estar ya sembrada por otro, a quien el Ayuntamiento se la había concedido, fué por no perder su derecho al aprovechamiento; y otros extremos que podían interpretarse como reconocimiento de que cultivaba la finca en concepto de aprovechamiento vecinal. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la sentencia de primera instancia. El Ayuntamiento interpuso recurso de casación fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba: se hace prevalecer la prueba testifical sobre la de confesión, y sobre el testimonio de la declaración en el anterior juicio criminal, que es documento auténtico.

Segundo Infracción del artículo 447 del Código civil y de leyes de Navarra y romanas, derivada del error alegado en el primer motivo: el actor no poseía en concepto de dueño ni de buena fe.

Tercero. Infracción del artículo 348 del Código civil y de leyes romanas y jurisprudencia, derivada del mismo error: el actor no probó ser dueño.

Cuarto. Infracción del principio "nadie puede ir válidamente contra sus propios actos": por lo aducido en los anteriores motivos.

CONSIDERANDOS.—Primero. El recurrente, para impugnar la sentencia recurrida, que tiene como única base de sus pronunciamientos el examen de la prueba practicada por ambas partes litigantes, articula el primero de los motivos del recurso, dirigido a combatir la apreciación que de aquélla hizo la Sala de instancia, y al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C., denuncia la comisión de un doble error de derecho con infracción respectiva de los artículos 1.232 y 1.218 del Código civil, y error de hecho mediante la indicación de documento que reputa auténtico; pero al examinar con cuidadosa atención la argumentación del recurrente, confrontándola con las afirmaciones de la Sala de instancia, y aun con la prueba misma, se manifiesta la inconsistencia del ataque realizado; primero, porque el error de derecho que con infracción del artículo 1.232 citado se alega, al no haber valorado debidamente la confesión judicial del actor se desvanece ante las manifestaciones que la sentencia contiene en el cuarto de sus considerandos al referirse a dicha prueba, afirmaciones terminantes a las que el recurrente sólo opone su propio criterio, que pretende hacer valer sobre el de la Sala, lo que no es admisible en casación, y menos al fundamentarlo sobre determinadas

frases del confesante al contestar a ciertos extremos de algunas posiciones, con lo que se pretende quebrantar la unidad de la confesión judicial que ampara el artículo 1.233 del Código civil, y, además, resulta que esta prueba no ha sido apreciada por el Tribunal a quo por separado, como afirma el recurrente, para justificar que su impugnación a tal elemento probatorio aisladamente no suponga desarticular la prueba total, sino que la Sala, después de su consideración independiente en el citado cuarto considerando, afirma la apreciación conjunta de las probanzas al resumir sus consecuencias en el sexto considerando, con lo cual aparece cumplida la reiterada doctrina jurisprudencial (sentencia, entre otras, de 25 de noviembre de 1935) de que la confesión judicial debe apreciarse en combinación con los demás medios de prueba, y su fuerza probatoria no es en sí superior a la de los otros, doctrina que no contradice la contenida en la sentencia de 30 de abril de 1935, citada en su apoyo por el recurrente, porque lo ocurrido en aquel caso fué que el Tribunal sentenciador había dividido la confesión prestada, aceptando solamente uno de sus extremos, procedimiento que ha sido en toda ocasión procesalmente reprobado; segundo, porque tampoco ha dejado de tenerse en cuenta el contenido del testimonio de la declaración prestada por el actor en el sumario invocado, sobre el que la Sala manifiesta su criterio acerca del valor que puede otorgarse, a efectos de orden civil, a las declaraciones o manifestaciones hechas en diligencias de orden penal, respecto de lo cual el mismo recurrente no intenta siquiera exponer su parecer, limitándose a acusar la infracción del artículo 1.218 de la ley sustantiva como constitutiva del error de derecho denunciado, el cual, como claramente se advierte, no ha sido cometido, toda vez que el mencionado elemento probatorio ha sido enjuiciado concretamente, y su carácter de público no ha sido puesto en duda por el juzgador, y tercero, porque el error de hecho que en último lugar alega el recurrente en su defensa de este motivo de casación no ofrece más apoyo que el contenido del anteriormente mencionado testimonio de las declaraciones prestadas en el antes citado sumario, y por ello al acusado error de hecho no puede prestársele eficacia porque es sabido que la constante y repetida doctrina de esta Sala tiene enseñado que, para los efectos de la casación civil, no puede estimarse documento auténtico el que contiene declaraciones rendidas en causa criminal, porque aun guardando el debido respeto a la fe pública judicial, no puede ésta llegar a responder de la verdad intrínseca de las manifestaciones que con relación a tiempo, lugar y objetos determinados asegura que se hicieron, y, por ende, no constituyen premisas que el Tribunal a quo haya necesariamente de aceptar para formular su resolución, y como de todo lo anteriormente expuesto resulta que en la sentencia recurrida no se han cometido por la Sala sentenciadora los errores acusados, procede la desestimación del primer motivo de este recurso

Segundo: Rechazado como queda el motivo primero, que el mismo recurrente considera clave de su impugnación, carecen de base en que sostenerse los tres motivos restantes, puesto que si quedan en pie las afirmaciones de la Sala de que ha resultado probado que el actor poseyó

la finca en cuestión como dueño con título de compraventa y quieta y pacíficamente por espacio de veinte años, que llega a cuarenta contando la posesión de aquel que se la transmitió, huelga la argumentación de los dichos tres motivos que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley rituaría pretenden combatir aquellas manifestaciones de hecho de la Sala, haciendo supuesto de la cuestión al afirmar que, como no poseyó como dueño, el demandante no pudo usucapir, que por no acreditar que fué propietario, no pudo reivindicar, y que por ir contra sus propios actos, le estaba vedado accionar apoyándose en ellos, acusando la infracción de preceptos del Código civil, jurisprudencia y leyes de Navarra y romanas que cita, advirtiéndose claramente la ineficacia de estas alegaciones, dirigidas por el cauce del número 1.º de la citada norma procesal cuando la Sala en sus afirmaciones niega tales supuestos, y aquéllas no han podido ser destruídas por la vía del número 7.º, única adecuada.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 DICIEMBRE 1948

Procesal—casación—congruencia: causa “petendi”.

Existe incongruencia cuando se cambia esencialmente la razón de pedir y se apoya la sentencia recurrida en la nueva causa.

Civil—contratos—interpretación—actos coetáneos y posteriores.

Es preciso tener en cuenta lo que la escritura posterior da como hecho cierto, aun prescindiendo de su valor; y la repudiación por la parte en la demanda inicial de la calificación de donación atribuída al negocio.

Civil—foral—Cataluña—contrato—donación remuneratoria—prueba de los servicios que se remuneran.

No basta la mera alegación de los mismos por el donatario, sin probarlos, para que se repute la donación remuneratoria.

Civil—foral—Cataluña—donación remuneratoria—requisitos—forma.

Es preciso la aceptación en vida del donante, que éste la conozca y conste en escritura pública, tratándose de inmuebles.

ANTECEDENTES.—La demandante había tenido relaciones amorosas con el hijo fallecido de la demandada, y aquél le había donado por carta una finca, de la que luego, sin embargo, dispuso en escritura pública.

Después del fallecimiento de aquél reclamó a su madre, como heredera única, la elevación a escritura pública del documento privado que implícaba la carta, diciendo que en ésta se le hacía no una donación, como había reconocido en una demanda anterior desistida, sino una adjudicación

en pago de varios préstamos anteriores, que había sido aceptada tácitamente.

El Juzgado desestimó la demanda; pero la Audiencia revocó el fallo, condenando a la elevación a escritura pública, basándose fundamentalmente en la existencia de una donación.

Se interpuso recurso por los siguientes

Mo.IVOS.—Primero. Infracción de ley y de doctrina legal, por violación del artículo 359 de la L. E. C., sentencias de 15 de marzo de 1927, 29 de enero de 1940, 25 de marzo de 1941, 27 de abril de 1942, 8 y 12 de febrero, 25 de mayo y 4 de julio de 1944, 21 de junio de 1943, 29 de enero, 17 de mayo, 4 y 30 de mayo, 19 y 25 de junio de 1945, etc.

Segundo. Infracción de ley de doctrina legal por inaplicación del artículo 1.282 del Código civil y las sentencias de 19 de diciembre de 1927, incidiendo, además, en error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

Tercero. Amparado también en el número 1.º del 1.692 por infracción de las Constituciones de Cataluña, primera, título IX, libro VIII, volumen primero, y el artículo 1.633 del Código civil, así como la doctrina legal contenida en sentencia de 19 de diciembre de 1927.

Cuarto. Infracción de los artículos 12 y 633 del Código civil

Quinto. Infracción de los artículos 623, 629, 630, párrafos segundo y tercero del 633, incidiendo en error de hecho en la apreciación de la prueba y error de derecho con infracción del artículo 1.253.

Sexto. Infracción de los artículos 1.279 y 1.462 del Código civil.

Séptimo. Violación del artículo 609.

Octavo. Infracción de los artículos 1.091, 1.258 y 1.283 del Código civil, incurriendo, además, en error de derecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que es doctrina constante de esta Sala, sentada en repetidas sentencias, entre ellas las de 3 de julio de 1946 y 26 de febrero de 1947, la de que la congruencia de los fallos ha de deducirse de la comparación de los mismos con los términos concretos en que el debate se ha planteado y donde radica la *causa petendi*; obligando dicha norma de congruencia a no alterar sustancialmente las pretensiones de las partes y respetar en absoluto los hechos procesales y la forma en que se ha deducido la pretensión, dado el principio de rogación que inspira nuestro procedimiento civil.

Segundo. Que, sentado lo anterior, se impone la aceptación del primer motivo del recurso al amparo del número 2.º del artículo 1.692, en que se acusa en la sentencia recurrida el vicio de incongruencia, con cita del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, pues basta el más somero examen de la demanda base de estos autos, que se funda en la solicitud de que se condene a la parte demandada a que eleve a escritura pública la carta de su hijo, ya fallecido, en que se dice cederle los solares que describe, alegando que ese título envolvía una adjudicación en pago de unos préstamos que la actora afirma le tenía hechos por valor de cuarenta y cinco mil pesetas, cambiando en lo esencial y precisamente en esa razón de pedir una demanda que presentó dos meses antes de la que motiva los presentes autos y de la cual había desistido, en la que calificaba dicha carta como donación, repudiando en la actual concretamente esa calificación y los hechos en que la fundamentaba, para

demostrarse la incongruencia de la sentencia recurrida al condenar a la demandada, basándola exacta y únicamente en que dicha carta era el título de una donación hecha por el difunto, a pesar de la repudiación y desistimiento antes expresados y sustitución de la acción ejercitada.

Tercero. Que, aun cuando con la aceptación del primer motivo del recurso es suficiente para la casación de la sentencia recurrida, importa examinar la doctrina de fondo de la sentencia, y de ella aparece la procedencia, asimismo, del segundo motivo de casación alegado al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal por la clara violación de la Ley y doctrina en que ha incidido el Tribunal *a quo* al conceder en su fallo eficacia y validez como "donación onerosa y remuneratoria" la otorgada por el difunto hijo de la demandada en favor de la demandante, incurriendo en manifiesto error en esa calificación por no haber tenido en cuenta, como previene el artículo 1.282 del Código civil, que se cita como infringido, los actos coetáneos y posteriores de los contratantes para deducir la intención de los mismos, cuales son: por parte del difunto, supuesto donante, el que llevando la carta que se dice de donación la fecha de 28 de enero de 1935, más de un año después, en 14 de mayo de 1936 se otorga una escritura pública de hipoteca en garantía de un préstamo que recibió del señor X., cuya escritura da como hecho cierto la sentencia, aunque se prescinda de su valor, en la que manifiesta el supuesto donante, en su punto doce, que la finca hipotecada, que era la misma a que alude la carta, le pertenecía en plena propiedad, sin que pesara sobre ella gravamen alguno, estipulando también que la imposición sobre la misma de embargos, nuevos gravámenes hipotecarios y enajenaciones implicaría el inmediato vencimiento de la hipoteca, pacto octavo, epígrafe e); y que en caso de enajenación total o parcial de dicha finca, el acreedor podría ejercitar la acción de retracto, pacto décimo; y por parte de la demandante el de repudiar esa calificación en el escrito de demanda, base de este juicio, rechazando toda idea de liberalidad al afirmar que no se trata sino de una adjudicación en pago para cancelar en parte el importe de varios préstamos anteriores, sobre cuya realidad no se hace la menor alusión por la Sala sentenciadora y sí acepta unos daños materiales que, sobre no ser aducidos ni por la actora ni por la demandada, no declarara probados, limitándose a decir que no hay que ponerlos en duda; pero que, en todo caso, como en el presente, la Sala de instancia viene obligada a declarar, lo cual no afecta, en qué consisten y su concreta determinación y probanza, conforme a la sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 1927.

Cuarto. Que, independientemente de que esa falta de hechos probados sería también suficiente para que dejara de ser donación remuneratoria y se convirtiera en pura o simple por el cuidado que exige la jurisprudencia y es de elemental precaución exigirlos, no bastando su mera alegación para que no se burle la ley en materia tan fácil, de fingir unos servicios o daños no prestados o inferidos, en cuyo caso faltarían los requisitos esenciales que la legislación foral exige para la validez de tales donaciones simples; aun en el supuesto de que fuera donación remuneratoria, como

sostiene la sentencia recurrida, es visto que, a falta de precepto expreso de dicha legislación, son de aplicación los artículos 12, 623, 629, 630 y 633 del Código civil y sentencia ya citada de 1927, que igualmente se citan como infringidos, y, en su consecuencia, para que se perfeccione y sea válida, es preciso que el donatario la acepte en vida del donante, que éste conozca la aceptación y conste en escritura pública, por tratarse de inmueble, y como en el caso de autos no se ha llenado ninguno de esos requisitos, no puede tenerse por eficaz, debiendo por ello prosperar asimismo los motivos cuarto y quinto del recurso; y

Quinto. Que, por ello, es innecesario tratar de los demás motivos, procediendo, en su consecuencia, casar y anular la sentencia que con fecha 15 de marzo de 1947 dictó la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 4 DICIEMBRE 1948

Civil—contratos—vicios del consentimiento—intimidación—hechos que la producen.

El artículo 1.267 C. c., en relación con el 1.265, no distingue entre amenaza expresa y tácita para determinar la nulidad del consentimiento prestado por miedo, cualquiera que sea el procedimiento empleado para inspirarle, ya que la razón debe atender, para calificar la intimidación, más que a la expresión de ciertas palabras, a las circunstancias que hagan temible, por la intención, y posible, por los medios al alcance del que amenaza, la inmediata realización del mal grave constitutivo de la misma.

ANTECEDENTES.—A., muy católico y de ideas derechistas, fué requerido en agosto de 1936 por elementos marxistas para que entregara una elevada cantidad; A. alegó no tener dinero en efectivo; poco después, los mismos elementos volvieron con un corredor de comercio que propuso a A. una operación de crédito con el Banco B. por la cantidad necesaria, con la garantía de acciones pertenecientes a A. Este lo hizo así. En febrero de 1937 firmó otro documento renovando la operación. Después de la liberación, y al amparo de la Ley de 12 de diciembre de 1942, A. y su esposa, que había garantizado solidariamente la operación de crédito, presentaron demanda contra el Banco ante la Comisión Provincial de Reclamaciones Bancarias solicitando la nulidad de la operación citada, la reposición por parte del Banco en la cuenta corriente de A. de la cantidad objeto de la exacción y la liberación del depósito de acciones. La Comisión emitió informe favorable a la reposición, no a la nulidad de la operación, pues A. sólo podía alegarla como excepción. No obstante, la Comisión Central desestimó totalmente la demanda. A. interpuso recurso de revisión, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.º Injusticia notoria por infracción del artículo 4.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, en relación con los 1.261, 1.262, 1.265, 1.268, 1.274 y 1.275 C. c., en concordancia con los 1.254, 1.255, 1.258 y 4.º C. c. La Comisión no apreció intimidación, por tener un concepto erróneo de la misma,

2.º Injusticia notoria por evidente error en la apreciación de la prueba: la intimidación resulta claramente de la prueba practicada.

CONSIDERANDOS.—Primero. Dada la situación de terror en que pública y notoriamente se encontraba, a la sazón, la población de autos, como las demás de la misma zona, el requerimiento por escrito del Comité Revolucionario, dirigido a A., para la entrega, sin razón ni pretexto legal alguno, de una elevada cantidad destinada, se decía en el escrito, "al pago de jornales a los obreros sin trabajo", implicaba, como enseñó la experiencia de la época, la amenaza de perder inmediatamente, si no las entregaba, la vida o la limitada libertad de que disfrutaba, males ambos inminentes, y cualquiera de ellos más grave que el de perder una cantidad de pesetas.

Segundo. Tal amenaza, por las indicadas circunstancias de lugar y situación y por las personales de A., fué racional y fundadamente suficiente para inspirarle el temor de sufrir inmediatamente los graves males con que se le amenazaba de no realizar los actos que se le exigían para obtener dinero del Banco B., por no tenerlo aquél, temor por el que consintió firmar el documento de 20 de agosto de 1936, en el que se hace constar la entrega por A. al Banco B. de un resguardo de determinado número de acciones de una Sociedad como garantía de las operaciones que realizase con dicho Banco, y el de la misma fecha de crédito personal, firmado por el mismo y por su mujer bajo idéntica intimidación, y los dos talones u órdenes de pago librados por A. contra el Banco B.

Tercero. La sentencia recurrida, al calificar la intimidación dirigida a A. de insuficiente para inspirar un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave, por falta de amenaza expresa, infringe por interpretación errónea el artículo 1.267, en relación con el 1.265, ambos del C. c., que no distinguen entre amenaza expresa y tácita para determinar la nulidad del consentimiento prestado por miedo, cualquiera que sea el procedimiento empleado para inspirarlo, ya que la razón debe atender, para calificar la intimidación, más que a la expresión de ciertas palabras, que no siempre revelan intención ni posibilidad de hacer sufrir el mal con que se amenaza, a las circunstancias que hagan temible, por la intención, y posible, por los medios al alcance del que amenaza, la inmediata realización del mal grave constitutivo de la misma.

Cuarto. Teniendo en cuenta la población en que los hechos ocurrieron, la notoriedad de la situación de terror indicada, el relieve de la personalidad social y mercantil de A. en dicha población, su situación con el régimen entonces imperante, públicamente conocida, y la nota puesta a máquina y firmada por él al dorso de la orden de pago, declarando que el importe de la misma se aplicaba "íntegramente al pago de la exacción impuesta por el Comité Revolucionario de Defensa", se impone como conclusión, mediante muy lógica presunción, que el Banco conoció, antes de hacer efectiva la orden de pago, el vicio del consentimiento prestado por A., o que por inexperiencia o deficiencia del sentido crítico corriente de quienes se hallaban al frente de la sucursal del Banco, no lo conoció, pero

debió haberlo conocido, si hubiese tenido funcionarios aptos para esos cargos, lo que conduciría a la misma conclusión, ya que la intimidación, según el artículo 1.268 C. c., anula la obligación, aunque haya sido empleada por un tercero que no intervenga en el contrato, y el 4.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942, en el dicho caso, atribuye responsabilidad al Banco.

Quinto. El efecto de la nulidad apreciada está determinado en el artículo 8.º de la citada Ley, que obliga al establecimiento de crédito a poner a disposición de su legítimo dueño, libres de todo gravamen, las garantías pignoraticias recibidas en las condiciones en que lo fueron por el Banco B. las acciones propiedad de A.

Sexto. El documento de 16 de febrero de 1937, firmado por A. y por su mujer en las mismas circunstancias que los anteriores, apremiados por el vencimiento del plazo concedido en dicho documento y cuando no podían denunciar la nulidad de ninguno de ellos ante autoridades legítimas, puesto que dominaban los mismos que habían producido y continuaban produciendo el terror, es nulo por consecuencia fundada en las razones legales anotadas.

FALLO.—Ha lugar. La nueva sentencia del T. S. estima todas las pretensiones deducidas en la demanda inicial.

SENTENCIA 6 DICIEMBRE 1948

Procesal—prueba—elementos de hecho—error del Juez.

No es evidenciar el notorio error padecido por el juzgador razonar sobre los elementos de hecho en sentido opuesto.

Civil—contratos—arrendamientos urbanos—desahucio—Orden de 8 de noviembre de 1944.

La Orden de 8 de noviembre de 1944 no establece nuevas causas de desahucio diversas de las fijadas en el Decreto de 29 de diciembre de 1931.

Procesal—recursos—infracción de ley—preceptos infringidos.

Fallado el asunto conforme a la legislación anterior, en primera y segunda instancia, no puede resolverse el recurso por infracción de ley conforme a preceptos que no pudieron tenerse en cuenta en la sustanciación del pleito, y que por ello no pudieron infringirse.

Procesal—infracción de precepto legal—existencia en el momento de la sustanciación.

La infracción de un precepto legal supone su existencia en el momento de la sustanciación del pleito.

ANTECEDENTES.—Un comerciante de Vitoria deduce demanda de desahucio contra la razón social "B. E. A." y doña A. M. D. S. V., arrendatarias en un edificio de su propiedad de dos locales, por necesidad de ampliación de su negocio de sastrería. Practicada la prueba documental y la de reconocimiento judicial, que constató la insuficiencia del local ocupado por el actor, el Juez dictó sentencia favorable a la petición de la demanda.

La Audiencia Territorial de Burgos confirma, en parte, la sentencia, declarando el desahucio de doña A. M. D. S. V. y absolviendo de la demanda a la razón social "B. E. A." Contra esta sentencia reclamaron las demandadas, por los motivos de casación siguientes:

MOTIVOS.—a) Recurrente demandado.—Primero. Número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

Segundo. Número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., por interpretación errónea del apartado A) de la Orden de 8 de noviembre de 1944.

b) Recurrente demandante.—Primero. Artículo 5.º del Decreto de 21 de enero de 1946, apartado C).

Segundo. Apartado A) de la Orden ministerial de 8 de noviembre de 1944, por necesidad de ocupar locales de su propiedad.

Formalizado el recurso de injusticia notoria por la representación de los demandados, con arreglo a la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, se exponen los siguientes motivos:

Primero. Causa cuarta del artículo 179 de la L. A. U.

Segundo. Causa segunda del artículo 169 de la L. A. U.; infracción por interpretación errónea del apartado A) de la Orden de 8 de noviembre de 1944; y

Tercero. Disposición transitoria primera, en relación con la 27 y con el artículo 92 de la L. A. U.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que en cuanto al primer motivo del recurso formulado por doña A. M., por error manifiesto en la apreciación de la prueba acreditada por la documental obrante en autos y basado en el número 4.º del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es procedente su desestimación, pues tal error pretende apoyarse en un acta de la Inspección de Trabajo, donde se hace constar que en el local ocupado por la industria de la parte actora trabajan doce productores en condiciones antihigiénicas, por lo que se requiere al patrono que habilite un local debidamente acondicionado, y en la inspección ocular, de la que el Juzgado deduce la necesidad que del local del recurrente tiene el demandante; pero de dichos elementos de prueba, lejos de inferirse la conclusión pretendida por dicho recurrente, más bien se deduce la contraria, y lo que hace aquél es razonar sobre esos elementos de hecho en sentido opuesto al del juzgador; pero esto no es evidenciar el notorio error padecido por éste, ni menos poner de manifiesto una evidente injusticia, que es a lo que se refiere el precepto legal que invoca.

Segundo. Que tampoco cabe el motivo segundo, causa segunda del artículo 169, en el que se alega la interpretación errónea de la Orden de 8 de noviembre de 1944, puesto que ésta Orden no tiene otro alcance que el limitado a acordar la suspensión de los desahucios fundados en la necesidad de ampliar el propietario su propia industria; pero no establece nuevas causas de desahucio diversas de las fijadas en el Decreto de 29 de diciembre de 1931, y en cuanto a la invocación de la base oc-

tava de la Ley de Arrendamientos Urbanos, carece de aplicación al caso por ser una base a desenvolver en articulado posterior y por tratarse de un asunto planteado conforme a la legislación anterior.

Tercero. Que tampoco es de apreciar la infracción de la disposición transitoria primera, en relación con la 27 y con el artículo 92 de la citada Ley, a que se alude en el motivo tercero del recurso, porque si bien es verdad que, conforme a la disposición primera, las disposiciones de la Ley son aplicables 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, y por la disposición 27 se derogan las disposiciones dictadas en materia de arrendamientos urbanos—lo que por cierto nada tiene que ver con el carácter retroactivo o irretroactivo de las mismas—, es lo cierto que, planteada la litis, y aun fallado el asunto en primera y en segunda instancia, conforme a la legislación anterior, no existen términos hábiles, sin ninguna ley que expresamente lo disponga, para resolver este recurso conforme a preceptos que no pudieron ser tenidos en cuenta durante la sustanciación del pleito y que por ello mal pudieron ser infringidos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 DICIEMBRE 1948

Civil—contratos—causa—elementos—gratuidad y “animus”.

La causa de la donación está constituida por la mera liberalidad.

Civil—contratos—donación—fin esencial.

El fin esencial de la donación lo constituye el enriquecimiento del donatario.

Civil—contratos—donación—gratuidad.

La gratuidad es el elemento objetivo de la donación y subjetivamente el ánimo de los contratantes de otorgar y recibir, respectivamente, una atribución patrimonial a título de liberalidad.

Civil—contratos—donación—perfección.

El disenso en la causa impide la perfección del contrato.

Civil—obligación y donación—compatibilidad.

Los términos de donación y obligación son compatibles, y la donación puede revestir formas diversas, como la creación de un crédito a favor del donatario.

Civil—contratos—donación—requisitos—interés de una de las partes.

Cuando el acto no es gratuito y lo determina el interés de una de las

partes y no la liberalidad de una de ellas carece de los requisitos para ser calificado de donación.

ANTECEDENTES.—Deducida por doña A. N. F. demanda sobre nulidad del contrato relativo a la transmisión de nombre comercial y establecimiento, y solicitada por el demandado la nulidad por ingratitud de una donación hecha a la demandante, el Juzgado desestimó la demanda, decisión que confirma la A. T.

MOTIVOS.—Primero. Interpretación errónea de los artículos 619 y 622 e inaplicación de los artículos 618, 621, 623, 629 y 1.089 del C. c.

Segundo. Aplicación indebida del artículo 622 del C. c. e inaplicación del artículo 621 C. c.

Tercero. Interpretación errónea e inaplicación de los artículos 648, 649, 650 y 651 del C. c.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que, con arreglo a los artículos 618 y 1.274 del Código civil la causa de la donación está constituida por la mera liberalidad, en términos que el enriquecimiento del donatario constituye el fin esencial del contrato; y si la gratuidad aparece como el aspecto objetivo de éste, del mismo modo y bajo el aspecto subjetivo, a la intención de beneficiar por parte del donante debe corresponder correlativamente en el donatario el *animus* de aceptar a título de liberalidad la atribución patrimonial, puesto que el diseño en la causa impediría la perfección del contrato, siendo de recordar a estos efectos la doctrina establecida en la antigua sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 1896, la cual declara que cuando el acto no es gratuito en beneficio del donatario y lo determina el interés de ambas partes y no la liberalidad de una de ellas, carece de los requisitos indispensables para ser calificado de donación.

Segundo. Que si bien—en contra de la afirmación sentada por el Juzgado de Primera Instancia—son compatibles los términos obligación y donación, pues esta puede revestir formas diversas, y, entre ellas, la creación de un crédito a favor del donatario, y si, con arreglo a los artículos 648 y 652 del Código civil, tampoco es admisible la tesis de dicho juzgador en cuanto sostiene que el donante pudo suspender por su propia autoridad las entregas de las cantidades que se había obligado a satisfacer, preciso se hace tener en cuenta, para apreciar la eficacia del primer motivo del recurso, que éste no impugna en debida forma las antes mencionadas aserciones del fallo relativas a la causa principal de las entregas de cantidades hechas por el recurrente a la recurrida; y si, según aquellas aserciones, las repetidas entregas constituyen una compensación de las facilidades dadas por la segunda al primero para la resolución de las liquidaciones que pendían entre ambos y de las cuestiones relacionadas con la testamentaria, es obvio que en el caso controvertido no concurren ni el carácter de gratitud de las prestaciones ni la intención en los contratantes de otorgar y recibir, respectivamente, una atribución patrimonial a título de liberalidad.

Tercero. Que no constituye obstáculo a esta tesis la declaración contenida en la sentencia de instancia consignando que el pago de la pensión de mil pesetas mensuales a la recurrida obedeció, en parte, a motivo

remuneratorio de los servicios prestados por su difunto cónyuge; y no constituye obstáculo tal declaración porque, aun independientemente de las antes citadas afirmaciones de la misma sentencia, debe tenerse en cuenta que ésta se abstiene de expresar si constituían o no deudas exigibles los servicios a que alude, pero como dichos servicios—según se reconoce en el escrito de contestación a la demanda—fueron los inherentes a la gestión y dirección de un negocio de venta de géneros de comercio propiedad del recurrente—quien, al efecto, había conferido al cónyuge de la recurrida el oportuno poder—, resulta indudable que al ser de naturaleza mercantil la gestión desempeñada no cabe admitir la presunción de gratitud de la misma, conclusión que, bajo otro aspecto, viene a corroborar el texto del párrafo segundo del artículo 1.711 del Código civil, en cuanto establece que si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, se presupone la obligación de retribuirlo; y admitido que el cónyuge de la recurrida tenía derecho a percibir la retribución correspondiente a aquellas actividades comerciales, falta en el presente caso el supuesto a que se refiere el artículo 819 del citado Cuerpo legal—prestación de servicios que no constituyen deudas exigibles—y, en consecuencia, no se dan términos hábiles para apreciar la existencia de una donación remuneratoria.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 DICIEMBRE 1948

Civil—obligaciones—incumplimiento—fuerza mayor—terror ambiental.

No exime de responsabilidad al Banco depositario por haber entregado depósitos a personas distintas de sus titulares.

Civil—obligaciones—incumplimiento—fuerza mayor: Ley de 12 de diciembre de 1942.

La fuerza mayor alegada como excusa del cumplimiento de la obligación es incompatible con las prescripciones de esa ley, que ya la tuvo presente para determinar la obligación general que establece en su artículo segundo.

Civil—obligaciones—cumplimiento—en zona marxista: autoridades que podían exigirlo.

Es preciso que la orden de cumplimiento se hubiese dictado aplicando disposiciones vigentes antes del 19 de julio de 1936.

ANTECEDENTES.—El demandante tenía depositado en un Banco un décimo de lotería premiado. Durante la dominación marxista, tal décimo fué entregado a un individuo portador de una orden dictada por la Sala

de Justicia de la Audiencia, sin que ninguna de las vicisitudes que sufrió el décimo—retenido anteriormente por una orden judicial—fuese comunicada al depositante.

Después de la liberación el demandante reclama la indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado accede a la demanda y la Audiencia revoca su fallo.

Se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—1.º Interpretación errónea del artículo 1.101 del Código civil y 306 del Código de Comercio e infracción de la doctrina de las sentencias de 26 de junio de 1903 y 19 de febrero de 1904, ya que el mero incumplimiento autoriza a pedir el resarcimiento de daños y perjuicios.

2.º Inaplicación y violación del artículo 1.777, ya que el depositario usó del depósito para salvar las vidas del personal del Banco, según el mismo afirma, y por equidad debe ser compensado el depositante.

3.º Aplicación indebida del apartado a) al caso de autos, produciendo incongruencia con la excepción de fuerza mayor, única alegada por el demandado.

Errónea interpretación de ese mismo apartado a). Violación del apartado c) y del espíritu y letra que informa toda la Ley de 12 de diciembre de 1942.

4.º Violación de los artículos 1.104, 1.135, 1.766 del Código civil y 306 del Código de Comercio, ya que tratándose de un depósito mercantil procedía, no la diligencia tipo, sino la cualificada que obliga a extremar toda previsión, y no existe obediencia debida, pues nadie puede mandar la comisión de un delito, y si se manda no debe ser obedecido.

5.º Interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.105 del Código civil y error de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba, alegando principalmente que el caso de fuerza mayor debe probarse y no presumirse, que en el 1.105 se equiparan caso y fuerza mayor y aquél no excusa en el supuesto de los artículos 1.744 y 1.743 del Código civil, que tanta analogía tienen con el presente caso de depósito.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que la sentencia recurrida funda la revocación de la apelada y la absolución de la demanda en primer término en los hechos del ambiente de terror que procedió en la zona marxista al día 27 de noviembre de 1936, en que el Banco Z. entregó el décimo premiado, depositado por el recurrente, la incautación por la titulada Oficina Jurídica, en connivencia con el Consejero de Justicia de la G., del sumario en que se había ordenado la retención del citado décimo, y la coacción y violencia que se ejerció con el Banco demandado al serle exigida la entrega de aquél por un Delegado de la Sala de Justicia acompañado por un camión de milicianos armados, todo lo cual son hechos que constituyen el terror ambiental, que, según han declarado reiteradamente los Tribunales, no eximen al Banco depositario de responsabilidad por haber entregado depósitos u otras cantidades a personas distintas de sus titulares, pues de tales hechos, respecto a los que no se precisan cuáles fueran las conversaciones sostenidas o amenazas profesadas por los agentes rojos para lograr la entrega del décimo de autos, no se puede deducir la fuerza física directamente ejercitada sobre las personas que entregaron lo depositado y exigido, que por sus caracteres de infracción civil o criminal pudiera eximir al Banco de su obligación de conservar y devolver el depósito a quien lo constituyó, ni por esa inde-

terminación falta de preciso detalle de sus elementos, puede apreciarse el concepto jurídico de la intimidación, además de que ésta y la violencia o fuerza física que aprecia en aquellos actos la Audiencia para absolver son distintos del concepto jurídico de fuerza mayor que alega el Banco demandado que excusa del cumplimiento de la obligación, pero aunque realmente esa fuerza mayor se diera en este caso, no estaría comprendida en el apartado *d*) del artículo 3.º Ley de 12 de diciembre de 1942, que resulta violado por la sentencia recurrida, por no ser compatible con las prescripciones de esa Ley, que ya tuvo presente ese ambiente para determinar la obligación general que establece su artículo 2.º

Séguno. Que el segundo motivo que subsidiariamente tiene la Audiencia para desestimar la demanda es que el Banco tuvo que cumplir la orden de entrega de la Sala de lo Criminal que estaba constituida con anterioridad a 19 de julio de 1936 con Magistrados de carrera, pero ello no bastaba, según el apartado *a*) de su artículo 3.º de la antes mencionada Ley de 12 de diciembre de 1942, pues este exige además que esas autoridades hayan actuado dentro del círculo de su competencia aplicando leyes ya vigentes antes de 19 de julio de 1936, lo que no ocurrió con la orden en cuya virtud entregó el Banco el décimo en cuestión, pues ninguna disposición legal anterior permitía la entrega de un depósito que no era cuerpo de delito constituido por persona cuyo procedimiento quedó sin efecto, a terceros ajenos a aquel contrato, y al estimar lo contrario la Sala sentenciadora infringió el citado apartado *a*).

Tercero. Que no dándose en el presente caso ninguna de las causas de excepción del artículo 3.º y siguientes de la mencionada Ley especial debe estarse a la norma general del artículo 2.º de la misma y procede casar la sentencia recurrida por el motivo 3.º y el apartado *b*) del motivo 5.º de este recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 10 DICIEMBRE 1948

Civil—acción revocatoria o pauliana—requisitos.

En el momento de realizar el sujeto inculpada el acto jurídico que mediante la acción aludida se pretende revocar, es necesario que tenga el carácter de deudor, con obligación vencida e inmediatamente exigible respecto al acreedor que ejercita el privilegio revocatorio, porque sin la existencia de esta condición de acreedor no hay motivo para estimar que el acto haya sido celebrado con la intención de ocasionar a éste un perjuicio.

Civil—acción rescisoria: su carácter subsidiario.

Es doctrina jurisprudencial que la acción de rescisión por su nota de excepcional y extraordinaria no cabe que sea ejercida sin límites, pues,

según expresamente dispone el artículo 1.294 del Código civil, tiene carácter de subsidiariedad, porque se halla subordinada a la necesidad de que por otro medio no pueda quien la ejercita obtener la reparación del perjuicio que se estima producido, o que se demuestre que los tales medios son ineficaces por la insolvencia de todos o en parte de quien tiene la obligación del pago.

Civil—acción rescisoria: prueba de la imposibilidad de resarcimiento sin su ejercicio.

Incumbe al actor probar la inexistencia de bienes suficientes para cubrir su crédito, y la necesidad, por tanto, de revocar el contrato que se estima lesivo.

ANTECEDENTES.—A. presentó demanda sobre tercería de dominio contra el Ayuntamiento de B. y contra C., exponiendo que ciertos bienes de C. le habían sido adjudicados en pago por escritura pública de 16 de noviembre de 1939. Dichos bienes figuran entre los que a C. fueron embargados por el Ayuntamiento de B., y serían adjudicados en subasta, no obstante la reclamación formulada por A. El Ayuntamiento de B. contestó a la demanda, y reconvino al actor, señalando que C. había sido depositario de fondos de dicho Ayuntamiento, y al advenimiento de la Dictadura se le incoó expediente de responsabilidades, resultando deudor de dicha Corporación por la cantidad de más de 30.000 pesetas, de las cuales satisfizo una parte mediante un préstamo hipotecario que obtuvo de A. el 29 de octubre de 1927. Debido al posterior cambio político logró C. que incluso se le reconociera acreedor del Ayuntamiento de B. por una cantidad superior a 20.000 pesetas. Una Orden de 4 de diciembre de 1937 del Gobernador General del Estado dispuso la formación de nuevas cuentas, acuerdo que tomó el Ayuntamiento de B. en 6 de julio de 1940, quedando C. como deudor de dicha Corporación. En consecuencia, solicitó que se declarase la ineficacia del documento aludido, o, de modo subsidiario, la rescisión del contrato en él contenido, por haber sido celebrado en fraude de acreedores. El actor contestó que al tiempo de la celebración del contrato antedicho, C. no era deudor del Ayuntamiento de B. El Juez de primera instancia accedió a la demanda. Apelada la sentencia, fué revocada, accediéndose a la reconvención y declarando rescindido el contrato de dación en pago. A. interpuso recurso de casación, basado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Violación por inaplicación del artículo 1.294 del Código civil y doctrina legal sobre el mismo, pues la sentencia recurrida no tiene como base que no exista otro medio de satisfacer su crédito el Ayuntamiento de B.

Segundo. Idem del artículo 1.214 del Código civil, pues se pretende que el recurrente tenía que haber probado que el recurrido no podía resarcirse de otro modo, y a este último corresponde tal prueba.

Tercero. Error de hecho en la apreciación de la prueba. Se señala que el contrato de dación en pago colocaba a C. en situación de insolvencia, cuando consta en varios considerandos de la sentencia recurrida que C. poseía otros bienes, que también le fueron embargados, cuyo valor se desconoce.

Cuarto. Aplicación indebida de los artículos 1.291, número 3.º, y 1.297 del Código civil. En el caso de autos no se cumple ninguna de sus presunciones.

Quinto. Error de hecho en la apreciación de la prueba, pues se esti-

ma que el Ayuntamiento de B. era acreedor de C. en la fecha de celebración del contrato de dación en pago.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que acorde con la tendencia de la doctrina científica, viene reiteradamente la jurisprudencia fijando los supuestos o requisitos que son premisas fundamentales para que pueda ser ejercida con jurídica razón la llamada acción revocatoria o pauliana, y entre aquellos supuestos figura en primer lugar el que en el momento de realizar el sujeto inculpa el acto jurídico que mediante la acción aludida se pretende revocar tenga dicho interesado el carácter de deudor, con obligación vencida e inmediatamente exigible respecto al acreedor que ejercita el privilegio revocatorio, porque sin la existencia de esta condición de acreedor no hay motivo para estimar que el acto haya sido celebrado con la intención de ocasionar a éste un perjuicio (*"consilium fraudis"*, requisito también específico de la acción pauliana), y aplicando este principio al caso presente aparece probado que la situación legal entre el demandado, supuesto acreedor, y el señor C., supuesto deudor, en 16 de noviembre de 1939, fecha en que se otorgó el contrato cuya revocación se pretende, era precisamente la inversa; porque, firmé la sentencia del Tribunal Provincial de lo Contencioso de 26 de octubre de 1936, que ordenaba incluir en el presupuesto del Ayuntamiento de B. la cantidad para pagar el crédito que había sido reconocido a C., la condición de deudor de este último la ostentaba el dicho Ayuntamiento, y por ello pudo C., sin infracción de la doctrina legal al principio citada, y sin incurrir en la prevención del artículo 1.291, número 3.º del Código civil, otorgar el contrato que se contiene en la referida escritura pública de 16 de noviembre de 1939, ya que no puede estimarse dicho contrato celebrado en fraude de un acreedor que entonces no existía legalmente, toda vez que hasta la sesión que celebró el Ayuntamiento en 6 de julio de 1940 no se acordó la aprobación de nuevas cuentas en las que resultaba ser deudor C., y no habiendo tenido en cuenta el Tribunal sentenciador al dictar su resolución esta circunstancia, revelada por los documentos públicos aportados al pleito, entre las probanzas admitidas y que aseveran la verdad de los hechos referidos, ha incurrido en error de hecho en apreciación de la prueba y ha hecho asimismo aplicación indebida de los artículos 1.291, número 3.º, y 1.297 del Código civil, deduciéndose de lo expuesto la procedencia de estimar los motivos cuarto y quinto del recurso.

Tercero: Que también es doctrina jurisprudencial que la acción de rescisión, por su nota de excepcional y extraordinaria, no cabe que sea ejercitada sin límites, pues, según expresamente dispone el artículo 1.294 del Código civil, tiene carácter de subsidiaria, no en el sentido de que carezca de subsistencia en sí misma, sino porque se halla subordinada a la necesidad de que por otro medio no pueda quien la ejercita obtener la reparación del perjuicio que se estima producido o que se demuestre que los tales medios son ineficaces por la insolvencia de todos o en parte de quien tiene la obligación del pago, de lo cual es oportuno inferir que,

conforme a normas de lógica y equidad, el acreedor no debe inquietar a terceros que no le sean directamente responsables mientras no pruebe cumplidamente que el deudor carece de bienes o que los que posee no bastan a cubrir el crédito reclamado, y solamente al darse uno u otro caso tiene amparo en los artículos que integran el capítulo quinto del título segundo del libro cuarto del Código civil para ejercitar la acción revocatoria respecto de los actos o contratos de su deudor que considere realizados en su daño, y, referida esta doctrina al presente litigio, se advierte que al formular su reconvencción el Ayuntamiento de B. no aludió a la situación de insolvencia del deudor ni a haber efectuado la previa y obligada exclusión de los bienes del mismo que resultaba insuficiente para cubrir el crédito reclamado y que justificase el embargo de los que el demandante alegaba pertenecerle, omisión que tampoco fué subsanada en el período probatorio, del que, en cambio, resultó que C. poseía otros bienes, por los cuales, por no haber sido justificados, aunque también fueron objeto de embargo, no cabía entender que tuviessen un valor inferior a la cantidad que como adeudada se reclama por la entidad municipal de B., con lo que se hubiera revelado la insolvencia parcial del deudor presunto y en tal caso hubiera aparecido razonablemente fundado el ejercicio de la acción revocatoria, y como se demuestra de manera palpable la preterición por la Sala sentenciadora de tan fundamentales principios, hay que reconocer que dejó de aplicar, como debiera haberlo hecho, el precepto contenido en el artículo 1.294 del Código civil y asimismo y en relación con éste el 1.214 del mismo cuerpo legal, y del mismo modo incurre en error de hecho en la apreciación de la prueba, porque la sentencia recurrida afirma que, mediante el contrato tantas veces repetido, "se colocó en situación de insolvencia el señor C., que no consta posea otros bienes". aludiendo en otro considerando a una certificación del Registrador de X. referente a fincas que son propiedad del deudor, llegándose, en méritos de lo que queda expuesto, a la conclusión de que es procedente la estimación de los motivos primero, segundo y tercero.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 11 DICIEMBRE 1948

Procesal—prueba—apreciación conjunta.

No es lícito desarticular la prueba cuando se aprecia en conjunto con otros elementos de justificación.

Procesal—prueba pericial: su apreciación.

La libertad con que el juzgador puede valorarla le permite aceptar el criterio de un perito, y rechazar el de otros, si lo estima más acertado, relacionándola con los restantes elementos de convicción.

Civil—arrendamientos urbanos—irretroactividad de los preceptos comprendidos en los capítulos X y XI de la Ley de 31 de diciembre de 1946.

La disposición transitoria 13 de la citada Ley establece clara y explícitamente la irretroactividad en este caso.

Procesal—arrendamientos urbanos—recurso por injusticia notoria: alcance de la causa tercera del artículo 169 de la Ley de 31 de diciembre de 1946.

Corecen de eficiencia, a efectos de la fundamentación del recurso, las transgresiones que se denuncian de las Reales Ordenes de 5 de febrero de 1913 y 20 de febrero de 1914, porque cualquiera que fuese el acierto del Juez a quo al designar los peritos para la práctica del reconocimiento acordado para mejor proveer, el carácter meramente adjetivo de las normas que se suponen infringidas, y a las que se refieren las Reales Ordenes citadas, impediría, en todo caso, apreciar su infracción por el cauce de la causa tercera del artículo 169 de la Ley, ya que ésta sólo cabe invocarla con apoyo de preceptos de carácter sustantivo.

ANTECEDENTES.—A. presentó demanda frente a B. y la asociación C., exponiendo que, los días 1 de agosto de 1939 y 1 de julio de 1940, B. y el administrador del actor habían celebrado contrato de arrendamiento de unos cuartos de la casa de su propiedad, estableciéndose la obligación de B. de no ceder, traspasar o subarrendar los indicados cuartos, y que, en fecha ignorada, B. los había subarrendado o cedido a la asociación C., sin su consentimiento, por lo cual solicita la resolución de los contratos de arrendamiento.

B. contestó a la demanda, señalando que obró por representación de C., entidad que ya funcionaba, si bien ocupando menos viviendas, en la citada casa con anterioridad a 1936, hecho que conocía el arrendador. C. contestó a su vez, ratificando lo dicho por B.

En trámite de prueba, se verificó, entre otras, la documental, examinándose unas cartas del entonces administrador de A. a B., fechadas en 2 de octubre de 1947, por las que se anuncia que queda revocada la anunciada elevación de rentas, por considerar como vivienda los cuartos que ocupaba, y una carta de fecha 28 de agosto de 1939 del entonces administrador de A. a C.

El Juez municipal declaró no haber lugar a la demanda, y apelada la sentencia, fué confirmada, después de haber ordenado el Juez de primera instancia, como diligencia para mejor proveer, que se cotejaran las firmas de los contratos de arrendamiento con la de la carta de 28 de agosto de 1939, dictaminando diversamente los peritos.

A. interpuso recurso de revisión, basado en los siguientes

MOTIVOS.—**Primero.** Basado en la causa tercera del artículo 169. Infracción de las Reales Ordenes de 5 de febrero de 1913 y 27 de febrero de 1914, ambas vigentes, pues en el nombramiento del perito, señor X., en cuyo dictamen se basa de modo principal la sentencia recurrida, se han incumplido sus preceptos, ya que el señor X. es solamente profesor calígrafo y no puede, por tanto, ejercer la pericia caligráfica.

Infracción de los artículos 33, 34, 36, 38 y 39 de la Ley de Arrenda-

mientos Urbanos, al no estimarse que la cesión es inválida, ya que no ha habido notificación "expresa" al arrendador.

Segundo. Manifiesto error en la apreciación de la prueba. Por no estimar que la firma de la carta de 28 de agosto de 1939 está falsificada a pesar de haber opinado en este sentido dos peritos, y solamente en contrario aquel que no tiene aptitud legal para ello, y por estimar como consentida la cesión, no obstante la inexistencia de elementos probatorios en que basar tal afirmación.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que afirmado por la sentencia recurrida que existen elementos de juicio suficientes para presumir y declarar que la cesión hecha por la arrendataria a la entidad codemandada, de todos los pisos arrendados, fué conocida y consentida por la parte actora, a través de su administrador, la cuestión esencial en el presente recurso se limita a resolver si el fallo de instancia ha incurrido en manifiesto error en la apreciación de la prueba, infringiendo, consiguientemente, los preceptos relativos a la cesión que se citan de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Segundo. Que para llegar a tales conclusiones no cabe olvidar que el juzgador no sólo tuvo en cuenta el dictamen del señor X., favorable a la autenticidad de la carta suscrita por el administrador de la finca, de la que claramente se infiere la aprobación de la cesión, sino la prueba de presunciones deducida del arriendo a B. de otros dos pisos más con posterioridad a la fecha de aquélla, y el testimonio tan relevante, como el del portero del inmueble litigioso, que, al contestar a las preguntas formuladas por la representación de C., manifestó que, desde 1940, en que presta sus servicios de portero, conoce el hecho de la ocupación de los cuatro pisos litigiosos por la entidad referida y su modo de funcionar; lo cual sentado es claro que no se acredita la equivocación notoria, en que el recurso pretende apoyarse, por la sola circunstancia de que los otros dos peritos, que actuaron con el señor X. en el reconocimiento practicado para mejor proveer, dictaminaran en sentido contrario a aquél; porque, sobre no ser lícito desarticular la prueba, cuando se aprecia en conjunto con otros elementos de justificación, la libertad con el que el juzgador puede valorar la pericial le permite aceptar el criterio de un perito, y rechazar el de los otros, si lo estima más acertado, relacionándola con los restantes elementos de convicción.

Tercero. Que las actas notariales obrantes en autos tampoco acreditan el error del fallo de instancia al apreciar la prueba, porque sobre referirse a hechos muy posteriores a los que sirven a aquél de base para declarar la cesión, corroboran que la parte actora conocía la ocupación de los locales por la entidad codemandada, y su destino, y que si desistió del incremento, en un cuarenta por ciento del alquiler, pudo obedecer a comprobar el carácter benéfico de aquélla, con la consiguiente consideración de vivienda a efectos legales, y excluyente de la posibilidad de tal elevación.

Cuarto. Que establecida, clara y explícitamente, por la disposición transitoria trece de la Ley, la irretroactividad de los preceptos compren-

didos en los capítulos X y XI, como la cesión, en que se fundó la demanda, se efectuó varios años antes de la vigencia del nuevo ordenamiento legal, no procede resolver el contrato invocando el artículo 149; porque en este supuesto la resolución debería haberse fundamentado en la legislación de inquilinato vigente al tiempo en que los hechos determinantes de la acción tuvieron lugar, favorable, como es notorio, a la tesis mantenida por el Juez; pero, aun en el supuesto de que fueran aplicables, no incide la sentencia recurrida en las infracciones de los preceptos que se aducen en el motivo primero, por cuanto los términos claros en que están redactados evidencian su sentido y finalidad, tendentes sólo a evitar substituciones del arrendatario, en el goce y disfrute de la cosa arrendada, sin expresa o tácita aprobación del arrendador, que es el supuesto contrario al del recurso.

Quinto. Que asimismo carecen de eficiencia, a los fines pretendidos, las transgresiones que se denuncian en el motivo primero de las Reales Ordenes de 5 de febrero de 1913 y 20 de igual mes de 1914; porque cualquiera que fuese el acierto del Juez *a quo*, al designar los peritos para la práctica del reconocimiento acordado para mejor proveer, el carácter meramente adjetivo de las normas que se suponen infringidas, y a las que se refieren las Reales Ordenes citadas, impediría, en todo caso, apreciar su infracción por el cauce de la causa tercera del artículo 169 de la Ley, ya que ésta sólo cabe invocarla con apoyo de preceptos de carácter sustantivo; y porque, en definitiva, aunque el dictamen pericial careciere, por las cualidades de los peritos, de eficacia probatoria—lo que, por lo dicho, no es lícito aquí decidir—, tampoco podría estimarse el recurso, porque entonces le faltaría el apoyo en que se basa el supuesto error del fallo de instancia, en tanto que éste subsistiría, aun sin tal medio de justificación por estar también fundado en otros elementos de prueba inatacables en este momento procesal.

Sexto. Que al desestimarse el recurso procede imponer las costas al recurrente, según lo previsto en los artículos 171 y 164 de la Ley.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 DICIEMBRE 1948

Procesal—competencia—Juez competente para conocer los procesos en los que se ejercitan acciones personales.

Civil—lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de sociedad.

El artículo 62 de la L. E. C., en la primera de sus reglas, atribuye preferentemente la competencia en los juicios en que se ejercitan acciones personales, sin que haya mediado sumisión, al Juez del lugar en que la obligación deba cumplirse, hallándose declarado por la jurisprudencia respecto a las obligaciones derivadas del contrato de sociedad que cuando en

éi no esté designado otro distinto, será aquel lugar de cumplimiento el en que la sociedad se hubiera establecido para realizar sus operaciones y fines sociales.

SENTENCIA 16 DICIEMBRE 1948

Proce:al—recurso de casación—motivos: alcance del número 6.º del artículo 1.693 de la L. E. C.

Procesal—recurso de casación—causas de desestimación.

ANTECEDENTES.—A. denunció criminalmente a B. por hurto de un automóvil, y la Audiencia Provincial sobreesyó provisionalmente la causa, reservando a los interesados la acción civil y ordenando el depósito del vehículo. A. presentó demanda frente a B. ejercitando la acción reivindicatoria, y fué estimada por el Juez de primera instancia, el cual ordenó que quedase sin efecto el depósito judicial acordado. Apelada la sentencia, fué revocada por la Audiencia Territorial, que ordenó que se alzase el depósito establecido. A. interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma, basado en el siguiente

MOTIVO.—Fundado en el número 6.º del artículo 1.693 de la L. E. C. El Tribunal de instancia carece de competencia para ordenar el levantamiento del depósito, pues fué ordenado por la jurisdicción penal, y a ésta y no a la civil le incumbía también dejarlo sin efecto—si así fuese procedente—en la causa o juicio que dió origen al pleito.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que, como declaró esta Sala, entre otras sentencias, en la de 18 de enero de 1945, la competencia de jurisdicción a que se refiere el número 6.º del artículo 1.693 de la Ley procesal, se halla limitada a los casos en que se discuta la preferencia para conocer de determinado pleito entre Jueces de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria, de donde se sigue que, tanto las cuestiones que se refieran a incompetencia por razón de la materia o de la cuantía como las que hagan relación—cual la presente—a la esfera funcional de los Tribunales, no pueden ser traídas a casación al amparo del número 6.º del artículo 1.693, sino al de igual número del 1.692, ambos de la Ley procesal

Tercero. En consecuencia, que admitido indebidamente por la Sala sentenciadora el presente recurso, no puede el mismo prevalecer, ya que los motivos de inadmisión lo son también de desestimación, según reiterada jurisprudencia.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 DICIEMBRE 1948

Civil—compraventa—tradición de la cosa vendida.

La tradición jurídica de la cosa representada por la escritura es perfectamente compatible con la existencia de un contrato de arrendamiento

sobre dicha cosa, y desde el momento del otorgamiento de la escritura puede el comprador ejercitar todos sus derechos dominicales.

Procesal—recurso de casación—afirmaciones de hecho de la Sala de instancia.

Es obligado en casación partir de tales bases.

ANTECEDEN. ES.—A. presentó demanda, exponiendo que en 5 de enero de 1932 había vendido a B. una finca en el precio de 22.000 pesetas, pagaderas en plazos mensuales de 500; en garantía del pago B. constituyó hipoteca sobre la finca vendida; que B. había pagado 10.000 pesetas; que en el referido contrato de compraventa se había establecido que B. debía comenzar en el plazo de dos años la construcción de una edificación en la finca vendida, o bien tener por resuelto el contrato satisfaciendo, además, a A. 10.000 pesetas; que B. había incumplido su obligación, por lo cual solicitaba que se declarase resuelto el contrato y se condenase a B. a entregar la finca y a pagar las 10.000 pesetas como se había acordado en la citada cláusula penal, entregando a su vez A. las 10.000 pesetas que constituían parte del precio satisfecho.

Con anterioridad, B. había consignado la parte del precio no pagada. Al efectuarlo expuso que había pagado 10.000 pesetas y que dejó de pagar porque A. no había podido transferirle la posesión real y directa de la finca vendida, pues estaba ocupada por un arrendatario que, al amparo de la legislación de arrendamientos rústicos, había continuado ocupándola hasta fecha muy reciente; y que ahora se encontraba en situación de cumplir el contrato y por ello consignaba.

B. presentó demanda exponiendo lo que ya había señalado al efectuar la consignación, y solicitando que se condenase a A. al cumplimiento del contrato. A. contestó que B. carecía de acción por hallarse resuelta la venta por incumplimiento de sus obligaciones, y que conocía que existía arrendatario en la finca, pues en el momento de celebración de la compraventa se le había entregado el contrato de arrendamiento, y que fué por este motivo por lo que se fijó el plazo de dos años para el cumplimiento de la obligación de edificar, con objeto de que hubiese tiempo para consumir el desahucio.

Acumulados ambos procesos, contestó B. a la demanda, exponiendo que hasta 1941 estuvo arrendada la finca, por lo cual no había podido cumplir sus obligaciones contractuales, y que había satisfecho por entero el precio acordado, por todo lo cual solicitaba que se le absolviera de la demanda.

El Juez de primera instancia dictó sentencia ordenando que, en el plazo de seis meses, B. comenzara la edificación, y señalando que si no lo hacía se consideraría rescindido el contrato de compraventa y tendría que pagar, además, las 10.000 pesetas de indemnización convenidas, y condenó a A. a otorgar escritura extintiva del precio y de la hipoteca.

A. apeló la sentencia y la Audiencia Territorial declaró haber lugar a la resolución del contrato por incumplimiento de B. de la obligación de edificar, contraída en el mismo, y condenando a B. a satisfacer la indemnización pactada de 10.000 pesetas y a entregar a A. la finca, con devolución por éste de las 10.000 pesetas constitutivas de parte del precio, ya satisfecho.

B. interpuso recurso de casación, basado en los siguientes

MOTIVOS.—(Vid. considerandos.)

CONSIDERANDOS.—Primero. Que los dos primeros motivos del recurso, basados, como todos ellos, en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento civil, se fundan en la infracción de los artículos 445, 1.461 y 1.462 del Código civil, al entender la Sala que, mediante el otorgamiento de la escritura pública de compraventa del terreno que sirve de fundamento a la demanda, el vendedor puso al comprador en posesión de la cosa vendida, siendo así que existía en dicha escritura una cláusula por virtud de la cual aquél se obligaba a iniciar la construcción de un edificio destinado a fábrica en el terreno vendido, en plazo de dos años siguientes al otorgamiento de la escritura, bajo pena de resolución de la venta, con abono de indemnización, cuando el terreno en cuestión estaba arrendado, lo que impedía al comprador el cumplimiento de esta obligación, pero de esta circunstancia no puede deducirse que el vendedor no cumpliera su obligación de entregar la cosa vendida que le impone el artículo 1.461, pues ésta tuvo lugar a tenor del párrafo segundo del artículo 1.462 al otorgarse dicha escritura, a partir de cuyo momento pudo dicho comprador ejercitar todos sus derechos dominicales, ya que la tradición jurídica de la cosa representada por la escritura es perfectamente compatible con la existencia de un contrato de arrendamiento, que, por otra parte, no es fácil fuera desconocido por el comprador, máxime cuando aparece en autos fué presentado dicho contrato por el demandante y recurrente, a quién fué devuelto para pago de derechos reales, sin que lo presentara ulteriormente.

Segundo. Que en el tercer motivo, donde se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 1.º del Decreto de 29 de abril de 1931, 1.º del Decreto de 31 de octubre de dicho año, 1.º de la Ley de 11 de septiembre de 1932, en relación con el artículo 1.105 del Código civil, al dar lugar la Sala de instancia a la resolución del aludido contrato de compraventa por no haber cumplido el comprador en el plazo de dos años, que se le señalaba en la escritura, la obligación aludida anteriormente, no obstante la existencia de un arrendamiento y de las mencionadas disposiciones prohibitivas de los desahucios de fincas rústicas, no puede prosperar porque, aunque se aceptara hipotéticamente tal imposibilidad—punto que se examina en el considerando siguiente—al dar lugar el Tribunal de instancia a la resolución del contrato, no habría infringido tales preceptos, que sólo lo hubieran sido si se hubiese decretado el desahucio de la finca en los casos prohibidos por el legislador.

Tercero. Que para resolver acerca de si la sentencia quebranta tanto el artículo 1.105 como el 1.124 del Código civil, cuya posible infracción es examinada en los motivos cuarto y quinto del recurso, es preciso dejar sentado que el Tribunal sentenciador hace las siguientes alegaciones en sus considerandos, las que no han sido atacadas por el único cauce legal de error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas—en este caso la de presunciones—, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal: que la existencia del contrato de arrendamiento de que se trata por sí solo no puede inferirse que al recurrente no le fuera factible comenzar las obras, pues es lógico deducir que al adquirir el inmueble se enterara de la existencia del contrato y calculara la contingencia del despido, que no se ha justificado o que aquél promoviera juicio de desahu-

cio contra el arrendatario, ni que, habiéndolo perdido, entablara apelación contra la sentencia y que sin conocimiento del detalle del contrato y del juicio de desahucio no es posible discernir si pudo intentarlo con éxito, y que la falta de comienzo de las obras fué debida a la propia morosidad del recurrente.

Cuarto. Que, partiendo de tales bases, como es obligado hacerlo en casación, es evidente que las citas de los preceptos legales a que se ha hecho referencia, así como de la jurisprudencia también invocada, carecen de todo valor, porque ni es factible estimar la fuerza mayor impeditiva de la obligación a que alude el artículo 1.105 ni es posible estimar que el vendedor incumplió sus obligaciones, haciendo nacer en el otro contratante la facultad que el artículo 1.124 reconoce a las partes en caso de obligaciones recíprocas para resolver el vínculo contractual cuando alguna de ellas no cumple lo que le incumbe, ejercitando a tal efecto la acción *non adimpleti contractu*, por lo que procede también la desestimación de estos motivos del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1948

Procesal—diligencia para mejor proveer—valoración.

Esta diligencia de prueba ofrece igual base de valoración que la efectuada a instancia de las partes.

Procesal—liquidación de responsabilidades.

Razones de economía procesal justifican que no se deje para ejecución de sentencia la fijación de la cantidad líquida a satisfacer por el demandado si en los autos hay elementos de juicio suficientes para fijarla en la resolución que ponga término al proceso.

Procesal—casación—disposiciones contradictorias.

Es procedente alegarlas con respecto al fallo de la Sala de instancia, pero no entre el fallo y los considerandos.

Procesal—casación—interpretación de actas notariales—cauce para el recurso.

Los errores en la interpretación de dos actas notariales deben llegar a casación por el cauce del número 1.º del artículo 1.692.

El Tribunal de instancia puede conceder mayor fuerza probatoria a una de ellas—de las dos—sin que, por lo tanto, la otra revista caracteres de autenticidad a efectos de casación, si no demuestra la equivocación evidente del juzgador de instancia.

SENTENCIA 20 DICIEMBRE 1948

Procesal—casación—criterio personal sobre el criterio de la Sala.

El razonamiento que hace supuesto de la cuestión se limita a poner un comentario a las respectivas manifestaciones de la Sala con la pretensión, sin duda, de hacer prevalecer el criterio personal del recurrente sobre el de aquélla.

Procesal—casación—cuestiones nuevas.

No habiéndose pretendido la liquidación de sociedad de gananciales de los tres matrimonios que contrajo el causante, es plantear cuestión nueva solicitar la nulidad de las particiones efectuadas correspondientes a los bienes existentes en la disolución del último de los matrimonios.

Procesal—casación—documentos auténticos—error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

“Los documentos que como auténticos se señalan para justificar el error de hecho con el escrito privado de 27 de noviembre de 1939, en que consta el contrato de compraventa discutido y la certificación del Registro civil referente al segundo matrimonio del causante, D. Justo Martínez, y ni uno ni otro documento tienen el carácter de auténticos a los efectos de la casación, pues el primero, o sea, el contrato privado, es precisamente el que ha sido debatido en el pleito, y que por ser objeto del mismo no puede tener la cualidad de elemento probatorio de sí propio, y por ello no está incluido en la apreciación de la prueba, y la aludida certificación del Registro civil no contiene en sí ningún dato que haya sido contradicho por el juzgador, lo cual hace imposible que pueda resolver la evidente equivocación del mismo requisito exigido para la justificación del error de hecho, y por lo que hace a los errores de derecho acusados, ha de tenerse en cuenta que la falta de debida apreciación del repetido documento privado de compraventa, con la infracción de los artículos 1.225 y 1.227 que se denuncia, es inadmisibles, ya que el tal documento no fué adverado, como erróneamente manifiesta el recurrente, en forma que llegara a adquirir la consideración de documento público a que los dichos preceptos del Código aluden, que no ha sido desconocido en ningún momento el carácter de documento público que reviste la antes mentada certificación del Registro civil referente al segundo matrimonio de D. X. y por ello no se ha cometido la infracción de los artículos 1.216 y 1.218 del Cuerpo legal citado, siendo de advertir que ni de éste ni de la anterior alegación hizo referencia el recurrente en el acto de la vista.”

Procesal—casación—presunciones—apreciación de las mismas—impugnación.

“Es doctrina jurisprudencial muy reiterada que no cabe la casación de una sentencia fundada en la distinta apreciación que hace el recu-

rente de la estimación de las presunciones que en términos generales es de libre enjuiciamiento de la Sala de Instancia, a menos que claramente se revele lo ilógico del razonamiento de ésta por resultar desmesurado en relación con el normal criterio humano, y esta condición no aparece cumplida en la impugnación del presente recurso."

SENTENCIA 29 DICIEMBRE 1948

Civil—legislación de guerra—obligaciones—pago—legitimación activa.

Sólo la tiene el acreedor o persona autorizada por él, aun prescindiendo de las normas de la Ley de 12 de diciembre de 1942.

Civil—legislación de guerra—obligaciones—reposición de fondos—influencia de la persona que los retiró.

Los establecimientos de crédito deben reponer los fondos retirados bajo el dominio marxista por orden de persona cuyo nombramiento fué posterior a 19 de julio de 1936, y aun cuando aquél hubiese sido anterior, procede igualmente si al extender la orden lo hizo actuando con otro carácter y para fines ajenos a las atenciones del Municipio de que era presidente.

ANTECEDENTES.—Durante la época de dominación roja, el entonces Alcalde del Ayuntamiento demandante, nombrado con anterioridad a 19 de julio de 1936, ordenó al depositario la extracción de 25.000 pesetas de una libreta de la Caja de Ahorros a nombre de éste en un Banco de la localidad. Posteriormente pretendió el mismo Alcalde la extracción de 100.000 pesetas más; pero ante la falta de fondos en dicho Banco, las obtuvieron, valiéndose de amenazas, de una sucursal del Banco de España, contra entrega de los documentos suficientes. El Banco de España pasó el respectivo cargo al Banco local.

Asimismo, el Alcalde que sucedió al de referencia retiró de este establecimiento, con posterioridad, la suma de 7.000 pesetas, que, como las anteriores, aparecieron después de la liberación del territorio sentadas en la libreta del Ayuntamiento a su cargo.

Interpuesta demanda por éste para obtener la anulación de estos asientos, o sea el reintegro de las pesetas retiradas, la estimó el Juzgado, y su sentencia fué confirmada por la Audiencia.

Se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Aplicación indebida del artículo 2.º de la Ley de 12 de diciembre de 1942.

Segundo. Infracción de los artículos 1.158 y 1.213 del Código civil.

Tercero. Aplicación indebida del artículo 83 del Reglamento de la Hacienda Municipal de 24 de agosto de 1924.

CONSIDERANDOS.—Primero. En cuanto a la extracción de la partida de cien mil pesetas que, según declara el Tribunal sentenciador, se realizó aquélla en la sucursal del Banco de X., en G., en cumplimiento de un acuerdo adoptado por las autoridades marxistas de dicha ciudad y

no a virtud de orden de pago expedida por el titular de las libretas abiertas en la sucursal del Banco H. de R., o sea que la cantidad fué satisfecha a persona que ni tenía la condición de acreedor ni se hallaba autorizada por el mismo para percibirla; de donde con toda evidencia se sigue que tal extracción de fondos no podía constituir una partida de cargo en las libretas de referencia, bastando para llegar a esta conclusión tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.162 del Código civil, precepto que, aun prescindiendo de las normas de la Ley de 12 de diciembre de 1942, constituye por sí solo un obstáculo infranqueable a los efectos de estimar bien hecho el pago realizado.

Segundo. Respecto a la extracción de la partida de siete mil pesetas, que el artículo 2.º de la últimamente citada Ley establece como regla general que es obligación de los establecimientos de crédito reponer el importe de las sacas de fondos realizadas bajo dominio marxista en virtud de documentos no firmados por el titular de la cuenta corriente, imposición o depósito respectivos; y aunque, como caso de excepción a dicha regla figura entre los mencionados en el artículo 3.º de aquella Ley el de que la orden de pago hubiese emanado de autoridad constituida antes de 19 de julio de 1936 y que en la zona marxista hubiese actuado dentro del círculo de sus atribuciones, es lo cierto que declarado en la sentencia—sin impugnación en el recurso—que la indicada extracción aparece realizada por orden de persona cuyo nombramiento de Alcalde de R. fué posterior a la fecha de 19 de julio de 1936, se sigue, como consecuencia de tal declaración, que la saca de la expresada cantidad tampoco puede ser estimada legalmente como cargo en las libretas abiertas en la entidad recurrente a nombre del depositario de fondos del Ayuntamiento recurrido.

Tercero. En lo concerniente a la extracción de la partida de veinticinco mil pesetas, que si bien es verdad que la orden de pago aparece firmada por persona que en 19 de julio de 1936 ejercía las funciones de Alcalde de R., no lo es menos que al ordenar éste el pago lo hizo, según consta en la sentencia, invocando su condición de presidente de un Comité Local y consignando que el objeto de la saca era el de atender a los servicios de dicho Comité; y si bien, caso de haber expedido el firmante la orden pura y simplemente en calidad de Alcalde, resultaría indudable la legitimidad del cargo de dicha cantidad en las libretas de que se trata, la conclusión tiene forzosamente que ser opuesta a tal legitimidad, teniendo en cuenta que el firmante no actuó, según propia manifestación, en concepto de Alcalde y Presidente de la Corporación Municipal, sino con diferente carácter y haciendo constar, además, de manera expresa que la finalidad de la extracción era ajena a las atenciones del Municipio; ello aun aparte de que dicha orden de extracción aparece expedida en una fecha en la que, según terminantemente declara la sentencia, no funcionaba la Corporación municipal de R., circunstancias las indicadas cuyo conjunto determina la aplicación a esta saca de la regla general contenida en el artículo 2.º de las tantas veces citada Ley de 12 de diciembre de 1942.

Cuarto. Que al aparecer como concluyentes los razonamientos anteriores para comprobar que el Tribunal de instancia ha procedido con acierto al estimar la demanda, resulta manifiesto que, aun admitiendo la oportunidad de aplicación al caso de las normas legales que señalan y cuya infracción acusan los motivos segundo y tercero, no pueden éstos ser acogidos, en virtud de reiterada doctrina, según la cual "no cabe estimar los motivos de casación que atacan el fundamento de una sentencia si no afectan a su subsistencia por apoyarse la misma en otros esenciales que por sí solos bastan para mantener su eficacia".

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 ENERO 1949

Procesal—medios de prueba—documentos privados—valor probatorio en cuanto a la fecha—documentos auténticos.

Desprovistos los documentos privados del valor probatorio que el artículo 1.218 del Código civil asigna a los documentos públicos en cuanto al hecho y tiempo de su otorgamiento por la autenticidad que les presta el funcionario autorizante, la certeza de su fecha es combatible por otros medios de prueba, y habiendo sido objeto de discusión decisiva para lo resuelto en el litigio, la del documento privado fundamental de la acción de los demandantes, no puede éste merecer el concepto de auténtico exigido para el efecto de la casación ni admitirse que, según la parte recurrente aduce, al afirmar la Sala de instancia que el préstamo se hizo en fecha distinta de la expresada en el documento infringió los preceptos relativos a la valoración de los de su clase, porque tanto valdría el entenderlo así como fijar la inadmisibile doctrina de que lo manifestado y hecho constar en los contratos escritos es de aceptación obligada para los juzgadores aunque sobre su realidad y exactitud se haya controvertido en el juicio.

Procesal—medios de prueba—testifical—valoración crítica en casación—inhabilidad y tacha de testigos—testigo único.

Aunque la doctrina establecida por una reiteradísima jurisprudencia que atribuye a la exclusiva apreciación de los Tribunales de instancia la de la prueba testifical e impide que en casación se contradiga aquélla mediante el examen y valoración crítica de lo declarado por los testigos para la formación de un juicio contrario al del juzgador "a quo", no se opone a que asista a esta Sala la facultad de examinar la existencia de tal medio de prueba y a que sin adentrarse a analizar su resultancia conjunta estime la falta de base para que haya derivado la Sala sentenciadora con arreglo a una sana crítica sus apreciaciones, como acontecería cuando todos los testigos examinados fueran inhábiles para serlo, esta excepcional circunstancia no se da en el proceso al que se concreta la presente Resolución porque sólo son dos los testigos, el hijo y el yerno

de la demandada, los inhábiles por disposición de la ley para declarar en el pleito, sin que quepa tener por interés directo el del que como apoderado de aquélla firmó con la misma el documento, siendo tres de los otros cuatro solamente tachables por razón de su parentesco, a pesar de lo cual, atendiendo a las circunstancias que en ellos concurrían, estimó la Sala sentenciadora su veracidad, como le era lícito hacerlo, y formó su convencimiento y apreciación aún sobre el dicho de un solo testigo, conforme tiene declarado una jurisprudencia reiterada; por lo que no incurrió en infracción de los artículos que el motivo cita.

SENTENCIA 7 ENERO 1949

Civil—partición de herencia por los herederos— su carácter contractual— nulidad y rescisión.

El artículo 1.058 C. c. contiene una amplísima facultad para los herederos mayores de edad para realizar la partición, pues tal operación, mediante el concurso de sus voluntades, tiene el carácter de contrato, en el cual, según el artículo 1.255 C. c., pueden establecer válidamente cuantos pactos, cesiones o transacciones tengan por convenientes para la liquidación, valoración y distribución de los bienes, y del cual nace obligación para los otorgantes, y por ello sólo puede ser anulado o rescindido si se dan las circunstancias reguladas por los artículos 1.300 a 1.314 C. c., o la lesión a que se refiere el artículo 1.074 del mismo.

Procesal—acción de nulidad de un contrato—legitimación pasiva.

Tratándose de la nulidad de un contrato, la demanda debe dirigirse contra todos los que intervinieron en el mismo.

ANTECEDENTES.—A., en nombre propio y en el de su hija menor B., únicas herederas de su esposo y padre, C., fallecido, presentó demanda contra D., madre de C., solicitando la nulidad de la liquidación de la sociedad conyugal de D. con su esposo E., fallecido, la rescisión de la partición de los bienes de éste, y, subsidiariamente, la rectificación de dicha partición. A. se basaba en que se habían considerado gananciales determinados bienes adquiridos por herencia por E. La partición se había hecho interviniendo C. y siendo mayores o emancipados todos los herederos, y la refundición en la masa de gananciales de determinados bienes se debía a que D. había donado a sus hijos la nuda propiedad del tercio libre, que le correspondía según el testamento de E. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda, y A. interpuso recurso de casación, fundado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO.—Unico. Interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.058 C. c.; este artículo no autoriza para alterar la cualidad de los bienes de la sociedad conyugal.

CONSIDERANDO.—Unico. La impugnación que hace el recurrente a la sentencia recurrida está fundada en un único motivo, con apoyo en el mé-

mero 1.º del artículo 1.692 L. E. C., y tiene como base de su argumentación la interpretación que, a su juicio, debe darse al artículo 1.058 C. c., contrapuesta al criterio que ha servido al juzgador de instancia para fundamentar su resolución; pero al formular su razonamiento en aquel sentido, olvida sin duda el recurrente que tanto la doctrina legal como la científica han estimado que el aludido precepto contiene una amplísima facultad para los herederos mayores de edad que por sí mismos o por Contador designado por ellos efectúan la partición de los bienes que constituyen la herencia, pues tal operación, mediante el concierto de sus voluntades, tiene el carácter de contrato, en el cual, en virtud de lo que previene el artículo 1.255 C. c., pueden establecer válidamente quienes lo otorgan cuantos pactos, cesiones o transacciones tengan por conveniente para la liquidación, valoración y distribución de los aludidos bienes hereditarios, y del cual nace obligación para los otorgantes, por imperio de la unánime conformidad requerida y por lo mismo la nulidad o rescisión de lo así convenido sólo pueden acusarse por concurrir las circunstancias reguladas por los artículos 1.300 a 1.314 del Código o por la lesión de cuarta parte a que se refiere el artículo 1.074 del mismo Cuerpo legal, y como en el caso presente la conformidad prestada por el marido de la recurrente, mayor de edad, ha de considerarse eficaz por no aparecer viciada por ninguna la de las causas a que aluden los artículos primeramente citados, y tampoco se ha justificado la lesión económica que contempla el 1.074, es incuestionable la improcedencia del motivo alegado, que, por tanto, debe ser desestimado en el recurso, aparte de que en todo caso la sentencia recurrida habría de subsistir por hallarse también sustentada por el fundamento, no combatido en el recurso, de que, tratándose de la nulidad de un contrato, es doctrina jurisprudencial que la demanda debe dirigirse contra todos los que intervinieron en el mismo, para evitar que pudieran ser condenados quienes no hayan sido oídos, principio de Derecho reiteradamente sancionado en nuestra ordenación jurídica procesal.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 ENERO 1949

Civil—obligaciones artículo 1.124—relación de las peticiones que autoriza.

Pueden hacerse en forma alternativa o subsidiaria.

Civil—obligaciones artículo 1.124—cumplimiento en casos especiales.

No incumple su obligación el vendedor que transmite la finca a un tercero para que éste a su vez la traspase al comprador a fin de inmatricularla.

Civil—derechos reales—posesión y registro.

La presunción de posesión del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y la posesión material y efectiva de otro sujeto distinto del titular registral no son incompatibles.

Procesal—prueba: de la posesión.

La escritura de venta y la inscripción no bastan para justificar la posesión de hecho de una finca.

Procesal—prueba—documento público—relación con el total de la prueba.

Los Tribunales pueden apreciar que la escritura de venta no tuvo más carácter que el de un simple trámite para originar una titulación inscribible.

Procesal—casación—congruencia.

No pueden deducirse pretensiones nuevas en casación sin ninguna relación con las que constituían el objeto principal del pleito.

ANTECEDENTES.—El demandante vendió al demandado una finca en documento privado por no tener titulación inscribible, obligándose a proporcionársela y difiriendo el pago del precio hasta el otorgamiento de la escritura pública inscribible. Con aquel fin el demandante otorgó escritura de venta a favor de un tercero para que éste se la transmitiese al demandado y la pudiera inscribir a su nombre. Sin embargo, el comprador se negó a ello. Interpuesta demanda por el vendedor, el Juzgado condenó al demandado a otorgar la escritura de compra en un plazo que se le señalaba y subsidiariamente al resarcimiento de daños y perjuicios. La Audiencia confirmó el fallo del Juzgado y se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Interpretación errónea del artículo 1.124, pues este no autoriza las peticiones subsidiarias, sino que obliga a escoger a la parte perjudicada y la resolución se puede pedir después de optar por el cumplimiento sólo cuando este devenga imposible.

Segundo. En relación con el anterior, error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, resultante el primero de documentos auténticos, e infringiéndose en el segundo el canon de la prueba contenido en el artículo 1.218, pues la escritura de venta a favor del tercero interpuesto prueba que el vendedor incumplió su obligación al no transmitir al comprador del documento privado, sino a otro, y no cabe decir que ello se hizo necesariamente con fines inmatriculatorios, pues podrían haberse utilizado otros medios para llevar la finca al Registro.

Tercero. Violación de los artículos 8.º, 24 y 41 de la Ley Hipotecaria.

Cuarto. Infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el 548.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que declarado por la Sala sentenciadora que el demandante cumplió la obligación que le imponía el contrato consignado en el documento privado de 3 de octubre de 1941 de obtener la titulación necesaria para inscribir la finca vendida en el Registro de la Propiedad y que fué el demandado quien impidió con su actitud el otorgamiento de la correspondiente escritura de venta, tales afirmaciones de hecho no pueden ser impugnadas más que demostrando conforme al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil que la Sala al hacerlo ha incurrido en error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas, lo que no ha justificado el recurrente, en cuanto la Sala no es que haya desconocido el valor probatorio que tiene conforme al artículo 1.218 del Código civil la escritura de venta otorgada por el demandante al tercero interpuesto y su inscripción en el Registro de la Propiedad, ni cometido, por lo tanto, el error de derecho que se le atribuye, sino que lo que ha hecho ha sido considerar el contenido de tales documentos, no aisladamente ni desligado del resto de la prueba practicada, como hace el recurrente, sino en relación con el conjunto que la misma ofrece para llegar a la conclusión de que el demandante cumplió el contrato, que lo incumplió el demandado, y este juicio dado por el Tribunal en virtud del conjunto de la prueba no puede ser impugnado por el resultado aislado de alguno de los elementos que la integran, por lo que tampoco es de estimar el error de hecho que denuncia el recurrente, y partiendo de tales declaraciones hechas por la Sala y no impugnadas eficazmente, la aplicación del artículo 1.124 del Código civil, al reconocer al demandante como perjudicado el derecho a pedir el cumplimiento y, en su defecto, la resolución de la obligación, resulta debidamente hecha por el Tribunal *a quo*, debiendo desestimarse por todo lo expuesto el segundo motivo del recurso.

Segundo. Que respecto a la mencionada dehesa del C. y A. la sentencia recurrida declara que del conjunto y apreciación de lo actuado aparece evidente en los autos que el demandado entró a consecuencia de su adquisición en posesión efectiva de la totalidad de la finca, o sea, tal como consta limitada por sus linderos registrales y, por lo tanto, de la cabida inscrita y de la no inscrita, constituida esta última por sesenta y cinco hectáreas, setenta y cuatro áreas y noventa y cuatro centiáreas, a las que se contraía el documento privado de 3 de octubre de 1941, declaración de hecho de la Sala sentenciadora que solamente puede ser impugnada al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y aunque el recurrente lo intenta alegando que las escrituras de compraventa e inscripciones registrales que cita en el tercer activo del recurso demuestran que la posesión de dicha finca la tiene el actor, y, por lo tanto, no le pueden ser devueltas por el demandado, según exige el fallo, es lo cierto que tales escrituras e inscripciones solamente podrían acreditar la transmisión de la propiedad de la finca y la presunción de la posesión de la misma a favor del titular inscrito, conforme al artículo 41 de la anterior Ley Hipotecaria y 38 de la vigente, pero lo que no puede justificarse por tales documentos es la posesión de hecho de la finca, la cual, no obstante el título y la inscripción en favor de un titular deter-

minado puede ser material y efectivamente poseída por otro, que es lo que la sentencia afirma, y por ello no pueden ser estimados ni el error de hecho en la apreciación de la prueba, que el recurrente invoca fundado en el contenido de dichos documentos, ni el de derecho, que funda en la infracción del artículo 1.218 del Código civil, ni pueden considerarse infringidos por violación los artículos 8.º, 24 y 41 de la Ley Hipotecaria, por lo que procede desestimar también el tercer motivo del recurso.

Tercero. Que el cuarto motivo, amparado por los números primero, segundo y tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se funda en la infracción por violación del artículo 359 en relación con el 548 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque la sentencia recurrida condena al demandado a pagar al actor la cantidad de 3.000 pesetas por los intereses del préstamo hipotecario a que la sentencia alude y 1.958,65 pesetas por los gastos de cancelación, cantidades ambas que se dicen suplidas por el actor, y como en el apartado segundo de la súplica de la demanda el demandante sólo pidió el abono de 1.220,60 pesetas por la mitad de los honorarios periciales de medición de la dehesa, entiende el recurrente que dicha sentencia, al imponerle el pago de las otras dos citadas cantidades reclamadas por el actor en la réplica, incurre en incongruencia y otorga más de lo pedido, con infracción de los artículos mencionados, infracción que procede declarar cometida en cuanto en la demanda solicitó el actor únicamente el pago de las 1.220,60 pesetas, por el concepto que ha quedado expresado, y como el demandado al contestar la reconviniere por mayor cantidad y le reclamara la diferencia que resultaba a su favor, el demandante, al contestar en la réplica a tal pretensión, formuló a su vez una liquidación contra el demandado que comprendía varios conceptos, algunos de los cuales, como los relativos al pago de intereses y cancelación del préstamo hipotecario antes aludidos, fueron estimados por la sentencia recurrida, con cuya pretensión resulta evidente que el demandante no se limitaba a ampliar, adicionar o modificar las peticiones de la demanda, conforme autoriza el apartado segundo del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sino que deducía una pretensión nueva sin ninguna relación con las que constituían el objeto principal del pleito, es decir, que en realidad intentaba una reconvencción, pues tal carácter tiene la solicitud de que se compensen unas deudas con otras y la reclamación del saldo resultante, lo cual no cabe procesalmente, ya que la reconvencción únicamente puede alegarse por el demandado al contestar a la demanda por virtud de lo dispuesto en los artículos 542 y 543 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y como la sentencia recurrida al condenar al demandado al pago de las cantidades antes expresadas estima una pretensión del actor que no fué deducida en la demanda, único momento oportuno para ello, dado el carácter de tal pretensión incurre en la incongruencia denunciada por el recurrente e infringe el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que procede estimar el cuarto motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar, excepto en cuanto al cuarto motivo.

SENTENCIA 13 ENERO 1949

Procesal—competencia—reglas para su determinación.

Según jurisprudencia, procede aplicar la regla primera, párrafo segundo del artículo 62 de la Ley procesal si las acciones ejercitadas dan lugar a los motivos determinantes de su acumulación con arreglo al artículo 161 de la misma Ley.

SENTENCIA 15 ENERO 1949

Procesal—recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma—fundamento incongruente.

Es incongruente la alegación, como causa que ampara un recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma, del número 3.º del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Procesal—recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma—formalidades esenciales—diligencias para mejor proveer.

Las diligencias para mejor proveer no son formalidades esenciales del juicio, a efectos del recurso de injusticia notoria, puesto que su práctica es facultad exclusiva del Juez.

Procesal—recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma—no admisión de una prueba.

Carece de fundamento el recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma si se alega indefensión por no admisión de una prueba sobre hecho al que no se refieren ni la demanda, ni la contestación, ni las sentencias de ambas instancias.

SENTENCIA 15 ENERO 1949

Vid. la sección "Sentencias anotadas", en este mismo Fascículo, página 273.

SENTENCIA 28 ENERO 1949

Procesal—pruebas—casación—relación con la valoración de la instancia.

Considerando que la técnica de la casación, en la que el interés privado de quien la promueve ocupa un lugar secundario al que no tiene acceso para discutir libremente en orden a los hechos y cuestiones que ya de

este modo lo fueron en las instancias del juicio, limita los medios de que los recurrentes pueden valerse para combatir las afirmaciones deducidas en la sentencia recurrida de las pruebas practicadas, no consintiendo que las censuren, contradigan o valoren más que oponiendo a la apreciación de la Sala sentenciadora un documento o acto auténticamente demostrativos por sí mismos de que fué equivocada, o un precepto legal que evidencie que se había concedido a la prueba que la sirviera de base valoración distinta de la que por aquél le estaba asignada, y bien ha de entenderse que estas dos clases de error sólo podrán producir la casación cuando afecten al fallo combatido de manera tan influyente en todos o en algunos de los pronunciamientos que contenga que estos tengan en él su causa o razón única.

SENTENCIA 2 FEBRERO 1949

Procesal—casación—su improcedencia si el nuevo fallo ha de coincidir con el recurrido.

En los recursos de casación por infracción de ley entablados por las partes litigantes, cualesquiera que sean los motivos en que se funden, no debe ser casada la sentencia cuando la que había de dictarse en segundo término tendría que coincidir en su fallo con la recurrida, aunque fueran distintos sus fundamentos.

Civil—retracto—en caso de transmisiones sucesivas de la finca.

La naturaleza propia del retracto, claramente fijada por los artículos 1.511 y 1.521 del Código civil, hace preciso que, como consecuencia de su ejercicio, se otorgue la escritura de venta al retrayente y se le entregue la finca por quien la tenga en su poder, y para ello debe dirigirse contra éste la acción de retracto aunque haya habido varias transmisiones sucesivas dentro del plazo en que tal acción ha de ejercitarse.

ANTECEDENTES.—A. vendió a B. una finca con la que lindaban otras de C. y D., esta última de menor cabida que la de C. Este requirió notarialmente a A. y a B. para conocer los pormenores de la venta, sin resultado en cuanto a B. Demandó luego de conciliación a E., el cual declaró haber vendido la finca a D., por ser colindante preferente y haber ejercitado el retracto. Al día siguiente, B. y D. celebraron el oportuno contrato de compraventa. C. presentó demanda contra ambos, solicitando el retracto respecto de B., y la nulidad, anulación o rescisión, alternativamente, de la compraventa entre B. y D., con la consiguiente devolución de la finca a B. El Juzgado estimó la excepción dilatoria formulada de defecto legal en el modo de proponer la demanda. La Audiencia desestimó tal excepción y absolvió a los demandados. C. interpuso recurso de casación fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción de los artículos 1.227 del Código civil, 479 de la L. E. C. y 1.973, en relación con el 1.947, del Código civil.

Segundo. Infracción del artículo 1.521 del Código civil, en relación con el número 2.º, párrafo primero, del artículo 37 de la L. H. reformada y doctrina legal: se desconoce el carácter real del retracto al considerarlo detenido ante una ulterior transmisión.

Tercero. Aplicación indebida del párrafo último del artículo 1.523 del Código civil e infracción de doctrina legal: no cabe considerar ejercitado el retracto si no se hace ante los Tribunales.

CONSIDERANDOS.—Primero. Es reiterada la doctrina de esta Sala de que en los recursos de casación por infracción de ley entablados por las partes litigantes, cualesquiera que sean los motivos en que se fundan, no debe ser casada la sentencia cuando la que había de dictarse en segundo término tendría que coincidir en su fallo con la recurrida, aunque fueran distintos sus fundamentos.

Segundo. La naturaleza propia del retracto, claramente fijada en los artículos 1.511 y 1.521 del Código civil, hace preciso que, como consecuencia de su ejercicio, se otorgue la escritura de venta al retrayente y se le entregue la finca por quien la tenga en su poder, y para ello debe dirigirse contra éste la acción de retracto, aunque haya habido varias transmisiones sucesivas dentro del plazo en que tal acción ha de ejercitarse, si bien debe dirigirse, en caso de multiplicidad de transmisiones, contra los que adquirieron la finca después de la transmisión que da origen al retracto, como han entendido las sentencias de 10 de mayo de 1904, 8 de junio de 1906 y 13 de marzo de 1912, hasta el punto de que la sentencia de este Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1905 declara que infringe el artículo 1.521 del Código civil la Audiencia que, en el caso de haber varios compradores sucesivos, condena al primero de ellos a que reciba el precio del retrayente y le entregue la finca.

Tercero. No se ajusta a esta doctrina el demandante y recurrente en este pleito al dirigir la acción de retracto únicamente contra el primer adquirente, y ventedor después, de la finca en cuestión, como aparece de la súplica de la demanda posterior a la segunda enajenación, en la que pide que se condene a ese demandado a que le otorgue la escritura de venta de la finca y reciba su precio y demás gastos, pues la que se ejercita contra el otro demandado no es la misma acción de retracto, sino de nulidad y rescisión al pedir en la demanda que se declare nulo o anulable o rescindible, alternativa y sucesivamente, la venta a éste y que se le condene a que devuelva la finca, no al demandante, sino al primer comprador, desaprovechando con esto la acción de retracto contra el segundo que, según la mencionada sentencia de 13 de marzo de 1912, es el único medio de obtener en estos casos la rescisión de las transmisiones sucesivas, por lo que no puede prosperar la demanda.

FALLO.—No ha lugar.

AUTO 5 FEBRERO 1949

Procesal—casación—contra resolución de incidente en ejecución de sentencia.

Es inadmisibile el recurso contra la resolución recaída en un incidente suscitado al solicitar la ejecución de una sentencia si los motivos en que se apoya no aluden a los dos únicos supuestos que autoriza el artículo 1.695 de la L. E. C.

Procesal—casación—resolución definitiva.

No ostenta el carácter de definitiva la resolución que contiene en los propios términos de su pronunciamiento la posibilidad de que los litigantes, si les conviniere, planteen otro pleito sobre el mismo objeto mediante la utilización del juicio declarativo ordinario pertinente.

SENTENCIA 8 FEBRERO 1949

Procesal—casación—infracción de ley—motivos: error en la apreciación de la prueba.

Cuando no se señala ningún documento o acto auténtico que pueda servir para demostrar la evidente equivocación del juzgador, ni se cita precepto legal sobre valoración de prueba con carácter de fehaciente que haya podido ser infringido, es causa de desestimación del recurso promovido por error de derecho en la apreciación de la prueba, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la L. E. C.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que ejercitada en estos autos la acción reivindicatoria de unas acciones de la Sociedad anónima "La Veneciana", con apoyo en un resguardo provisional de las acciones que lleva al dorso la declaración de transferencia de las mismas al demandante, y en otro documento por virtud del cual el hijo del titular de dicho resguardo reconoce en favor del actor la propiedad de las acciones, la Sala sentenciadora, en apreciación de múltiples elementos probatorios, estimó que, si bien son auténticas las firmas que autorizan la transferencia y el reconocimiento de propiedad en favor del demandante, el texto de estos actos de disposición que precede a las firmas indubitadas no responde a una declaración real y verdadera de transmisión y reconocimiento de dominio, pues variados elementos de juicio que ofrece la prueba de los hechos coetáneos y posteriores ponen de manifiesto que los primitivos titulares y después sus herederos han vendido poseyendo las acciones y realizando los actos dominicales de asistencia a juntas generales y cobro de dividendos, de buena fe, quieta y pacíficamente, desde 1925 hasta 1942 en que el actor reclamó a los hoy demandados las acciones en litigio.

Segundo. Que esta posición *de facto* de la sentencia de instancia no es impugnada debidamente en el recurso, porque si bien en seis de sus ocho motivos se denuncian errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, no se señala ningún documento o acto auténtico que pudiera servir para demostrar la evidente equivocación del juzgador, ni se cita precepto legal sobre valoración de prueba con carácter de fehaciente que haya podido ser infringido, para que los errores de hecho y de derecho, respectivamente, pudieran ser acogidos en casación por el cauce estrecho del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, quedando reducida la impugnación del recurrente en la esfera de los hechos procesales a la mera alegación de que existía válida transferencia y reconocimiento de la propiedad de las acciones a su favor y al examen crítico de la apreciación de pruebas por el Tribunal *a quo* para llegar a la conclusión de que ni los demandados ni sus causantes han podido poseer las acciones cuando lo que precisaba demostrar y no se demuestra en la forma auténtica referida es que la transferencia de acciones fué real y verdadera, que el actor entró en la posesión de las mismas y en ella se mantuvo, sin que los demandados y sus causantes las hubieran tenido en concepto de dueños durante el largo período de tiempo que la sentencia recurrida da por probado.

Tercero. Que al quedar firmes en casación los hechos procesales que la Sala sentenciadora declara probados, es notoria la procedencia del fallo absolutorio pronunciado, tanto porque no existe el título de dominio invocado en la demanda—requisito esencial de la acción reivindicatoria ejercitada—como porque en quien radica el dominio por prescripción adquisitiva, regulada en el artículo 1.955 del Código civil, en relación con el 943 del Código de Comercio, es en los demandados, y, en consecuencia, por falta de apoyo en hechos procesalmente ciertos, es desestimable la alegación que repetidamente se hace de sendos preceptos legales y la doctrina jurisprudencial que se citan como infringidos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 FEBRERO 1949

Civil—contratos—arrendamiento de servicios médicos—comienzo de prescripción—influencia de la forma de retribución.

Los servicios de un médico de los llamados de cabecera, que es el que asiste con carácter de continuidad a un enfermo, no pueden estimarse dejados o abandonados después de cada visita.

El carácter de continuidad no varía por la forma de su retribución, ya se fije ésta por períodos de tiempo, por visitas, número de las personas que componen la familia, servicios o con relación a cualquier otro módulo.

Procesal—medios de prueba—testifical—casos comprendidos en el artículo 1.248.

La forma escrita no es la que de ordinario suele emplearse para contratar los servicios médicos.

Procesal—medios de prueba—documentos privados—cartas—interpretación de sus términos.

Los términos de cortesía y de delicadeza, no imperativos, empleados en la reclamación no suponen que ésta carezca de base jurídica.

Las cartas deben entenderse en el sentido de su contenido en relación con las demás pruebas del pleito.

ANTECEDENTES.—El demandante, con el carácter de médico de cabecera, prestó sus servicios a la demandada y a su difunto marido durante un plazo de diez años, dirigiendo el tratamiento de sus respectivas enfermedades crónicas, acompañándolos en sus visitas a otros médicos especialistas, etc. Durante esos años se engendró entre ellos, además de la relación profesional otra de amistad íntima, que se puso de manifiesto en una serie de gestiones profesionales que el médico realizó a favor de sus amigos clientes. Andando el tiempo, aquél reclamó a la viuda el reconocimiento y pago de sus servicios como médico, que le fueron negados alegando que no habían tenido carácter profesional y que ya le habían sido reconocidos como favores particulares en el terreno de la amistad y de las relaciones sociales. A raíz de esta negativa terminaron su amistad y sus servicios y el médico interpuso, antes de transcurrir tres años de este evento, demanda contra la viuda como cliente y a la vez heredera de su difunto marido, y en ella se fijaba el importe de sus honorarios por visitas diarias y gastos y perjuicios en los viajes de acompañamiento. El Juzgado desestimó la excepción de prescripción alegada por la parte demandada, pero también la misma demanda, absolviendo, pues, a ésta. La Audiencia revocó la formulada por el Juzgado, y, desestimando también la excepción de prescripción, declaró haber lugar en parte a la demanda.

Se interpuso recurso, alegando como

MOTIVOS.—1.º Violación e interpretación errónea del artículo 1.967 del Código civil en su número 2.º y último párrafo, pues la prescripción debe entenderse que comienza después de cada una de las visitas. Error de derecho en la apreciación de la prueba por infracción del artículo 565 de la L. E. C.

2.º Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba resultante del primero de los documentos auténticos. En cuanto al segundo, se cubre la exigencia de citar el principio de prueba infringido por invocación de los artículos 1.214, 1.248, 1.225 y 1.249 del Código civil y 659 de la L. E. C.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que los servicios de un médico de los llamados “de cabecera”, que es el que asiste con carácter de continuidad a un enfermo o a una familia, no pueden estimarse dejados o abandonados después de cada visita o consulta, ni tal puede ser la intención del médico ni de los enfermos al contratar tales servicios, sino que, por el contrario, por esa continuidad característica de los mismos, el enfermo puede requerir al médico y éste debe atender al requerimiento para

acudir a su asistencia, en cualquier momento: de día o de noche; en días laborables o festivos, estando el médico de cabecera, pudiera decirse, de guardia permanente, no sólo durante la enfermedad, sino hasta en los períodos de salud, porque en cualquier momento ésta puede faltar.

Segundo. Que la nota característica de continuidad corresponde a los servicios de que se trata, como se ha visto, por su propia naturaleza, que no varía por la forma de su retribución, ya se fije ésta por períodos de tiempo, por visitas, número de las personas que componen la familia, servicios, o con relación a cualquier módulo.

Tercero. Que, en tal supuesto, esos servicios sólo pueden estimarse dejados por decisión tácita o expresa del que los presta o del que los recibe o por acuerdo de ambos, y como los últimos prestados por el demandante al matrimonio demandado, según afirmación de la sentencia recurrida, lo fueron en el mes de junio de 1941, y la demanda se presentó en noviembre de 1943, sin transcurrir tres años desde que dejaron de prestarse, en dicha sentencia se interpretó con acierto el artículo 1.947 para estimar la excepción alegada, y, en consecuencia, es improcedente el recurso por su primer motivo.

Cuarto. Que el error de derecho alegado como motivo del recurso se funda en supuesta infracción de los artículos 1.214 del Código civil, cuando la sentencia recurrida funda su resolución en el resultado de la prueba proporcionada por el actor, analizada con detalle en dicha sentencia; 1.248 del mismo Código, que no es aplicable al caso de autos, pues se refiere a la resolución de negocios en que *de ordinario suelen* intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito, que no es la forma en que *de ordinario suelen* contratarse los servicios médicos, siendo generalmente solicitados verbalmente y aun por teléfono, donde se dispone de tal medio de comunicación; 1.225, por estimar que el actor no reclamó a la demandada con exigencia imperativa lo que estimaba le debía, sino como liberalidad, lo que depende, no de que deba o no la cantidad reclamada, sino de la cortesía y delicadeza del acreedor o de sus relaciones de orden social con el deudor; 1.249, por entender sin motivo lógico ni legal alguno que el acreedor no puede pedir el pago de parte de su deuda, sino que ha de reclamarla totalmente, y 659 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que se refiere a la apreciación hecha en la sentencia recurrida de la prueba testifical, apreciación contra la cual no se opone regla alguna de la sana crítica.

Quinto. Que de lo dicho en el párrafo anterior se desprende que las cartas con que se pretende demostrar el error de hecho, también alegado como motivo de casación, no demuestran equivocación evidente del juzgador si se interpretan no como pretende sin bastante fundamento el recurrente, sino en el sentido de su contenido en relación con las demás pruebas del pleito, de todo lo cual se ha de concluir la improcedencia del recurso por su segundo motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 FEBRERO 1949

Procesal—prueba—su valoración—principio “iusta allegata et probata”—diligencias para mejor proveer.

No se infringe el principio “iusta allegata et probata” por el hecho de traer a los autos, por diligencia para mejor proveer, y tomar en consideración en el fallo, una sentencia firme recaída sobre tema controvertido en el juicio, aunque tal sentencia haya sido pronunciada con posterioridad al planteamiento de la cuestión litigiosa en el pleito, ya que la facultad del artículo 340 L. E. C. está concedida al juzgador de instancia en cualquiera de sus grados, y a esta prueba para mejor proveer le concede la Ley igual posibilidad de valoración que a la producida a instancia de las partes.

Procesal—casación—motivos—error de derecho en la apreciación de la prueba.

Para que pueda prosperar la alegación de tal error es preciso fundarlo en la infracción de algún precepto legal sobre valoración, impuesta al juzgador, de algún medio de prueba fehaciente.

Civil—contratos—nulidad—restitución de las cosas objeto del contrato—en caso de incapacidad.

El enriquecimiento del incapacitado que, según el artículo 1.304 C. e., le obliga a restituir lo que hubiese recibido por razón de contrato nulo que se celebró, no se produce por la mera entrega de cantidad que se le haya hecho, sino por el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en satisfacción de sus necesidades, incumbiendo la prueba del enriquecimiento así entendido al contratante capaz, y no puede mitigarse el rigor de la referida doctrina si en los autos no hay antecedentes que permitan un trato jurídico distinto según que el contratante capaz haya obrado o no a sabiendas de la incapacidad de la otra parte contratante.

Civil—contratos—nulidad—restitución de frutos.

Lógicamente, se debe entender que el concepto frutos a que alude el artículo 1.303 C. e. es el de frutos líquidos, esto es, deducidos gastos de cultivo y recolección, ya que de otra suerte se produciría enriquecimiento injusto en favor del incapaz a costa de la otra parte contratante.

ANTECEDENTES.—A., que padecía esquizofrenia, habiendo sido por ello declarado inútil total para el servicio militar, vendió al médico que le asistía de una tuberculosis pulmonar varias fincas de su propiedad, declarando recibidas, en concepto de precio, cantidades inferiores, según su madre, demandante en este proceso, a las que en realidad recibió. Poco después falleció A. a consecuencia de la tuberculosis. En el Registro Civil

aparecía inscrito un niño como hijo legítimo de A. en su matrimonio con B. No obstante, la madre de A. obtuvo a su exclusivo favor declaración judicial de herederos abintestato, y con ella presentó demanda contra el médico solicitando la anulación de los contratos de compraventa citados. Presentó para ello certificados e informes de varios facultativos sobre la enfermedad mental de A. El demandado reconvinó pidiendo la nulidad de la declaración de herederos a favor de la madre de A., ya que existía un hijo legítimo de éste; y por ello la demandante carecía de legitimación activa. El Juez de Primera Instancia absolvió al demandado por estimar la falta de personalidad de la demandante. La Audiencia Territorial ordenó traer a los autos, por diligencia para mejor proveer, la sentencia del T. S., posterior a la apelada, en que se desestimaba el recurso de casación interpuesto por B. contra la sentencia que declaraba no ser hijo legítimo de A. el que como tal figuraba inscrito en el Registro Civil. En vista de ello, la Audiencia revocó la sentencia de primera instancia y anuló las compraventas citadas, ordenando que el demandado restituyese lo recibido, así como las rentas percibidas y por percibir hasta el cumplimiento de la sentencia, y sin que la demandante hubiese de restituir nada. El demandado interpuso recurso de casación fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción por interpretación errónea de los artículos 1.302, 661 y 1.257 del Código civil, y por violación los 930, 935 y 907 del Código civil, así como determinada doctrina legal: se consideró que la demandante estaba legitimada activamente, y ello en virtud de elementos no alegados, infringiéndose así el principio "iusta allezata et probata".

Segundo. Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, resultante el primero de los certificados de inutilidad militar, y el segundo, de infracción de las normas sobre los requisitos de la prueba pericial, ya que se dió tal valor a informes médicos anteriores a la incoación del proceso.

Tercero. Infracción por violación de los artículos 1.303 y 1.304 del Código civil: se justificó la entrega de ciertas cantidades a A. y no se ordena su restitución.

Cuarto. (*Ad cautelam*). Infracción del artículo 1.303 del Código civil: no se ordena, respecto a la restitución de rentas, la oportuna deducción de gastos.

CONSIDERANDOS 2.—Segundo. Bien se advierte que el primer motivo del recurso no puede prosperar, pues ha sido controvertido en este juicio, el tema de la falta de legitimación activa a causa de la existencia de un hijo del causante que la excluía de la sucesión, por lo que el fallo recurrido se ajusta a lo alegado y discutido en el pleito, y se ajusta también a lo probado, ya que no puede ponerse en duda la facultad que al juzgador de instancia en cualquiera de sus grados le concede el artículo 340 de la Ley procesal para traer a los autos cuantos documentos crea convenientes al efecto de esclarecer el derecho de los litigantes, ni cabe tampoco poner en duda que a esta prueba para mejor proveer le concede la Ley igual posibilidad de valoración que a la producida a instancia de las partes; resultando así, en definitiva, que de hecho y de derecho no

1. En la copia de los considerandos segundo y tercero se omiten aquellas partes de los mismos que son mera reproducción de antecedentes o de los motivos del recurso.

hay base alguna para decretar la nulidad del auto de declaración de herederos en favor de la demandante, y, por lo mismo, sigue ésta manteniendo viva la posición jurídica que la legítima para la pretensión de fondo agitada en el pleito, conclusión a la que se llegaría también con mayor claridad si se hubiera pedido y en su caso decretado la acumulación de los dos pleitos, ligados por el tema litigioso común de existencia o inexistencia del supuesto hijo del causante, como caso comprendido en el artículo 161, causa quinta, de la L. E. C., pues al ser decidido el tema común de los dos pleitos por una misma sentencia, ni se podría dividir la continencia de la causa, ni se daría base para el problema que ahora se ha planteado.

Tercero. Aun es más clara la desestimación del segundo motivo del recurso en el que se pretende apoyar el error de hecho denunciado en los términos de los mismos documentos que motivaron la exención de responsabilidad criminal y la inutilidad para el servicio militar, cuando lo cierto es que la sentencia recurrida recoge fielmente el contenido de tales documentos, carentes por lo mismo en casación de los requisitos que exige el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal para acreditar la tesis del recurrente, contraria a la de la Sala sentenciadora, y en cuanto al error de derecho denunciado, bastará decir, para su desestimación que no se cita en el recurso ningún precepto legal sobre valoración impuesta al juzgador de algún medio de prueba fehaciente que en la instancia haya sido infringido, como sería preciso, según jurisprudencia, para que pudiera prosperar la alegación del error, sin que, por otra parte, exista norma jurídica que impida a los Tribunales la declaración de incapacidad por el resultado de la prueba documental y de testigos, máxime si entre éstos figuran profesionales de la Medicina, que, si bien no han informado como peritos, tampoco había posibilidad de utilizar este cauce probatorio en su matiz más destacado de observación directa o reconocimiento previo a su dictamen, exigido por los artículos 626 y 627 de la L. E. C., ya que el presunto incapaz falleció antes de la incoación del proceso.

Cuarto. Que el artículo 1.304 del Código civil, con antecedentes en el antiguo privilegio de restitución "in integrum", acogido en las legislaciones romana y patria en favor de incapacitados, viene siendo interpretado por la doctrina jurisprudencial, de acuerdo con nutrida doctrina científica, en el sentido de que el enriquecimiento del incapacitado que le obliga a restituir lo que hubiese recibido por razón del contrato nulo que se celebró, no se produce por la mera entrega de cantidad que se le haya hecho, sino por el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en satisfacción de sus necesidades, incumbiendo la prueba del enriquecimiento así entendido al contratante capaz, como excepción de la norma general de reposición de las cosas al ser y estado que tenían antes del contrato, establecida en el artículo 1.303 del mismo Código, y aunque por méritos de equidad pudiera mitigarse el rigor de la referida doctrina regulando trato jurídico distinto para la restitución al contrayente capaz, según éste

haya obrado o no a sabiendas de la incapacidad de la otra parte contratante, no hay antecedentes en estos autos que permitan dicho trato jurídico distinto, por lo que, siguiendo la referida norma jurisprudencial y apreciado por la Sala de instancia, sin impugnación adecuada en el recurso, que las 60.000 pesetas recibidas por el contratante incaçaz no han producido aumento ni beneficio en su patrimonio por haberlas gastado en forma no útil ni prudente, procede desestimar también el tercer motivo del recurso por falta de justificación del enriquecimiento, que, en su caso, obligaría a restituir.

Quinto. El cuarto y último motivo del recurso es perfectamente viable y determinante de la casación en el particular a que se refiere, porque al disponer el fallo recurrido que el demandado contratante con capacidad de obrar debe devolver a la demandante, como heredera del contratante incapaz, las fincas que adquirió de éste por compraventa con los frutos producidos y por producir hasta que la devolución se efectúe, tomando por base para la liquidación de los frutos las declaraciones de cosecha que el comprador haya hecho a la oficina correspondiente, no ha dado correcta interpretación al artículo 1.303 del Código civil, pues lógicamente se debe entender que el concepto frutos a que este precepto alude es el de frutos líquidos, esto es, deducidos gastos de cultivo y recolección, ya que de otra suerte se produciría enriquecimiento injusto en favor del incapaz a costa de la otra parte contratante, razón por la cual lo procedente es que en ejecución de sentencia se lleve a efecto la devolución o abono de frutos a base de la declaración hecha de cosechas, y de cuantos otros elementos de juicio puedan ser llevados a los autos para fijar la cuantía de aquéllas y los gastos de producción, que habrán de deducirse.

FALLO.—Ha lugar por el cuarto motivo. El Tribunal Supremo dicta nueva sentencia, que reproduce la recurrida, pero ordenando la solicitada deducción de gastos.

SENTENCIA 10 FEBRERO 1949

Procesal—prueba—apreciación en casación—unidad orgánica de la prueba.

No cabe admitir en casación la eficacia de una prueba determinada cuando se aprecia en combinación con otras por el Tribunal sentenciador, como asimismo que no es lícito desarticular la unidad orgánica resultante de los diversos elementos probatorios tenidos en cuenta por el Tribunal "a quo" para fundar sobre alguno o algunos de los dichos elementos aislados la impugnación que se realice contra la resolución de que se recurre sin que estos dos principios procesales puedan entenderse que cierran el camino de modo absoluto a los recurrentes para combatir la valoración de las pruebas que, desde luego, está amparada por la soberanía de la Sala de instancia, a menos que en la apreciación hecha por

ésta apareciese de manera manifiesta la existencia de un vicio lógico que envilezca la conclusión deducida o se revele de manera evidente la equivocación del juzgador, supuestos ambos a que la Ley procesal atiende con su posibilidad de acusar los errores de hecho o de derecho cometidos por el Tribunal de instancia al enjuiciar las pruebas, si bien con los requisitos y cautelas que la doctrina jurisprudencial repetida y uniformemente viene exigiendo para la corrección de tan específicas y discutidas infracciones.

Procesal—medios de prueba—peritos y testigos—apreciación—impugnación en casación—utilización de parte de la prueba.

El amplio margen de que goza el juzgador en esta materia hace casi intangibles sus juicios en tanto no resulte de modo palpable que la apreciación realizada ha sido desorbitada del normal proceso de formación del criterio humano, deduciéndose de todo lo expuesto que el recurrente lo que hace es combatir la sentencia recurrida utilizando para ello parte solamente de la prueba realizada en el pleito, lo que no es lícito en casación cuando tal prueba está constituida por otros elementos y se valorizó conjuntamente por el Tribunal "a quo", y como, además, tampoco ha logrado demostrar que el referido Tribunal haya cometido las infracciones alegadas, es procedente desestimar el primer motivo del recurso y con él, asimismo, el tercero, que se ha formulado como complementario y para el caso de que fuese estimado aquél.

Procesal—medios de prueba—confesión—indivisibilidad—falta de superioridad sobre los demás medios.

Si bien es cierto que la confesión hace prueba contra su autor y proferida con juramento indecisorio al confesante sólo perjudica, también lo es que la confesión, en términos generales, no puede dividirse y que se quebrantaría su unidad si se adoptase uno de sus extremos y se rechazasen los demás referentes al mismo particular, y, además, la confesión judicial no es un medio de prueba superior a los demás, sino algo que ha de valorarse en combinación con las otras probanzas aducidas.

Procesal—"editio actionis"—subordinación de las pretensiones a la acción—discrepancia en las instancias respecto a la acción.

No tienen eficacia que pueda perjudicar el derecho del actor el que se manifieste en la demanda que se ejercita una u otra acción, porque tiene dicho la jurisprudencia de esta Sala que es más fuerte el derecho que ampara a los litigantes que el error en la acción que se invoca. Además, en el caso presente, las pretensiones formuladas en la súplica de la demanda por el actor no aparecen subordinadas a acción determinada, y si existe discrepancia entre el criterio del inferior y el que informa la resolución recurrida al apreciar la clase y especie de acción ejercitada

en el litigio, no puede apoyarse solamente en eso la impugnación de ésta, porque también es doctrina jurisprudencial que la apreciación de la acción ejercitada como cuestión jurídica es de la exclusiva incumbencia del juzgador, con arreglo a los hechos alegados y peticiones formuladas, por lo cual una vez manifiesta la declaración de la acción que se aprecia por el Tribunal a que lo interesante es comprobar si la resolución recaída en el asunto está en consonancia con la naturaleza de la acción atribuida y si ha sido lógicamente deducida la conclusión que el fallo refleja.

Procesal—acción declarativa—naturaleza.

No es incompatible con su naturaleza el pronunciamiento que condena a la entrega de la cosa como garantía imprescindible para la eficacia de la acción declarativa, porque no le hace perder su finalidad esencial.

SENTENCIA 11 FEBRERO 1949

Procesal—casación—afirmaciones de la Sala de instancia—interpretación de contrato.

Es ilícito en casación el que el recurrente, frente a la interpretación que la Sala de instancia hace de ciertas palabras de un contrato, pretenda sustituir el criterio del juzgador por el suyo, no aludiendo a los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, ni impugnando la prueba en que la Sala fundamentó su interpretación, no resultante de los elementos que contiene el propio contrato.

SENTENCIA 11 FEBRERO 1949

Procesal—arrendamientos urbanos—adaptación a las normas procesales de la nueva Ley—sentencia firme.

La disposición transitoria 16.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946 no puede ser de aplicación a los casos en que la sentencia recaída es firme y se ha iniciado su ejecución, procediendo continuar ésta con arreglo a los términos de la sentencia, sin más modificación que la relativa al plazo para desalojar la finca, que ha de ser el establecido en la disposición transitoria 14.^a de dicha Ley.

Procesal—recurso de reposición—su formulación y tramitación.

Es contrario a los artículos 377, 378 y 379 L. E. C. pedir que se reponga una providencia judicial al impugnar el recurso de reposición interpuesto por la parte contraria, y hay que estimar consentida tal providencia por la parte que no formuló y tramitó el recurso con arreglo a aquellos artículos.

SENTENCIA 14 FEBRERO 1949

Civil—carácter retroactivo de la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre Contratación en Zona roja.

Esta Ley se dictó para resolver los problemas suscitados por los actos y contratos que se celebraron en el territorio sometido a la dominación marxista, y siendo éste el fin perseguido por ella, resulta evidente que es esencialmente retroactiva.

Civil—Ley de Contratación en zona roja: interpretación del artículo 17, apartado segundo.

El haber residido el testador en zona nacional, el conocer la muerte de su heredero y el no modificar, a pesar de ello, su testamento, no autorizan a afirmar que no pueda aplicarse el citado precepto, porque en su texto no se hace alusión a dichas circunstancias ni cabe interpretarlo con tales limitaciones.

ANTECEDENTES.—A., como sucesor de B., presentó demanda exponiendo que C. había instituido heredero y legatario a B. por testamento otorgado el 18 de julio de 1935 en Archidona, y que B. había sido asesinado por los rojos el 24 de septiembre de 1936, falleciendo C. el 24 de mayo de 1939, siendo dividida su herencia entre los demás herederos, sin intervención de A., que solicitó que se determine si es aplicable al caso el artículo 17, párrafo segundo, de la Ley de 5 de noviembre de 1940 sobre Contratación en Zona roja, y que se declare, en su caso, que es heredero, y la nulidad de las operaciones particionales. La parte demandada hizo notar que C. tuvo conocimiento de la muerte de B. y que no modificó su testamento, a pesar de que, por ser aplicable en aquel entonces el Código civil, los sucesores de B. nada percibirían.

El Juez de primera instancia desestimó la demanda y, apelada, la confirmó la Audiencia Territorial. A. interpuso recurso de casación, basado en los siguientes:

MOTIVOS.—Primero. Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 27 de la Ley de 5 de noviembre de 1940 y de los artículos 1 y 3 del Código civil y 17 de la citada Ley, por inaplicación, así como de los artículos 1 y 2 de la Orden de 7 de julio de 1941, que interpretan dicho precepto legal, pues entiende la sentencia recurrida que deben aplicarse los preceptos del Código civil por no tener la Ley de 5 de noviembre de 1940 efectos retroactivos.

Segundo. Violación e interpretación errónea de la doctrina legal sobre los efectos retroactivos de las leyes; cita las decisiones en que se contiene.

Tercero. Violación, por inaplicación, del artículo 4 del Código civil, en relación con los artículos 661, 1.078 y 882 y 883, en relación éstos con el artículo 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, y 1 y 2 de la Orden de 7 de julio de 1941, y del 1.073, en relación con los 1.254, 1.261, 1.259, 1.310, 1.273 y 1.445, y de la doctrina legal sobre los mismos.

Cuarto. Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, citando al efecto varios casos en que era apreciable.

CONSIDERANDOS. Primero. Que aunque es un principio fundamental que la ley no dispone más que para el porvenir ni rige más actos que

aquellos que se producen con posterioridad a su promulgación, este principio no es absoluto, ni impide la existencia de leyes que se den en vista de situaciones pasadas, dada la anormalidad con que tales situaciones se han producido y la necesidad de determinar su alcance y sus efectos; tal es el caso de la Ley de 5 de noviembre de 1940, que se dictó para resolver los problemas suscitados por los actos y contratos que se celebrasen en el territorio sometido a la dominación marxista y a los que dicha Ley se refiere, y siendo éste el fin perseguido por ella, resulta evidente que es esencialmente retroactiva y no puede negársele tal carácter, como hace la Sala sentenciadora, porque el artículo 27 de la misma disponga que empezará a regir desde el día siguiente al de su publicación, porque este texto no tiene más alcance que suprimir el plazo llamado *vacatio legis*, durante el cual las leyes no entran en vigor, que es el de los veinte días siguientes a su promulgación, según el artículo 1.º del Código civil, y cuya aplicación se halla siempre subordinada a que las propias leyes no dispongan lo contrario.

Segundo. Que el artículo 17 de la citada Ley establece en su apartado segundo que las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado a algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, recobrarán su eficacia en favor de los hijos o nietos, herederos legítimos del premuerto, considerados a este efecto como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiese otorgado nuevo testamento válido en favor de tercera persona, y como B., instituido heredero y legatario por C., por su testamento de 18 de julio de 1935, pereció asesinado por los marxistas por su adhesión a la Causa Nacional, en Málaga, el 24 de septiembre de 1936, es decir, con anterioridad a la muerte de la expresada testadora, acaecida el 24 de mayo de 1939, sin que la misma hubiera otorgado nuevo testamento en favor de tercera persona, es visto que concurrieron las condiciones exigidas por el expresado texto legal para que las disposiciones testamentarias otorgadas por C. instituyendo heredero y legatario a B. recobrasen su eficacia en favor de su hijo y heredero el actor, como representante del mismo, sin que las circunstancias de haber residido la expresada testadora en territorio nacional desde la liberación de Archidona hasta su fallecimiento, el haber tenido conocimiento de la muerte de su citado heredero y legatario y el no haber modificado, no obstante ello, su testamento, autoricen para afirmar que el caso debatido no está comprendido en el apartado segundo del artículo 17 de la citada Ley, porque en su texto no se hace alusión a dichas circunstancias ni cabe interpretarlo con tales limitaciones.

Tercero. Que si por lo expuesto habría que estimar el recurso interpuesto por el actor por todos sus motivos y decretar la anulación del fallo en cuanto desconoce el derecho que declara a su favor el citado texto legal, no es posible llegar a tal conclusión, porque la Ley de 5 de noviembre de 1940, por su carácter excepcional, quiso evitar la excesiva prolongación de las situaciones de derecho en ella comprendidas, redu-

ciendo a un breve plazo su duración, según se hace constar en su parte expositiva, y por eso dispuso en su artículo 24 que las acciones de la misma derivadas sólo podrían ejercitarse dentro de los seis meses siguientes, a contar de la fecha de su publicación, plazo de caducidad que fué prorrogado por las Leyes de 5 de mayo, 31 de julio y 30 de diciembre de 1941, expirando el plazo concedido por esta última el 28 de febrero de 1942, y como la presentación de la demanda tuvo efecto entre el 13 de febrero de 1943, fecha del acto de conciliación, y el 12 de marzo siguiente, en que se dictó la providencia teniéndola por presentada, es evidente que el plazo concedido para el ejercicio de las acciones derivadas de dicha Ley había expirado cuando la demanda se presentó y caducado el derecho del actor, sin que a ello pueda obstar lo prevenido en el artículo 26 de la Ley repetida, que dispone que los preceptos de la misma no se oponen a la subsistencia de las acciones ordinarias derivadas del Derecho común, las que serán tramitadas con arreglo al mismo, sin que en tal caso pueda hacerse uso de las acciones a que se refiere la expresada Ley; pero como la acción ejercitada no deriva del derecho común que no reconoce a los actores el derecho que invocan, sino de la Ley de 5 de noviembre de 1940, es aplicable a tal acción el plazo de caducidad establecido en esta Ley y no pueden serlo los de prescripción señalados para las acciones ordinarias, por cuyas razones procede mantener el fallo objeto del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 14 FEBRERO 1949

Civil—renuncia de derechos: carácter renunciable de los que la Ley de Arrendamientos Urbanos otorga a los arrendatarios de locales de negocio.

Según lo establecido en el artículo 11 de dicha Ley, son todos renunciables, a excepción del de prórroga del arriendo.

Procesal—carga de la prueba.

Aquel que quiera hacer valer un derecho debe demostrar los hechos normalmente constitutivos del mismo, sin que pueda darse a la distribución del "onus probandi" una aplicación tan rígida que obstaculice el ámbito propio de la apreciación judicial de la prueba, impidiendo al Tribunal tener por existentes aquellas circunstancias que, por sí mismas, excluyan la acción, cuando resulten acreditadas por los documentos o pruebas aportados por cualquiera de los contratantes.

Procesal—presupuestos para el ejercicio de la acción: su falta.

No es necesario que se oponga como excepción cuando ni existe el carácter de medio autónomo de defensa, ni, consiguientemente, constituye

excepción en sentido propio, por ser sólo un elemento esencial para el nacimiento de la acción.

ANTECEDENTES.—En el contrato de arrendamiento de una finca urbana, para ser dedicada a residencia y colegio, se estableció, entre otras cláusulas, una que expresaba la posibilidad de alterar el alquiler durante la vigencia del contrato (que era de dos años), al finalizar dicho plazo o cua quiera de las sucesivas prórrogas, si alguno de los contratantes estimase que se había producido una notoria alteración de precios de arrendamientos urbanos, mediante la designación de amigables componedores que equitativamente resolvieran sobre la procedencia de la disminución o aumento del precio estipulado, y fijada en su caso una alteración del mismo, regiría el señalado en el laudo durante los dos años de la prórroga a que se refiriese; en ningún caso, y por mucho que fuera el tiempo de total duración del contrato de arrendamiento, las posibles y sucesivas alteraciones de precio podrán exceder ni ser inferiores al 25 por 100 del originariamente pactado. El arrendatario presentó demanda solicitando revisión de rentas, que fué concedida. Interpuesto recurso de injusticia notoria, el T. S. sienta la siguiente doctrina:

CONSIDERANDOS.—Primero. Que una de las cuestiones más fundamentales que el recurso plantea—al punto que de resultar favorable para el recurrente excluye el examen de las otras causas de revisión aducidas—consiste en determinar si, para desestimar la demanda, es o no indispensable que la parte demandada hubiera excepcionado la renuncia al beneficio de revisión estipulada en la cláusula del contrato de arrendamiento, o basta, a tal fin, con que la parte actora plantease el tema en la demanda y aparezca, del documento básico de la misma, acreditada aquélla.

Segundo. Que según lo estatuido en el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, todos los beneficios que ésta otorga a los arrendatarios de locales de negocio, salvo el de prórroga del arriendo, serán renunciables; y como quiera que de la simple lectura de la cláusula citada se infiere con claridad que las partes contratantes renunciaron a la revisión durante los dos años de duración del contrato, transcurridos los cuales, o en cualquiera de las prórrogas sucesivas, la renta sería revisable por amigables componedores, es obvia la licitud de tal renuncia conforme a lo dispuesto en el precepto precitado, en armonía con lo previsto en el artículo 4.º del C. c.

Tercero. Que es doctrina reiterada de esta Sala, entre otras sentencias, las de 3-VI-1935, 7-XI-1940, 30-I-1943 y 20-II-1943, que aquel que quiera hacer valer un derecho debe demostrar los hechos normalmente constitutivos del mismo, o sea, los necesarios para justificar la acción ejercitada, sin que pueda darse a la distribución del *onus probandi* una aplicación tan rígida que obstaculice el ámbito propio de la apreciación judicial de la prueba, impidiendo al Tribunal tener por existentes aquellas circunstancias que, por sí mismas, excluyan la acción, cuando resulten acreditadas por los documentos o pruebas aportados por cualquiera de los contendientes.

Cuarto. Que esto sentado, desde el momento en que la propia actora planteó, en la demanda, el problema relativo a la facultad de ejercitar la

acción revisoria de alquileres, por entender, que la cláusula no implicaba una renuncia de aquélla, es claro que si del documento en que se pretendía amparar el derecho de revisión, aparecía demostrada su inexistencia, por haberse renunciado al mismo en el instante de concertarse el arrendamiento, pudo y debió el Juez *a quo* declararlo inexistente y dictar una sentencia desestimatoria de la pretensión señalada, aunque el demandado no lo alegara o estuviera rebelde—sentencias de 2-I-1886, 16-III-1906 y 29-III-1922—, porque en tanto puede darse lugar a una demanda en cuanto sea justa y fundada, y se justifiquen por el actor, los elementos constitutivos de la relación jurídica a que aquélla se refiera; sin que obste a ello que la renuncia no se haya opuesto como excepción cuando, como aquí acontece, ni reviste el carácter de medio autónomo de defensa, ni, consiguientemente, constituye excepción en sentido propio, por ser sólo un elemento esencial para la existencia de la acción que, al faltar, impidió su nacimiento, sin posibilidad de dar vida a un derecho carente de existencia legal.

Quinto. Que al omitir el Juez todo pronunciamiento sobre extremo tan capital del pleito, aducido por la parte actora, y dar lugar a la revisión, incidió en injusticia notoria, por inaplicación de los artículos 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 4.º del C. c., en relación con la jurisprudencia citada.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 15 FEBRERO 1949

Procesal—recurso de injusticia notoria—motivos: incompetencia de jurisdicción.

Basta para desestimar el recurso, basado en esta causa, el tener en cuenta que el recurrente reconoce que el Juez no carecía de jurisdicción para actuar, y el hecho de que se sustanciase el proceso por los trámites del juicio ordinario de menor cuantía, en vez del verbal de desahucio, no puede servir de base a la incompetencia que se denuncia, por cuanto ésta debe tener como fundamento la carencia de jurisdicción y no la observancia de normas procesales inadecuadas, máxime cuando, como aquí acontece, eran éstas de mayor amplitud y garantías para los litigantes.

Procesal—litispendencia—sus efectos.

Siendo competente un Juez, según los preceptos sustantivos y procesales, en el momento de trabarse la litispendencia, no cabe luego sostener la competencia de otro, aplicando preceptos en ese momento inexistentes, sin desconocer sus efectos.

Civil—arrendamientos urbanos—aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946.

Si los hechos básicos de la acción tuvieron su origen antes de su vigencia y la litis quedó también iniciada con anterioridad a su publicación, el proceso debe decidirse conforme a la legislación de inquilinato vigente al tiempo en que aquélla se promovió.

ANTECEDENTES.—A. presentó demanda, exponiendo que el piso bajo de una casa que había adquirido estaba arrendado a una entidad bancaria, que lo utilizaba como almacén; que dicha entidad se disolvió por traspaso del negocio a otra entidad bancaria, y los sucesores de uno de los socios continuaban utilizándola, y solicitó que se declarase extinguido el contrato de arrendamiento y que ningún derecho tenían a ocuparlo los que entonces lo hacían, ni los demás causahabientes, herederos o socios de la referida entidad. Los demandantes contestaron señalando que no se había celebrado el contrato de arrendamiento con la entidad predicha, sino directamente con su causante (esposo y padre, respectivamente, de los demandados), que lo utilizaba para guardar enseres de propiedad privada, y no para usos comerciales, destino en el que continuaba; que se había seguido en este proceso el procedimiento del juicio de menor cuantía, que no era el procedente, y solicitaron que se desestimase la demanda. El 17 de octubre de 1947 dictó el Juez providencia en la que se ordenaba, visto el artículo 16 de las disposiciones transitorias de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que en el plazo de quince días acomodaran las partes sus pretensiones a las normas procesales en dicha ley establecidas. El fallo del Juez de primera instancia estimó la demanda, y declaró no haber lugar a la excepción de incompetencia aducida por los demandados. Estos interpusieron recurso de injusticia notoria, basado en los siguientes

MOTIVOS.—(Vid. Considerandos.)

CONSIDERANDOS.—Primero. Que fundado el primer motivo del recurso en incompetencia de jurisdicción, por razón de la materia, basta para desestimarlo tener en cuenta que el propio recurrente reconoce que el Juez que decidió el litigio no carecía de jurisdicción para actuar en el mismo, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo, letra f), apartado B) de la Base novena de la Ley de Justicia Municipal de 19 de julio de 1944; y, consiguientemente, si el Juez de primera instancia no incidió en abuso de poder, avocando para sí el conocimiento del asunto, que no era de su competencia, el hecho de que se sustanciase el proceso por los trámites del juicio ordinario de menor cuantía, en vez del verbal de desahucio establecido en el artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, no puede servir de base a la incompetencia que se denuncia, por cuanto ésta debe tener por fundamento la carencia de jurisdicción, y no la observancia de normas procesales inadecuadas; máxime cuando, como aquí acontece, eran éstas de mayor amplitud y garantías para los litigantes.

Segundo. Que, no obstante reconocerse, como dicho queda, la competencia del Juez de primera instancia, se pretende en el motivo segundo, con patente contradicción, negarse aquélla, fundándose en que, a partir del nuevo ordenamiento legal, debió considerarse el local litigioso como

vivienda, y someterse, por tanto, el conocimiento y resolución del proceso al Juez Municipal; sin tener en cuenta, al argumentar así, que entablada la demanda antes de la publicación de la nueva Ley, y al amparo de preceptos sustantivos y procesales a la sazón vigentes, conforme a los cuales le estaba atribuído el conocimiento del litigio al Juez de primera instancia, no cabe luego sostener la competencia del Juez Municipal a base de aplicar una legislación inexistente en el momento de trabarse la *litis pendencia*, a menos de desconocer los efectos de ésta, y dar lugar a una nulidad y reproducción de lo actuado, no autorizada por la Ley.

Tercero. Que atendidos los términos claros y precisos de la cuestión litigiosa, concretada a si los demandados carecían de derecho a disfrutar de los beneficios de la prórroga legal del arriendo, por tratarse de local destinado a fines mercantiles, y no ser ellos continuadores del negocio, o si, por el contrario, ostentaban derecho a tal disfrute por destinarse aquél a usos domésticos, y concurrir en los ocupantes los requisitos de parentesco exigidos por la Ley, como quiera que el Juez *a quo*, apreciando en conjunto la prueba, declaró que el local litigioso no estuvo nunca dedicado a vivienda, en el sentido estricto de la palabra, siendo, por el contrario, adecuado para depósito o almacén de efectos mercantiles, que es el destino que siempre tuvo como dependencia de la "Banca X", es obvio que al traspasar esta entidad sus derechos al Banco Z., ni pudieron ser continuadores del negocio los demandados, ni ostentar derecho a la prórroga; y al estimarlo así la sentencia recurrida, lejos de incidir en la injusticia notoria que se le atribuye aplica con recto criterio el artículo 3.º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 en que se apoyó la demanda y no incurrió en las infracciones de los preceptos de la nueva Ley que se citan en el motivo tercero, por cuanto los hechos básicos de la acción tuvieron su origen antes de la vigencia de aquélla, la *litis* quedó también iniciada con anterioridad a su publicación, y, consiguientemente, el proceso debía decidirse conforme a la legislación de inquilinato vigente al tiempo en que aquélla se promovió.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 FEBRERO 1949

Civil—desahucio por precario: sus requisitos.

Civil—hipotecario—derechos del titular inscrito: alcance del artículo 38 L. H.

Procesal—juicio de desahucio: cuestiones planteables en el mismo.

ANTECEDENTES.—A. adquirió una casa (e inscribió su derecho), en parte habitada por una Comunidad religiosa, en situación de precario, según el vendedor; habiendo solicitado el desalojo, el supuesto precarista contestó que era arrendatario, y que la casa en cuestión estaba afectada por la carga del derecho de posesión arrendaticia en virtud de un legado que a su favor había dispuesto persona de la cual el vendedor traía causa, y en

el que se disponía, entre otras cosas, que respecto a las habitaciones que ocupaba en la casa en cuestión debía pagar el alquiler correspondiente o, en otro caso, desocuparlas; presentó demanda solicitando que se reconociera su derecho y que se determinase judicialmente el alquiler que debía satisfacer. A. presentó demanda solicitando el desahucio por precario. El Juez de primera instancia la desestimó, y su fallo fué confirmado por la Audiencia Territorial. A. interpuso recurso de casación por infracción de ley, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la L. E. C., basado en el siguiente

MOTIVO.—Infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 1.564 y 1.565 de la L. E. C., también infringidos, pues se le niega la posibilidad de ejercicio de la acción de desahucio porque la comunidad antedicha “disfrutaba la finca en virtud de derecho que pretende tener en virtud del legado de referencia”, y con ello se desconocen los derechos que del precepto en primer lugar citado se derivan a su favor.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que el desahucio en precario, para ser eficaz en derecho, ha de apoyarse en dos fundamentos: de parte del actor, la posesión real de la finca a título de dueño, de usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarla, y por parte del demandado, la condición de precarista, es decir, según doctrina muy reiterada de la jurisprudencia de esta Sala, la ocupación del inmueble sin otro título que la mera tolerancia del dueño o poseedor, y si bien en este caso el Tribunal *a quo* reconoce en el actor la legitimación activa, o sea personalidad bastante para promover este juicio, extremo no recurrido, niega que la parte demandada tenga condición de precarista y afirma, por el contrario, que se encuentra en el disfrute de los locales en cuestión en virtud del derecho que pretende tener por el legado de referencia y no por mera tolerancia del actor, no estando, por tanto, en el caso del número 3.º del artículo 1.565 de la Ley Procesal.

Tercero. Que el recurso alega infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que establece que, 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, pretendiendo que tal precepto garantiza el éxito de la acción de desahucio entablada y determina la aplicación de los artículos 1.564 y 1.565 de la mencionada Ley.

Cuarto. Que no puede darse al citado artículo 38 de la Ley Hipotecaria el alcance que en el recurso se pretende, de manera que sea eficaz, en todo caso y frente a cualquier oposición, para determinar la procedencia del desahucio, tanto porque la presunción que en él se establece no es *juris et de jure*, según el artículo 1.251, párrafo primero, del Código Civil y declaraciones de esta Sala en sentencias de 13 de marzo de 1928 y 23 de marzo de 1930, cuanto porque el derecho a promover el juicio que al actor corresponde por virtud de la referida legitimación activa no obsta a que su acción pueda ser enervada a los efectos del fin perseguido por alegaciones contrarias que impidan el lanzamiento mien-

tras no sean discutidas con la amplitud y garantías del juicio declarativo.

Quinto. Que siendo el juicio de desahucio un juicio sumario y de hecho no cabe resolver en él situaciones de derecho sin restringir los medios de defensa de los interesados, pues, como expresa la sentencia recurrida, ajustándose a la doctrina de esta Sala en 1a de 2 de julio de 1926, debe evitarse que el juicio de desahucio se convierta en medio de obtener, con cierta violencia, la rescisión de contratos o situaciones jurídicas sin las garantías suficientes de defensa, y no es razonable deducir, como arbitrariamente deduce el recurrente, intentando un argumento *ad absurdum*, que ello daría a cualquier precarista la posibilidad de prolongar casi indefinidamente una ocupación indebida, pues al juzgador incumbe discernir entre las alegaciones inconsistentes, a todas luces infundadas o que no tienen conexión con la materia del debate, las cuales pueden ser rechazadas de plano en el juicio de desahucio, y aquellas otras que, fundándose en un título legítimo y suficiente para hacer por lo menos dudosa la situación del demandado y no apreciando como un medio ideado artificialmente para prolongar ocupaciones abusivas, plantean realmente cuestiones que requieren para ser resueltas la amplia discusión que el juicio de desahucio no permite.

Sexto. Que en este caso la oposición de la parte demandada no es artificiosa ni arbitraria, sino que está fundada en un título real, reconocido de adverso, y que con anterioridad al presente juicio ha motivado una demanda en juicio declarativo de mayor cuantía.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 24 FEBRERO 1949

Procesal—documento privado: sus requisitos—firma.

Los artículos 1.225 y 1.226 del C. c. suponen, como requisito esencial para la existencia de un documento privado, el que lleve la firma del que en él mismo contraiga o reconozca alguna obligación.

Procesal—prueba documental a efectos de acreditar error en la apreciación de la prueba.

El contrato carente de firma no puede calificarse como prueba "documental" para dichos efectos.

Procesal—recurso de injusticia notoria—error en la apreciación de la prueba: medios para demostrarlo—prueba testifical.

No es admisible el nuevo examen y apreciación de las declaraciones de los testigos.

ANTECEDENTES.—A. presentó demanda solicitando que se condene a B. a suscribir contrato de arrendamiento y a percibir alquileres y fianza, expo-

riendo que había adquirido por traspaso el establecimiento que C. tenía en una finca propiedad de B., con permiso verbal de éste, que extendió de su puño y letra el contrato a favor de A., pero no lo firmó. B. contestó negando que se hubiese celebrado contrato, y en reconvencción solicitó que se dictara sentencia absolviéndole de las peticiones de la demanda y condenando a A. a la entrega del local, con abono de daños y perjuicios, lo que le fué concedido por el Juez de primera instancia. A. interpuso recurso de injusticia notoria, fundándolo en los siguientes

MOTIVOS.—Basados en las causas 3.^a y 4.^a del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos urbanos. La sentencia recurrida hizo caso omiso del contrato de arrendamiento, carente de firma; se infringieron los artículos 1.258 y 1.261 del C. c., y no se tuvo en cuenta que estuviere en poder de B. el contrato de traspaso celebrado entre A. y C., ni las conclusiones de la prueba de testigos.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que los artículos 1.225 y 1.226 del Código civil suponen, como requisito esencial para la existencia de un documento privado, el que lleve la firma del que en el mismo contraiga o reconozca alguna obligación.

Segundo. Que el papel presentado en la demanda no lleva la firma de B., que en él aparece como otorgante de un contrato de arrendamiento, por lo que tal papel no puede calificarse de prueba "documental" al efecto de acreditar que haya error manifiesto en la apreciación que de la prueba hizo el Juez en la sentencia recurrida.

Tercero. Que en el documento privado en el que se hace constar el contrato de traspaso del establecimiento de C. a A. no intervino B., ni consta que este prestara su asentimiento al traspaso del local de su propiedad arrendado para dicho establecimiento más que por declaración, sin comprobar, de un testigo, por lo que tampoco dicho documento acredita manifiesto error de la sentencia recurrida, al apreciar que la prueba practicada no ha demostrado el consentimiento de B. al traspaso indicado.

Cuarto. Que la ley no admite nuevo examen y apreciación de las declaraciones de testigos para acreditar supuestos errores en la apreciación de la prueba hecha en la sentencia recurrida, pues la causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos limita el medio de acreditar dichos errores a la documental o pericial que obre en autos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 5 MARZO 1949

Civil—familia—filicación natural—acción de investigación de la paternidad—tiempo de ejercicio.

Puede ejercitarse incluso después de la muerte del padre.

Procesal—prueba—casación—impugnación.

Cuando es manifiesto que no se ha utilizado la vía de las presunciones, sólo puede combatirse el fallo discutiendo el valor demostrativo de los medios probatorios que la Sala ha apreciado en aquél.

ANTECEDENTES.—La demandante y el hermano fallecido de la demandada, ambos solteros, tuvieron relaciones íntimas, de las que nacieron dos hijos naturales, que fueron preteridos en el testamento de aquél. Después de su muerte, la demandante pretende que se declare la relación de filiación natural entre el padre y los hijos y los consiguientes derechos hereditarios a favor de éstos. El Juzgado estimó la demanda y la Audiencia confirmó su fallo. Se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción de ley por violación de los textos de las Decretales, libro II, títulos X, XIX y XXIII; libro IV, título XVII, capítulo III, de las de Gregorio IX; y del Digesto, libro XXII, título III, fragmento 29; libro XXXV, título I, fragmento 83, en relación con el artículo 122 del Código civil, de los que se deduce que es preciso ejercitar la acción en vida del padre.

Segundo. Error de derecho en la apreciación de la prueba, por aplicación indebida del artículo 1.252 del Código civil, pues falta el enlace entre los hechos demostrados y los deducidos.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que respecto a la citada Decretal canónica, reconoce el recurrente que permite declarar la paternidad contra las manifestaciones de los padres, pero arguye que esto implica el ejercicio de la acción durante su vida, interpretación que contradice claramente el texto de dicha Decretal, en la que se trata de una petición de herencia paterna, es decir, de una cuestión que, lejos de suponer la vida del padre causante, sólo podía plantearse después de su muerte, y para este caso resuelve la Decretal que se ha de estar a la palabra del varón y de la mujer, a no ser que por indicios ciertos y testigos conste que el que pretende derecho a la herencia es hijo de los causantes.

Segundo. Que citado en el recurso el fragmento 29, título III, libro XXII del Digesto, no se alza sobre este texto en el recurso razonamiento ni comentario alguno que expliquen en qué consiste, a juicio del recurrente, la infracción pretendida y, aparte de que el Derecho romano en Cataluña es supletorio en segundo lugar, o sea en defecto del canónico, es obvio que dicho fragmento no apoya la tesis del recurso, sino que más bien propugna en opuesto sentido, puesto que trata de la herencia de una madre fallecida, contra cuya declaración (*a matre irata facta*) puede probarse la verdad, y tampoco puede estimarse fundada la alegación del fragmento 83, título I, libro XXV de la misma fuente legal, en que se trata de nulidad de testamento y no se resuelve sobre filiación.

Tercero. Que en el segundo y último motivo del recurso se acusa error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción, por aplicación indebida del artículo 1.253 del Código civil, que trata de las presunciones; pero es lo cierto que el Tribunal *a quo* no ha aplicado ni debida ni indebidamente tal artículo, pues, no queriendo apoyarse en conjeturas ni presunciones y entendiendo que la investigación de la paternidad, como distinta del reconocimiento a que se refiere el artículo 135 del Código civil, admite toda clase de pruebas, ha estimado las producidas en el pleito como plenamente suficientes, aun dentro de las normas de la Ley de Enjuiciamiento civil, viendo en ellas incluso motivos bastantes para que, de ser preciso, se hubiera declarado la posesión de estado, y

si la Sala sentenciadora no llegó a sus declaraciones por la vía de presunciones, sino por convicción directamente extraída de la prueba practicada, sólo podía combatirse esta apreciación discutiendo el valor demostrativo de los medios probatorios que la Sala ha apreciado, y es inopertante aducir infracción del citado artículo 1.253, completamente ajeno a los fundamentos de la sentencia recurrida.

FALLO.—No ha lugar.

2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos rústicos)

A cargo de Juan Hernández Canut, con la colaboración de José Lois Estévez, Jerónimo López y Manuel González.

SENTENCIA 29 SEPTIEMBRE 1948

Procesal—juicio—formalidades esenciales—informe verbal.

La falta de informe verbal no puede estimarse como quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio.

Social—arrendamientos rústicos—cultivo directo y personal—carácter de las realizadas por familiares.

No pierde el carácter de cultivo directo y personal cuando las operaciones agrícolas las realizan los familiares que convivan con el arrendatario.

Procesal—prueba—excepciones.

La prueba de las excepciones incumbe al que las alega.

ANTECEDENTES.—Don José Miralles Santacruz, arrendatario desde 13 de marzo de 1929 de “cincuenta tabullas” de tierra de huerta en el término de Callosa de Segura, adquiridas en 29 de julio de 1942 por D. Manuel Trigueros Almeida, fué desalojado por el nuevo propietario en virtud de juicio de desahucio el 30 de junio de 1943, comprometiéndose el demandante al cultivo directo de las fincas objeto del desahucio. El demandante incumplió el compromiso contraído, y posteriormente enajenó las fincas, primero a un hijo del demandante, y parte de ellas, más tarde, a D. José Davó Verna, sin que tales enajenaciones se pusieran en conocimiento del Juzgado, como la Ley exige. El Sr. Miralles interpuso demanda solicitando la reposición en la posesión e indemnización por daños, admitida por el Juez de primera instancia, y apelada por los demandados la sentencia, la A. T. confirma la del Juez inferior.

MOTIVOS.—Norma tercera, disposición transitoria tercera A, de la Ley de 28 de junio de 1940. Artículo 5.º de la Ley de 28 de junio de 1940 y del cuarto párrafo de la Ley de 23 de julio de 1942 y aplicación indebida de la Ley de 23 de marzo de 1944.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Que afirmado, tanto por la Audiencia como por el Juzgado, que ninguna de las partes había solicitado informar verbalmente después de practicadas las pruebas, sin que conste en los autos tal petición, y siendo dicho informe voluntario, según se deduce de la redacción del párrafo penúltimo de la norma tercera de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940 citada, no puede estimarse la falta de ese informe como quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, ya que la providencia del Juzgado de Dolores de fecha 20 de octubre de 1943, ordenando quedar los autos sobre la Mesa para dar cuenta al señor Juez de primera instancia nombrado para dicho Juzgado, una vez se posesione del mismo, a fin de continuar la correspondiente comparecencia resumen, no puede tener otro alcance que el de celebrarse la comparecencia, si las partes lo solicitan, por ser potestativo de ellas informar o no, y de no haberlo solicitado, no infringió el Juez ninguna forma esencial del juicio al prescindir de un trámite voluntario para las partes y no solicitado por ellas, y, además, porque en ningún momento se pidió la subsanación de la falta, aunque se hubiera incurrido en ella, hasta el acto de la vista de la segunda instancia, en el que las partes pudieron alegar lo que creyeron pertinente a su derecho, con cuyas alegaciones quedó subsanada la falta en que pudiera haberse incurrido, que no puede constituir por ello quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, que hubiese producido indefensión, requisitos indispensables para que prospere esta causa de revisión.

Tercero. Que los fundamentos en que se apoyan los motivos segundo y tercero del recurso son los de estimar que por afirmarse en la certificación del perito agrícola que informó a instancia del demandado y con su sola intervención, que ni él ni el demandante podían realizar el cultivo directo y personal de las fincas cuya reposición en la posesión arrendaticia solicita el actor, con tales afirmaciones queda enervada la acción ejercitada en este pleito, consecuencia manifiestamente errónea, pues si bien esa prueba puede estimarse bastante para justificar la falta de cultivo directo y personal por los demandados, no lo es con respecto al actor, ya que éste tiene familiares que han podido ayudarle en dicho cultivo, y no pierde el carácter de cultivo directo y personal, según dispone el artículo 4.º de la Ley de 23 de julio de 1942 cuando las operaciones agrícolas las realizan los familiares que con él convivan, extremo que la certificación de referencia no contradice; y, en último término, en el presente pleito no se trata del cultivo que realice el demandante, sino del de los demandados, que han faltado al compromiso contraído al ejercitar la acción de desahucio, de cultivar directa y personalmente las fincas de que nos ocupamos, extremo claramente reconocido por el demandante y que da lugar a la acción ejercitada, y al entenderlo así la sentencia recurrida no ha infringido ninguno de los preceptos legales que en los motivos del recurso se alegan.

Cuarto. Que se apoya el cuarto motivo del recurso en la prescripción de la acción ejercitada por el demandante, y olvidando el principio procesal de la prueba de las excepciones incumbe al que las alega, no demues-

tra que el demandante haya ejercitado su derecho fuera del plazo que la ley le concede para hacerlo. Se basa la demanda en el incumplimiento por los demandados del compromiso contraído de cultivar directa y personalmente las fincas, que fueron enajenadas, primero, a un hijo del recurrente, y parte de ellas, más tarde, a D. José Davó Berna, sin que tales enajenaciones se pusiesen en conocimiento del Juzgado, como la ley exige, y por ello, no puede estimarse que el solo transcurso del plazo de seis meses desde que dejó de cumplir su compromiso el recurrente sea prueba bastante de la prescripción, ya que aparte del reconocimiento que se hace de haberse presentado la demanda de pobreza para ejercitar la acción de reposición de la posesión arrendaticia de las fincas, antes del transcurso del plazo de seis meses, desde el lanzamiento del demandante de las fincas de que fué desahuciado, con lo que quedó interrumpido el plazo de prescripción, y aun en el supuesto, infundado, de que la desestimación de la demanda de pobreza dejase sin efecto la interrupción producida, era deber del recurrente demostrar que desde que quedó sin efecto dicha interrupción hasta que fué presentada la demanda había transcurrido el plazo que para el ejercicio de la acción señala la ley, y ninguna prueba ha aportado el recurrente a tal fin, y porque, además, fundándose también la acción en las sucesivas enajenaciones de las fincas, sin haberlas puesto en conocimiento del Juzgado, era preciso que se hubiese demostrado por el recurrente la fecha en que se hubiesen comunicado dichas transmisiones al Juzgado, y ninguna prueba se ha aportado a los autos con dicho objeto, ni sobre la fecha en que haya conocido el actor esas transmisiones, y sin ella no puede estimarse demostrada la excepción de prescripción alegada, por lo que procede rechazar también el cuarto motivo del recurso, por no haberse demostrado la infracción de los preceptos legales que en el mismo se citan.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 NOVIEMBRE 1948

Civil—novación—su esencia—su prueba.

Dado que la novación tiene como nota fundamental la de extinguir una obligación y simultáneamente crear otra también contractual, subjetiva u objetivamente distinta de su predecesora, o mixta de ambos términos (arts. 1.156, 1.203 y concordantes C. c.), se sigue que cuanto pretenda hacerse valer a título de novación negada por el presunto obligado, exige la prueba plena de los requisitos esenciales de todo contrato, demostrados mediante la justificación de la "declaración sustitutoria terminante" exigida en el art. 1.204 C. c., o conocida "a posteriori" por la incompatibilidad de la antigua obligación y la nueva.

Arrendamientos—novación o prórroga celebrada antes de la Ley de 23 de julio de 1942 y después de las de 15 de marzo de 1935 y 28 de junio de 1940: sus requisitos formales.

La alteración de renta que tuvo lugar bajo la vigencia de las Leyes de 15 de marzo de 1935 y 28 de junio de 1940, pero antes de la promulgación de la de 23 de julio de 1942, no implica necesariamente novación ni prórroga si no consta en forma escrita ni se inscribió, pues tales requisitos eran obligatorios en todo contrato (el novado lo sería) (arts. 1, 5, 56 y 61 L. de 15 de marzo de 1935 y 3 L. 28 de junio de 1940); y ni una ni otra manifestaciones externas del derecho pueden suplirse por los recibos del pago de rentas.

Arrendamientos—recurso de revisión—cuestiones nuevas.

El derecho de defensa y la índole del recurso imponen la desestimación de un motivo de revisión cuyo objeto es un tema totalmente ajeno a los que en instancia se han propuesto y dilucidado.

Arrendamientos—desahucio por cultivo directo—preaviso.

Cuando el plazo de tenencia arrendaticia ha de cesar en virtud de mortalidad legal, no es necesario el preaviso con un año de antelación establecido en el art. 5 de la Ley de 28 de junio de 1940.

SENTENCIA 17 DICIEMBRE 1948

Arrendamientos—retracto: plazo para ejercitar la acción—efectos de la conciliación—sus requisitos.

No es necesario para que la conciliación interrumpa el tiempo de caducidad de la acción de retracto rústico consignar al tiempo de instarla el precio conocido o dar fianza en otro caso, como ya señaló la sentencia de 24 de septiembre de 1945, bastando que la realización del acto se verifique en tiempo hábil para ejercer la acción y que dentro de los dos meses del mismo se presente la demanda de retracto, ya con la consignación o fianza del precio, pues esto sólo se exige por el art. 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil para la demanda, no en la conciliación, donde resultaría ociosa una finalidad asegurativa o de garantía para acto de factible celebración inmediata, o que si se demorase volvería a caducar a menos de deducirse la demanda con su consignación ya inexcusable.

SENTENCIA 23 DICIEMBRE 1948

Arrendamientos—aparcería—duración legal de la misma: requisitos de la prórroga.

La prórroga en las aparcerías ha de ser pactada y acordada expresamente por las partes contratantes.

Arrendamientos—aparcería—normas que la disciplinan—valor de la costumbre en relación con el contrato base y la Ley.

Cuando el pacto exigido por la Ley no exista, no puede ampararse la prórroga en la existencia de una costumbre no probada y que aun siéndolo no podría oponerse a lo que la Ley ordena como necesario.

ANTECEDENTES.—Concertada la aparcería por documento privado suscrito el 19 de octubre de 1935 entre la propiedad y el aparcerero, se estipula que la cesión, por aquel concepto, es por cuatro años, que empezando el 1.º de noviembre de 1935 terminará en igual día y mes de 1939.

El propietario, en 5 de noviembre de 1946, formula demanda de desahucio ante el Juzgado de Primera Instancia contra el aparcerero, fundándola en que el plazo contractual expiró en la fecha indicada y que sin declaración expresa de las partes se ha prorrogado anualmente por tácita reconducción, aparte del incumplimiento, por el aparcerero, de sus obligaciones contractuales, y suplicando se dicte sentencia dando lugar al desahucio, apercibiéndole de lanzamiento si no lo verifica dentro del plazo de veinte días.

A tales pretensiones se opuso el demandado, negando los hechos de adverso y estimando que, según uso y costumbre del lugar, cuando ha transcurrido el plazo de duración en un contrato de aparcería fijado, si éste continúa se entiende ello por un plazo igual al del contrato, y así sucesivamente, sustentando la tesis de que la tácita reconducción, finido el primer plazo contractual, no operaba de año en año, como pretendía el demandante, sino por períodos cuatrienales, y como según tal costumbre el contrato de aparcería no terminaba hasta el 1.º de noviembre de 1947, y que por no haber llegado esta fecha el actor carece de acción y derecho para ejercitar la acción de desahucio, fundamentando sus alegaciones en los preceptos de la legislación de Arrendamientos Rústicos.

El Juzgado de Primera Instancia no dió lugar al desahucio; recurrida la sentencia por el demandante, la A. T. la revocó, fallando haber lugar al desahucio, imponiendo al demandado las costas de Primera Instancia sin hacer expresa imposición de las de segunda.

Contra esta sentencia el demandado interpuso recurso de revisión, fundándolo en la causa tercera de la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940 y alegando como

MOTIVO ÚNICO.—Infracción por inaplicación del apartado segundo del artículo 44 de la Ley de 15 de marzo de 1935, por estimar que la aparcería se rige no sólo por el pacto expreso de las partes, sino, en lo que aquél fuese insuficiente, por la costumbre, y a falta de ambos, por las normas generales de la Ley de 15 de marzo de 1935.

CONSIDERANDO.—Que el artículo 49 de la Ley de 15 de marzo de 1935 citada dispone que las aparcerías concertadas voluntariamente durarán, como mínimo, una rotación de cultivo *sin derecho a prórroga más que por la voluntad expresa de ambas partes*, y, por tanto, aparece claro que la prórroga en las aparcerías ha de ser pactada y acordada expresamente por las partes contratantes, y cuando ese pacto exigido por la Ley no exista no puede ampararse la prórroga que se pretende en la existencia de una costumbre que no se ha probado y que aun probada no podría tener virtualidad bastante para oponerse a lo que la Ley ordena como necesario, según la sentencia recurrida reconoce, por lo que es manifiesta la

improcedencia del motivo de revisión alegado y menos que constituye injusticia notoria, la doctrina sustentada por la Sala "a quo".

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 31 DICIEMBRE 1948

AN.ECEDENTES.—La inteligencia de la resolución precisa tener presente que la pretensión inicial de la litis aducía como fundamento, para pedir la reposición en el cultivo de unas tierras, que en un procedimiento de desahucio anterior, cuya sentencia había sido ejecutada, había adquirido el entonces demandante la obligación de cultivar directamente el cortijo durante seis años, pues durante la tramitación de aquel pleito, publicada la Ley de 23-VII-1942, se había concedido a los litigantes un plazo para rectificar los pedimentos y el demandante se había comprometido a hacerlo.

En la contestación a la demanda se aclara que el Juez de instancia decretó el desahucio por estimar la existencia de subarriendo y, por eso mismo, no impuso al demandante la obligación de cultivar personalmente las tierras dentro de ese plazo, por lo cual la enajenación ahora efectuada era perfectamente jurídica.

CONSIDERANDOS.—Segundo. Respecto a los demás motivos, como parten de hechos distintos de los probados, son intrascendentes lesde que se apoyan en base incierta. El primero, porque los demandantes, a excepción de uno, cuya conducta judicial y extrajudicial anterior a la demanda de este pleito es irreconciliable con la que adoptó en él, nunca han tenido la condición de arrendatarios... Respecto al segundo y tercer motivos, a) porque habiendo un único arrendatario de la totalidad de la heredad, no se podía demandar de desahucio sino al único locatario, y no como asentado, sino como arrendatario, pues tal era el título de tenencia con relación al propietario desahuciante; b) porque acordado el desahucio por contratar ilegítimamente subarriendo, no quedaba obligado el promovedor del lanzamiento al cultivo directo de la finca, obligación que, por otra parte, no se le impuso en la sentencia...

Cuarto. La conducta de los actores, hecha notar por la sentencia de instancia, se opone radicalmente al principio de que nadie puede ser juzgado sin ser oído y vencido en juicio, por cuanto sólo se demandó a uno de los que con otros comparte los derechos y las obligaciones que sólo a expensas de su ineficacia total y absoluta pudieran otorgar éxito a las pretensiones de la demanda.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

PÉREZ SERRANO, Nicolás: *El derecho moral de los autores.*

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *Perfiles de la fe pública.*

ROYO MARTÍNEZ, Miguel: *Contratos de Adhesión.*

GALLARDO RUEDA, Arturo: *Fe pública y seguridad jurídica.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

SOLS GARCÍA, Pedro: *Prescripción contra el registro. Síntesis de la doctrina legal.*

3. VIDA JURÍDICA

POVEDA MURCIA, José: *Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.