

**ANUARIO
DE
DERECHO CIVIL**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

N U M E R O 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO II
FASCICULO II

ABRIL - JUNIO
MCMXLIX



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

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Los imperativos contractuales⁽¹⁾

JOAQUIN DUALDE GOMEZ

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

Los primeros días de la voluntad en el Derecho Romano fueron, más bien que un vivir, un germinar. Solemnidades y ritos que parecían asfixiarla, la incubaban. Cuando se decía *voluntas etiamsi coacte voluntas est* no se profanaba a la misma voluntad, aceptando por legítima su adulteración violenta, sino que, por el contrario, se la exaltaba, teniéndola por eficaz sólo merced al sortilegio de revelarse. Por fin, la voluntad rompió la cáscara formulista, se emancipó de la protección protocolaria que la esclavizaba y reinó con plena y merecida soberanía.

La voluntad hasta el siglo XIX fué abriendo sus alas y acrecentando su poder creador.

Hasta se llegó a colocar el contrato en la base del Estado. Tal aconteció con el *Contrato social* de Rousseau.

La voluntad llegó a aparecer con los caracteres de lo absoluto. Esto había de dañarla y provocar reacciones y arrebatarnos posibilidades.

Por esos fueros y esas fantásticas virtudes atribuidas a la voluntad, se ha llegado a creer que el contrato es siempre *un producto exclusivo de la voluntad*. Por lo tanto, hablar de casos en que hay contrato sin voluntad parecerá el pensamiento desvariado de un orate. Sin embargo, esta es mi creencia.

Nos prepara a la admisión de la existencia de semejantes monstruos la idea ya expuesta de Bonfante de que contrato es *lo contraído*, como se contrae una amistad, un hábito, una enfermedad o una excelencia.

Esta idea de cristalización, de precipitado jurídico, nos deja el espíritu abierto a toda suerte de génesis.

Así, no obstante que hasta los canonistas sostienen que el matrimonio es un contrato, la lengua ha salvado la idea contraria, y nadie dice que *ha contratado* un matrimonio, sino que *lo ha contraído*. Y es que el matrimonio sólo tiene la cáscara de contrato voluntario y realmente

(1) Este trabajo constituye un capítulo de la obra del autor titulada "Concepto de la causa en los contratos" (La causa es la causa), de próxima aparición.

es un contrato imperativo. ¡Desgraciado del que se casa porque así lo quiere! El matrimonio es una coincidencia de amores y no es decisión de voluntad enamorarse. El amor proviene de los imponderables y surge y se engrandece sin contar con el departamento psicológico de las causas finales.

Esta idea, hace bastante tiempo arrraigada en mí y llevada a la cátedra, me ha sido rebatida por un competente en Derecho Canónico, y esto me mueve a un mayor razonamiento sobre textos canónicos.

San Pablo, en su epístola a los Efesios, 25, dice: "Maridos, amad a vuestras mujeres así como Cristo amó a la Iglesia". y más adelante, 28: "Los maridos deben amar a sus mujeres como a sus mismos cuerpos", y 31: "Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre y se allegará a su mujer y serán una misma carne", y en la epístola a Tito, 4, se dice: "Que enseñen a las mujeres jóvenes a ser prudentes, a que amen a sus maridos, a que amen a sus hijos".

Y pregunto: ¿Es que ese amor ha de surgir *después del matrimonio*? ¿Y cómo, siendo un requisito de convivencia, no ha de estar preparado en el momento del concierto? Vale más casarse, que abrasarse, dice San Pablo. ¿Y es que el ansia carnal es de esencia y la espiritual no? La unión de Cristo con su Iglesia ¿fue acaso un contrato? ¿Y cómo lo ha de ser lo que lo imita y en más bajo diapasón lo repite?

En el orden civil, con más libertad de juicio, se puede sostener la misma tesis.

Los artículos 56 y 57 del Código civil ofrecen una enumeración de los deberes conyugales, cuyo peso espiritual revela el artículo 100 al prescribir que se lean en el momento de la contracción del matrimonio, sin duda en sustitución de la epístola de San Pablo y, en todo caso, como una información de lo que es el matrimonio. A decir verdad, lo que se enseña a los contrayentes es *lo que no es el matrimonio*. Porque vivir juntos es algo que se practica con cualquier camarada. El Diccionario de la lengua, tras la palabra camarada, pone: "El que acompaña a otro, come y vive con él". Guardarse fidelidad, también, según el Diccionario, es lealtad, palabra que toma color según sea aquello en que deba observarse; y el socorro mutuo es cosa de cooperativa. El artículo 57 habla de protección del marido, que también se debe a los hijos, a los pupilos y a los débiles próximos a nosotros; y la obediencia de la mujer, que se reclama a base de una desigualdad infundada, describe mejor un rebaño o un regimiento que un matrimonio.

Lo que es el matrimonio se ha de buscar en otros artículos, por los que se llega al amor por la vía de *ad absurdum*. El artículo 83 impide la celebración del matrimonio al impotente, por donde la cualidad de potente es esencial, y el fin que entraña, también. Pero nada más inadmisible que la relación carnal sea de esencia y el sentimiento amoroso, no. Porque entonces el matrimonio quedaría rebajado a una relación concubinaria y, aun dentro de esta clase, de la peor especie.

Sólo el amor enaltece la relación sexual, y si sin potencia sexual no se puede contraer matrimonio, con mayor razón no debieran poder contraerlo los impotentes de corazón, los que no se aman, que es causa de impotencia relativa.

Dos que se casan para vivir juntos, socorrerse, pero con la declaración anticipada de que no se aman, inciden en el caso de nulidad. Porque el consentimiento es para el *matrimonio*, y el matrimonio es vínculo de amor.

De aquí la imposibilidad de definir el matrimonio en que se han encontrado los que han creído que ésta era una cuestión de conceptos.

Si la enumeración de los artículos 56 y 57 resulta pobre, del mismo defecto adolecería cualquier otra más prolífica y cuidada. Porque los sentimientos son como las sensaciones—el gusto de una comida, por ejemplo—, indefinibles conceptualmente. Por eso cualquier definición del matrimonio hace sonreír a cualquier casado feliz, y siempre está superada por la inspiración de una poesía, o por los trazos de una obra literaria de imaginación.

Los romanos no definieron el matrimonio; en lugar de una definición, pusieron una explosión de luz, una *descarga emotiva*, y acertaron diciendo: *Consortium omnis vitae, divini et humani juris communatio*. Una comunicación en la que el derecho transporta y derrama lo divino y lo humano, y eso con relación a *toda la vida*.

La definición de la Instituta ésta, bien una ráfaga, un toque de corazón, el contacto con la inmensidad: *Individuam vitae consuetudinem continens*. Unión que comprende el absoluto comercio de la vida. Es decir, sobre todos los tratos relativos, la más alta, la más absoluta relación, que no se define como de ordinario por su género, sino por alusión a su excelsitud.

Y volviendo al punto de partida, amor es atracción, gravitación, destino, pero no acto de voluntad, y el matrimonio se contrae por estos imperativos.

Acaso ande esto un poco por las nubes para los que un tanto secos de sentimientos se resistan a ver en el matrimonio algo más de dos sés y de dos firmas, sin olvidar las de los testigos; pero los que así piensen no advierten que al romanticismo no hay ginebra que le iguale ni dinero con que se compre.

Más práctico y convincente será examinar algunos otros contratos típicos, a los que se llega sin pasar por la voluntad, unas veces y otras, contrariándola.

Tomemos como punto de partida el depósito.

El Código civil clasifica el depósito (artículo 1.762) en voluntario y necesario. He aquí un contrato que *no es voluntario, sino necesario*. El principio de la voluntariedad fracasa y se desmiente con rotundidad y sin efugios.

Esta modalidad del depósito fué conocida y regulada por el Derecho Romano, del que dice el Digesto en el libro XVI, título III, párrafo tercero, que es un depósito dimanante de la necesidad, *no pro-*

veniente de la voluntad. De suerte que el contrato se sostuvo no obstante *no deber su origen a la voluntad.*

Mirabelli (2), sintiendo la nostalgia del principio consensual como origen único de los contratos, dice en el depósito necesario: "El consentimiento es por coacción, mas *voluntas coacta est semper voluntas.*" El recurrir a este viejo y *ahora infantil* expediente demuestra la injustificación con que se pretende encajar el depósito llamado miserables en una norma tradicional, que falla. Hay más violencia en querer encuadrar en el principio del consentimiento el depósito necesario, que en reconocer la existencia de un *contrato imperativo*.

El instinto, aun siendo el jurídico, se resiste tercamente a rectificar. Una razón, aunque sea decisiva, si se cuenta con que la absorba el olvido, no acosa, no molesta y hasta impunemente se puede asentir a ella, reservando la predominancia del instinto equivocado.

El principio de que la voluntad coaccionada es voluntad no tiene cabida en nuestro régimen jurídico contractual; y en Derecho Romano se refería a los casos de coacción personal, no al obrar bajo el influjo de una fuerza mayor.

Sólo serviría para declarar defectuoso un contrato, y precisamente aquí, no obstante la presión del caso fortuito o de la fuerza mayor, se le declara válido; es más, esa fuerza, llámese incendio, saqueo o naufragio, es *factor cualificativo del contrato*.

En algunos de esos casos, como el saqueo, cabría aplicar el vicio de violencia en el contrato, declarándole anulable, lo que no acontece, ni remotamente.

Y río cabe acudir a la idea de precepto de excepción bajo el falaz fundamento de que no hay regla que no la tenga; porque a ello siempre replico que si la regla tiene excepción, no es regla. La verdadera regla no tiene excepción y supera todas las variantes que mellan la regla incompleta.

El depósito necesario, en el supuesto de las cosas introducidas en las fondas y mesones, se instaura con una responsabilidad agravada para el depositario, ya que el artículo 1.748 sólo le exime de responsabilidad si medió fuerza mayor o robo *a mano armada*. De modo que esta modalidad contractual liga con más fuerte vinculación. Se debe, pues, alejar la idea de contrato imperfecto o nativamente viciado.

Por último, también hay depósito necesario cuando se efectúa en cumplimiento de una obligación legal (artículo 1.781-1º). Se embarga una cantidad de numerario y se remite a la Caja de Depósitos. Este es un depósito que se efectúa *contra la voluntad* del dueño.

Lo mismo en el caso del artículo 445, cuando la preferencia en la posesión no puede resolverse por la actualidad posesoria, por la antigüedad o por el título.

(2) *Il Diritto Civile Italiano.* Parte duodécima. Contrato speciali. Depósito, página 287.

Tampoco el depósito es un acto de voluntad, sino una decisión de la ley.

El artículo 615 dispone que quien se encuentra una cosa perdida *debe consignarla*—esto es, depositarla—en poder del Alcalde. Si la cosa mueble no pudiera conservarse (característica del depósito: conservarse, *guardarse*) sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubieren pasado ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, y se *depositará* su precio.

El *depósito*, aquí tiene una naturalidad excusadora de justificación. Y, sin embargo, es un depósito en que no actúa la libre voluntad del depositante ni del depositario. El depósito producido por caso fortuito trágico es forzoso en el depositario, lo cual es suficiente para que, por ausencia de voluntades concordadas, surja el depósito necesario. Pero en este caso de bienes muebles perdidos, el que encuentra *debe* depositar y el Alcalde debe recibir el depósito. Toda la trayectoria está impuesta por la ley.

Y es el que el contrato imperativo aislado y como realidad solitaria repugna, pero en su lugar se explica. Pincelada de color en el lienzo intacto, que es la mancha y que en el cuadro pintado es toque maestro e inspiración victoriosa. Un depósito que sin explicación surge merced al impulso nacido de un punto cardinal, que no es la voluntad, espanta. Pero traído por situaciones de la vida, se acepta.

Podría quererse encajar en el cuadro de otra institución; pero eso sería ritualidad clasificadora inocente, porque de lo que se trata es de la implantación de los *mismos derechos y obligaciones* de un contrato a los que se llega por ruta distinta de las decisiones de la voluntad.

¿Por qué no llamar depósito a lo que tiene exactamente la misma urdimbre jurídica que el depósito? ¿Vamos a crear un nombre distinto para lo indistinto? Según el artículo 1.782, el depósito necesario se rige por las reglas del depósito voluntario.

La teoría no descansa en un caso singular perdido en la ley como una cosa errada. La lista de casos es mucho más extensa y variable.

La expropiación forzosa a que alude el artículo 349 del Código civil es una *venta necesaria*, puesto que el expropiado cede a la fuerza su propiedad por un *precio*, que también se le impone.

El artículo 5.^º de la Ley de 10 de enero de 1877 prescribe con cuidadoso advertimiento que las diligencias de expropiación se entiendrán con los *dueños* según el Registro de la Propiedad o padrón de riqueza, y se preocupa de que estas personas *estuvieran incapacitadas para contratar*, designando para tal caso representante suyo al Ministerio Fiscal, así como a los desconocidos se les cita por edictos, y caso de incomparecencia, *se entenderá que consienten* en que el Ministerio Fiscal sea su representante, constituyéndose así su personalidad, con el *supuesto consentimiento del interesado*.

Según el artículo 6.^º, los que no pueden enajenar sin autorización judicial están facultados para hacerlo, y el dinero correspon-

diente a menores e incapacitados se deposita (otro depósito necesario) a disposición de la autoridad judicial.

No hay duda de que se trata de una venta necesaria, puesto que se dan todos los requisitos del artículo 1.444 del Código civil.

Todas las leyes especiales necesitadas de adquisiciones o *compras imperativas* se refieren a la ley de expropiación forzosa y a sus modificaciones.

La Ley de 15 de mayo de 1945, en lugar de expropiación, emplea la palabra venta. El artículo 4.^o dice: "En lo sucesivo, todo solar o construcción comprendido en el artículo 1.^o estará en venta y podrá adquirirlo quien desee edificar."

El artículo 4.^o de la Ley de Minas, de 19 de febrero de 1844, dispone que los concesionarios de minas "se concertarán libremente con los dueños de la superficie para la ocupación de ésta. En caso de no averenencia, podrán solicitar la aplicación de la ley de expropiación forzosa.

O lo que es igual: o compran libremente el terreno, o lo compran necesariamente. Primero, la compra libre, y en su defecto, la forzosa.

También el artículo 60 del Estatuto de la Propiedad Industrial otorga al Estado la facultad de adquirir el uso de las patentes en ciertos casos.

Estas disposiciones administrativas el civilista las contempla a veces como una brusquedad anticientífica, como una intromisión que no se puede incorporar a una doctrina, porque la acción administrativa suele estar pendiente de aprender la elegancia; tiene, como todo poder superante, una cierta propensión—por no decir deleite—al atropello.

Mas no es preciso acudir a ellas para recoger flores exóticas. El Código civil nos ofrece variados ejemplos de ventas forzosas.

El artículo 351 autoriza al Estado para adquirir por su justo precio (o sea comprar por su justo precio) los efectos encontrados, como tesoro oculto, interesantes para las ciencias o para las artes.

El artículo 564 autoriza para adquirir terreno por su valor, con el objeto de constituir servidumbre forzosa de paso.

El artículo 555 autoriza la servidumbre forzosa de saca de agua y abrevadero, previa la indemnización, o sea precio.

Del propio modo, la servidumbre forzosa de acueducto, según el artículo 558, lleva consigo la obligación de indemnizar, según se dispone por las leyes, que en este caso es la Ley de Aguas, la cual, naturalmente, en su artículo 88, cuando el acueducto es *perpetuo*, o sea que absorbe la propiedad, ordena se pague el valor del terreno.

También, en el caso de accesión de bienes muebles, el dueño de la cosa principal adquiere la accesoria, pagando su valor. Luego, compra forzosa (artículo 375).

En el caso de especificación (artículo 383), el especificador de buena fe adquiere la materia, o, si procedió de mala fe, puede ser obligado a adquirirla. O sea venta forzosa de la materia, o a la inversa, compra forzosa.

Aun existe otro caso más frecuente de venta forzosa.

La que es producto de una actuación judicial, en la que, para que se satisfaga una deuda de dinero, se procede al embargo, primero, y a la venta, después, de bienes del deudor.

¿Por qué vende el Juez cuando el deudor no se presta a ello, como es su obligación?

No es oportuno desentrañar esta cuestión.

Una porción de consideraciones se dirigen a justificar la enajenación del Juez. Con relación a mi propósito, corto el debate, reconociendo, como lo reconocen todos, que el Juez obra en justicia, y afirmando que la venta se efectúa *contra la voluntad del propietario*, o sea que se trata de una justificada venta forzosa.

A este propósito dice Chiovenda (3): "Debe observarse que del hecho de que la venta judicial *no es querida por el deudor* se deduce que éste no puede ser obligado a garantía en caso de evicción del adjudicatario."

Con lo cual resulta que la circunstancia de tratarse de una venta *no querida* entraña una consecuencia especial.

Aunque apenas importa doblar el cuerpo para recoger pequeña moneda fraccionaria, me detengo un instante en las ventas de bienes de menores.

El artículo 154 del Código civil sólo las consiente cuando hay utilidad o necesidad del menor, y los correspondientes artículos de la Ley procesal (2.012 y 2.013) exigen que en la solicitud al Juzgado se exprese el motivo de la enajenación y el objeto o aplicación de la suma que se obtenga.

De donde resulta que la venta no es el producto de una decisión de voluntad, quedando retrasados a una lontananza psicológica motivos y conveniencias, sino que el arbitrio está sustituido por la reglamentación y autoriza la venta por motivos de *necesidad* o por *utilidad*, estudiados, sopesados y controlados. No acontece lo mismo tratándose de las autorizaciones que otorga el consejo de familia no calificadas expresamente por la ley, como no lo están las que otorgan el padre, la madre o el tutor para enajenar inmuebles los emancipados, según el artículo 317.

Más importancia tiene la invasión conocida con el nombre de intervencionismo económico, con que pretenden ponernos en orden y hacernos felices estos modernos Estados-Provocencia.

El régimen de las tasas y la política de precios han arrebatado la libertad de contratación en todos los productos intervenidos en los dos extremos fundamentales de la compra: en el objeto que se vende y en el precio que se paga.

Merced a una distribución estatal, no se puede comprar más que una determinada cantidad de productos sujetos a intervención, y no por un precio debatido entre comprador y vendedor, sino según una tarifa de máximos fijados por el Estado.

(3) *Instituciones de Derecho Procesal civil*, T. I, pág. 331.

En este punto no puede decirse que el contrato de compra de café, azúcar, alubias, etc., etc., es el resultado de un concierto de voluntades entre comprador y vendedor, sino que la acción de éstos está sujeta a una actuación del Estado. Intervenir es actuar en las ventas que dejan de ser íntegramente voluntarias.

Los contratos van tomando las características tradicionales del matrimonio-contrato (?), libre tan sólo como causa introducente, pero de régimen necesario en su contenido. Soy libre de casarme o no, pero si opto por el matrimonio, todo me lo encuentro hecho por la ley.

En cuanto el Estado se inmiscuye en la venta y en extremo que tanto importa como el precio y el *quantum* de lo comprado, ya no puedo decir que la compra es algo exclusivamente mío, porque la voluntariedad tenía un doble aspecto: 1.^º Contratar es, saber, vender, comprar; y 2.^º Establecer los derechos y obligaciones constituyentes del contrato. Si el Estado toma el mando de esta segunda parte, pierdo de mi mano mi destino.

Si de la venta pasamos al arrendamiento, nos encontramos con ejemplos inequívocos de arrendamientos forzados.

El artículo 7.^º de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, declarando prorrogados y prorrogables todos los arrendamientos, tanto de las viviendas como de los locales de negocios, obligatoriamente para el arrendador, sin alteración de ninguna de sus cláusulas, es un caso bien notorio de arrendamiento forzoso.

He aquí una masa enorme de contratos que rigen y funcionan contra la voluntad del arrendador, que generalmente es el propietario. Ejemplo de singular claridad. Largo tiempo llevamos de este régimen sin que seamos la única nación europea que se ha entregado a esta compresión exterior, a este bicarbonato jurídico, que ahuyenta los capitales de la construcción. Además se ha establecido un régimen legal de alquileres (artículos 118 y siguientes de la Ley), a los que está sujeto el arrendador.

La mayor parte de los locales arrendados en España están en este régimen, de suerte que el contrato de arrendamiento urbano, como relación voluntaria, al menos por el momento, puede darse por aniquilado.

Un estado de arrendamiento voluntario es una excepción.

En los arrendamientos de predios rústicos la invasión del elemento imperativo es menor; pero no deja de tener importancia el tiempo mínimo de duración de estos contratos fijados por el artículo 6.^º de la Ley de 23 de julio de 1942, en relación con el artículo 2.^º de la Ley de 28 de junio de 1940, que imponen un mínimo de duración de doce a dieciocho años, según el importe de la renta pactada.

En cuanto a la renta y su determinación, no son las partes contratantes las que por mutuo acuerdo resuelven libremente respecto su cuantía; porque, según el artículo 7.^º de la Ley de 15 de marzo de 1935, declarado vigente por el artículo 5.^º de la Ley de 1942, es en definitiva el Juez quien prescribe la renta que se debe satisfacer,

régimen de una vaguedad discrecional incierta y peligrosa para todos.

Todo el contrato de arrendamiento de inmuebles, así urbanos como rústicos, está en lo esencial sustraído al principio de la autonomía de la voluntad.

Queda una última rama del arrendamiento. El que se refiere a la contratación de servicios, hoy denominado contrato de trabajo. En él se da un máximo de intromisión imperativa, porque la duración diaria del trabajo, la rescisión del contrato por parte del patrono, la responsabilidad por accidentes y el seguro consiguiente, el seguro de enfermedad, el importe del salario, el seguro para la vejez y, en suma, todo el interno contenido del contrato, está regulado por la ley. Sólo en la elección de trabajador, y no siempre, queda en libertad el patrono.

El contrato de mandato no se libra del influjo del derecho necesario. Toda administración legal, por serlo, no es voluntaria.

La administración de bienes de un ausente y las diversas modalidades de la tutela son contratos de mandato, como lo es toda administración, y a la ley se ha de acudir para conocer su espíritu y el alcance de sus normas.

La Ley de Usura es también una intervención del derecho imperativo, declarando nulos los contratos en que no se pueden señalar los vicios tradicionales de error, intimación, violencia o dolo, sin que disentamos de la justicia de esta Ley.

Pero en el artículo 1.^º de la Ley de 23 de julio de 1908, para declarar la nulidad de los contratos de préstamos usurarios se exigen dos requisitos, o sea un interés desproporcionado y una situación del prestatario angustiosa, o de la limitación de facultades, y el Tribunal Supremo, en sentencias de 24 de marzo de 1942, 12 de julio de 1943, 18 de junio de 1945 y 17 de diciembre de 1945, ha sentado la doctrina de que basta que se aprecie la existencia de un interés notablemente superior al normal para poder deducir la concurrencia de aquellas circunstancias personales de inferioridad psicológica. Con esta doctrina la usura prácticamente tiende a fundamentarse en la apreciación de las circunstancias objetivas del préstamo a base de una *falta de equivalencia*. Es decir, que la ley pone en la balanza las prestaciones de las partes, y por parecerle mal la pesada, la anula, aunque a las partes les pareciera bien al contratar.

Lo mismo acontece en las rescisiones por lesión, prescritas por los artículos 1.074 y 1.291 del Código civil.

No deben olvidarse las facultades de revisión otorgadas a los Tribunales en los artículos 7.^º y 8.^º de la Ley de 15 de marzo de 1935 y en el artículo 5.^º de la Ley de 23 de julio de 1942. Ya en el artículo 1.575 del Código civil había instaurado una revisión automática.

De esta acción judicial de *ayuda* se ocupa Danz, diciendo: "Lo que caracteriza al buen Juez es su esfuerzo para poner siempre en claro ante todo el fin económico que persigue el negocio jurídico de que se trata y *por ayudar a las partes a alcanzarlo*."

Por último, la legislación llamada de emergencia, con que la ley acude a cubrir el vacío que producen sucesos extraordinarios, constituye una rica vena de normas imperativas que se insinúan en el seno de los contratos.

Muy cerca tenemos la ley especial sobre contratación en zona roja, las disposiciones sobre moratorias, las de condonas de rentas, las de reconstrucción de inmuebles hipotecados, etc.

La masa de derecho imperativo rebasa el límite de una proporción sensata.

El mundo está triste del exceso de derecho imperativo. Se puede ser pobre y dichoso, pero no esclavo y feliz. El esclavo lleva siempre el luto en el corazón de haberse perdido a sí mismo. Un hombre sin libertad es como un pájaro sin alas, desterrado de las alturas, privado del romanticismo físico de los inmensos horizontes. El contrato no responde enjaulado, la autonomía de la voluntad necesita las dilatadas posibilidades para vivir.

Mi doctrina no deja de tener antecedentes a modo de chispazo en algunos autores.

Chironi y Abello (4) dicen: "En tal voluntad se comprende *no sólo aquello que se declaró como querido*, sino aquellas normas de la ley que tienen valor, ya como presuntas y queridas *por vía del silencio* tenido en la declaración sobre el objeto referido, o por que *obligan supletoriamente por vía del ordenamiento jurídico* o se coordinan con la voluntad privada, porque ésta sólo expresamente puede excluirlo."

Aun es más expresivo Danz (5): "Cuando el contrato presenta una innegable laguna porque las partes nada hayan acordado sobre un punto, porque *ni sospechaban* que pudieran presentarse las circunstancias que han sobrevenido y, por tanto, no pudieron ni pensar en regularlos, *es realmente el Juez y no la voluntad de las partes quien hace nacer el efecto jurídico.*"

"Antes, cuando se atribuía a la voluntad de las partes la eficacia de los preceptos legales supletorios... podía hablarse de un convenio tácito..."

Gran valor tienen estas ráfagas, no constituidas en sistema.

Todo este vasto campo de *contratos no voluntarios* o de normas contractuales de tipo imperativo no se debe tener en olvido y prescindir de ellos, porque descomponen la marcha triunfal y *exapoteósica* de la autonomía de la voluntad.

Por tanto, todos los que han construido la teoría de la causa de las obligaciones o de los contratos, partiendo del supuesto de que los contratos son una pura obra de voluntad, han errado enormemente, porque buscan la causa de algo inexistente, de una realidad jurídica imaginativa.

Y a ello hay que agregar las *limitaciones* a la contratación (artícu-

(4) *Traité de Droit Civil*, pág. 399.

(5) *La interpretación de los negocios jurídicos*, págs. 116 y 117.

lo 1.255), que no son de hoy. La limitación es de derecho imperativo, porque es el alto dado por la ley.

La limitación no es algo exclusivamente exterior. La limitación tiene dos sentidos: lo que deja fuera y lo que coloca dentro.

Los límites dan sentido espacial a una propiedad. El límite da el perímetro y con él la estructura de las cosas inanimadas y de las animadas. Hasta en el orden moral se ha dicho que es tan interesante lo que un hombre *no hace o no es capaz de hacer*, como lo que hace.

Observa Meterlink que en las cárceles el ladrón suele vanagloriarse de que no mata, y el asesino de que no roba. Son las pequeñas parcelas donde todavía levanta la frente el honor, los tristes motivos de orgullo ético.

Los mandamientos de la ley de Dios son en su mayoría negativos o de no hacer, y el observarlos da carácter moral al hombre sólo por razón de límite.

Por todas estas razones, sería una locura repetir lo que Waldeck Rousseau decía en el Senado francés en 1901: "Hay en nuestro derecho un principio constante: que una ley no pueda agregar nada ni cercenar nada a un contrato concertado entre partes." Aun no hace medio siglo que se pronunciaron con categórica e indebida seguridad y ya hacen sonreír como un dislate de la inocencia. Hemos dado un salto a la Edad Media, y lo grave no es la situación, sino el rumbo a la Edad de Piedra.

Claro es que el régimen de *plena libertad*, el gigantesco desarrollo económico perfila tiranías contractuales. Morin (6) señala tres ejemplos:

Las entidades aseguradoras que efectúan la sustitución del contrato individual, libremente discutido, por la póliza fabricada en serie e impuesta prácticamente.

Los transportes ferroviarios y marítimos, ante los que hay que sucumbir.

Y el contrato de trabajo.

A ello se debe agregar las Compañías de suministro de fluido eléctrico y agua.

Pero estos monopolios de hecho se deben corregir; si no se pueden corregir, se deben atenuar, y siempre tomarlos como una desgracia y no como un ejemplo.

A medida que mengua el contrato voluntario, decrece la dignidad humana.

En todo régimen gregario, el individuo pone su alma, su sangre o su vida al servicio del que manda, y todo va a perderse en el conjunto. Sólo las más altas jerarquías logran destacar la personalidad, porque en ellos la acción es libertad. La obediencia nos convierte en instrumento, y el instrumento es lo contrario de la personalidad.

Los contratos voluntarios no necesitan demostración de su existencia. Su cualidad sí requiere algún análisis.

(6) *La loi et le contrat. La decadence de leur souverainete*, pág. 59.

En defensa de la ciencia procesal

(Meditaciones para la doctrina, la práctica y la legislación, a propósito de la vigencia y reforma del Código italiano de 1940) (*)

LEONARDO PRIETO CASTRO

Catedrático de la Universidad de Madrid y Abogado

1. La publicación del *Codice di procedura civile* de 1940 constituye el acontecimiento jurídico procesal más importante de este siglo. No importa que quien lo contemple sea italiano o sea extranjero. Para los italianos no sólo es una ley, sino que debe ser, al mismo tiempo, un monumento. Para los de fuera, conocedores de la fatigosa y apasionada labor realizada por la ciencia italiana durante cerca de medio siglo, es el fruto merecido y esperado de ella; y cuando lo estudiamos no podemos sustraernos a ver en sus artículos el espíritu vivo de los que, con ese continuado esfuerzo, lo inspiraron. Es una conquista de la cultura jurídica de nuestros tiempos, y los científicos de todo el mundo, transidos de un sentimiento de solidaridad, pueden creerse, nos creemos, con derecho a saludar su nacimiento y a seguir su desarrollo, aunque sea con otro interés que el de aquellos cuya vida judicial ha de gobernar.

Fueron siempre, hasta ahora, los jubileos del estamento científico organizados para festejar el cumplimiento de edades o la llegada de fechas. Pero esa costumbre podía romperse alguna vez, abriendo el paso a la fiesta del recién nacido, y, con ella, a la de los progenitores. Es pura y feliz coincidencia que aquí, realmente, se tribute ese doble homenaje.

2. El niño nació robusto y bien formado: sólo algunos detalles secundarios de contextura manchan tenuemente su angelical belleza

(*) Este trabajo ha sido escrito para el homenaje al Profesor Enrico Redenti, bajo el título "En defensa de la Ciencia o Meditaciones, con ocasión del Código italiano de 1940", y del cual se suprimen aquí los dos párrafos finales destinados a desenvolver el principio de la comunidad científica internacional y los rumbos de la enseñanza.

y la bondad de su alma, que se adivina; y, sin embargo, suficientes para servir de asidero de reproches de defectos y deformidades de los que esencialmente no padece, pero que se le suponen, quizás porque vino a la tierra mortal en momentos de pasajera epidemia. No es un secreto que el nacimiento estaba preparado en un ambiente de sanidad y se realizó bajo la dirección y vigilancia de médicos expertos, consagrados por su ciencia, que, ante todo, cumplieron su deber escrupulosamente, guiándose sólo por su saber y su técnica, sin atender las indicaciones de quienes, legos en fisiología, en patología y en terapéutica, mal podían aconsejar y menos imponer sus opiniones. El caso es que el fruto no se recibió cariñosamente; cuchicheos y conciliábulos por doquier, de donde nada bueno para la criatura resultaba.

Cosa natural, los observadores serios, la gente sensata y no impresionable, dada a escudriñar las causas de los fenómenos y a no dejarse llevar por el primer impulso, mostraron su inclinación hacia los expertos, aceptando incondicionalmente su dictamen. No obstante, una sombra de duda queda en el fondo: ¿Será verdad lo que se dice? O, por el contrario: ¿Hay un error en la generalidad?

Alternativa grave, con la que se pone en discusión el éxito o el fracaso de la Ciencia. La respuesta es posible que se encuentre en las simples observaciones del medio ambiente en que ha venido a mostrar su vitalidad el nuevo ser.

3. *Nihil novum sub sole*. En España, el año 1853, bajo Isabel II, el Marqués de Gerona, José de Castro y Orozco, publicó su *Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria*. Esta ley, cuya exposición de motivos era un duro ataque contra los vicios y corruptelas de un derecho procesal común deformado y escarnecido, introdujo hace cerca de un siglo el principio de concentración, evitando en lo posible las cuestiones incidentales con impugnación independiente del fondo, la celeridad en la substanciación de los negocios, previendo incluso la rebeldía del actor en un procedimiento fundamentalmente escrito, la publicidad, el impulso oficial en cierta medida, la acomodación del principio dispositivo a las finalidades públicas del proceso, ampliando los poderes del juez, sobre todo en materia probatoria; la casación con un sentido de modernidad, y la estadística judicial con designios de control. Prendas todas dignas de alabanza. Pero la práctica, a quien tanta belleza deslumbraba y confundía, exigiéndole otros modos, nuevas normas de conducta, no la soportó ni un momento; desde el principio, la *Instrucción* fué criticada en los términos más violentos, y los ataques la pusieron muy pronto fuera de combate. “Cayó en breve—nos dice el procesalista de Derecho común De Vicente y Caravantes con tremenda palabra—al peso de la reprobación pública, hábil y enérgicamente expuesta en notable informe por el Colegio de Abogados” (1).

(1) De VICENTE Y CARAVANTES: *Tratado*, I, 1856, pág. 56.

Cubriéronse las formas insistiendo en el deseo de una nueva ordenación legal, con las exigencias mínimas de que se llevase a cabo por los "trámites legales" (siempre, la nota política) y con "madurez"; la inspiración fundamental habría de ser el "restablecimiento, en toda su fuerza, de las reglas cardinales de los juicios consignados en nuestras antiguas leyes", o, lo que es lo mismo, el derecho común falsoedo por el transcurso del tiempo. Al cabo de cinco meses (lo que no arguye precisamente mucha "madurez") quedaba consumado el gran paso atrás de la ley de Enjuiciamiento civil (Código procesal) de 5 de octubre de 1855. La *Instrucción* del Marqués de Geróna fué la segunda experiencia fallida en la historia procesal española; la primera había sido la *lex Visigothorum* (año 654), llamada a figurar como el primer código de esta nacionalidad. La *lex Recesvindiana* intentó dar carácter público al proceso y hacer del juez un funcionario independiente: garantizaba la igualdad de las partes, se preocupaba de la rápida sustanciación de los negocios, imponía la oralidad, la publicidad, la inmediación y el impulso oficial; rechazaba el medio probatorio formal del juramento, limitaba los actos dispositivos y daba carácter público a la institución de la cosa juzgada.

Pero el ambiente y las circunstancias no eran propicias: la costumbre se impuso a la ley, y fundamentalmente persiste varios siglos después el formalismo germánico primitivo, con los *Gottesurteile*, la *Blutrache*, la *Friedenlosigkeit* y demás prácticas nórdicas importadas. Incluso la misma legislación de Alfonso X el Sabio (*Partidas*, año 1265) corrieron al principio la misma suerte, hasta que, por su superior tecnicismo y exhaustividad, logró imponerse.

Evidentemente, no pueden asimilarse casos históricos tan separados por el transcurso de siglos, y distinto de todos será, sin duda, el que ofrece el Código italiano, en los años que vivimos. Pero al menos es lícita una deducción general. Para la prosperidad de una obra legislativa se requiere que el medio exterior en que ha de aplicarse se halle preparado; de no ser así, el fracaso puede ser inmediato y fatal, con graves dificultades de corrección cuando, por el accentuado privilegio normativo del Estado, o por tratarse de instituciones de carácter público, no es ni siquiera imaginable una costumbre fuera y menos contra ley. Incumbría, pues, al legislador procesal verificar, ante todo, las condiciones y las características del ambiente a que destina su obra, para no entregar más de lo que se puede recibir ni retener aquello que confiadamente puede y debe dar.

Ahora bien, en nuestro siglo es la Universidad, depositaria de la ciencia cada día hablada, y del libro que se difunde, quien suministra el grado de cultura que hace posible en los pueblos la existencia de buenos legisladores y de destinatarios aptos para recibir, entender y manejar las leyes que esos promulgán.

La Ciencia se impone así una doble misión, y se trata de ver, concretamente ahora con el ejemplo del *Codice* de 1940, si ha logrado cumplirla. La averiguación es de importancia superlativa, pues si bien

el ejemplo pudiera, de un lado, considerarse como un hecho doméstico de un país, y efectivamente así es, sin validez general (lo que no admitimos), y, de otro, se presta a la objeción de que los valores de la Ciencia se hallan por encima de cualquier detracción circunstancial, y que, por lo tanto, el caso sea considerado pequeño e indigno de examen, estimo que para los científicos el resultado a que se llegue es susceptible de afianzarles en su postura o, por el contrario, de inducirles a un cambio de rumbo. Aquí reside la causa por la que me ocupo del caso; creo, por todo lo dicho, que no está, en modo alguno, fuera del destino permanente de los trabajos que aquí aparecen.

4. En la medida que me fué posible, he venido haciendo comprobaciones durante los últimos años acerca del *Codice* de 1940. Las actitudes y reacciones provocadas por su puesta en vigor y subsiguiente corta vigencia me han conmovido intensamente; no pude sustraerme al análisis de las que, a mi juicio, son causas y a la previsión de las que, creo, pueden ser consecuencias.

Es asombrosa la polémica; es sangrienta la diatriba; es irrespetuoso el ataque a una de las más sólidas representaciones de la Ciencia que conocemos en nuestros días. Lástima grande es que la licencia en el decir, la falta de sentido de la responsabilidad en el enjuiciar, sea lo que caracteriza a la libertad que se recobra o a la libertad de la que no se sabe usar. Hemos visto escritos verdaderos libelos, cuya acogida en revistas científicas sólo es explicable por la independencia consustancial a la doctrina, y, sin duda, por el convencimiento de su propia firmeza.

Concibo una crítica objetiva del contenido de un cuerpo legal, del sistema, de la orientación, de la adaptabilidad a las condiciones del país en que haya de regir, y es lícita la crítica política, en cuanto que los principios últimos informadores de una legislación exceden del campo jurídico, para penetrar en el otro ámbito; pero siempre que ella no parta del error, frecuentísimo en todos los tiempos, consistente en identificar la coyuntura histórico-política con las ideas y concepciones inspiradoras de la ley, como si una y otras fuesen inseparables. La crítica o reproche de este tipo se nos presenta siempre como la más enojosa y hasta peligrosa de combatir cuando, como sucede actualmente en el mundo entero, se pasa por una etapa de emergencia política y social. Queremos, por ello, descartarla, en cuanto sea hacedero, de nuestra consideración; independientemente de que, como todo lo ocasional, no sirve para llegar a conclusiones estables.

5. Me veo precisado a afirmar, en calidad de premisa entre las varias de que intento valerme para fundar mi tesis, que el Código italiano de 1940 es, sencillamente y en términos generales, una obra extraordinaria, producto de una nación señaladamente carismática para las construcciones jurídicas en todos los siglos de su dilatada historia. Representa la culminación de una ingente labor llevada a cabo por juristas de superior calidad, a los que debe Italia una época de florecimiento sólo comparable a la que en Alemania transcurre

desde la terminación de la guerra del 70 hasta el comienzo de la primera europea (2).

En los momentos de la publicación del Código la dificultad, que siempre ha existido para lograr un equilibrio entre el derecho subjetivo y la presencia del poder estatal, se ofrecía en términos de mayor gravedad, a causa de las corrientes políticas que anteponían el Estado al individuo. Ante el logro de esa coordinación, la posibilidad o la realidad de un error en cualquier otro punto carecería de importancia, sería secundario y no podría servir como apoyo para críticas dignas de consideración. El juicio que mereciera la obra legislativa iba, pues, a depender solamente de eso.

Puestas así las cosas, me veo obligado a reputar admirable la fórmula del Código. Su avanzada es el derecho del individuo; después junto al reconocimiento de su preponderancia, la jurisdicción como deber y función pública que constríñe al Estado a ver en el proceso más allá de los fines privados del particular, alejándose con decisión del concepto antiguo del juez espectador en un juego de suerte, azar y hasta picardía, en una lucha a la que se siente ajeno, cuyo resultado no le interesa y en la que únicamente está llamado a proclamar la victoria del vencedor, cualesquiera que hayan sido los medios incluso reprobables, de que se hubiese valido.

Un Código procesal alcanza su justificación definitiva mostrando la presencia del Estado en los conflictos de derecho privado entre particulares, pura y simplemente en su propio prestigio (es decir, sin intenciones laterales, encubiertas), y, con él, en el de la función jurisdiccional, porque es absurdo pretender que la sentencia civil aspire a ser reconocida como verdadero *ius inter partes* cuando, al lado de las inevitables ficciones y de la insustituible vigencia del principio dispositivo, todavía se quiere conservar como admisible y no sonrojante una verdad "formal", para cuyo logro todos los artificios y maquinaciones son buenas, y no estigmatizan socialmente a quienes los emplean, verdad que sería típica del proceso civil, frente a la otra verdad, más seria y *verdadera*, la "material" del proceso penal. Los restantes preceptos, las diversas regulaciones de la ley procesal, no son más que medios instrumentales para esa finalidad superior, en el fondo fáciles de construir; allí actúan ideas políticas, que pueden

(2) Reputo admirable, por su objetividad que un jurista excepcional, como CARNELUTTI, recogiera en su estricta significación literal el elogio que sus iguales, los procesalistas alemanes, tributaron a la Ciencia italiana en la reunión celebrada en 1923 por la *Vereinigung deutscher Zivilprozeßrechtslehrer*, cuando Mendelsohn Bartholdy dijo: "No hay más remedio, señores, que rendirse; de nosotros los alemanes, la supremacía del derecho procesal ha pasado a los italianos" (cfr. CARNELUTTI: *Saggio di una teoria integrale dell'azione*, en *Riv. dir. proc.*, I, 1946, págs. 17-8). Porque la verdad histórica es otra. Italia simplemente "recupera" una primacía que tuvo durante varios siglos de la Edad Media y muchas décadas de la moderna hasta el punto de permitirle dar al mundo entero los principios generales para sus sistemas procesales, a través del llamado Derecho Común y del Estatutario.

ser metajurídicas y aun antijurídicas; aquí, conceptos jurídicos y, si se quiere, también técnicos. El error o la exageración en el primer aspecto pueden ser catastróficos, no admiten corrección, conducen a la extinción total; el error en los revestimientos jurídicos y técnicos simplemente postulará una reparación, que puede ser cómoda y de rápida ejecución, hoy o en 1940, como en 1865.

Estimo que la idea del Código de 1940 está más que justificada con el hecho y con el hallazgo que voy a indicar. El hecho es éste: Poner en su irontispicio las normas sobre la jurisdicción, para afirmar su preeminencia, pura y simplemente, dando a estas dos palabras el sentido antes expresado, ya que no sea propio de un Código procesal descender a las definiciones académicas y menos hasta aquellas que implican valoraciones, más que estrictamente jurídicas, también políticas (*iustiticia*). El hallazgo es éste: El ejercicio de la acción, por causa de un derecho y la invocación de un interés, aparece como presupuesto necesario y suficiente para incoar un juicio (artículos 99 y 100) (3).

Estoy, por cuanto queda dicho, inclinado a sostener que cualquier crítica o juicio del Código de 1940 que no parta de aquellas ideas de orden superior, serán superficiales e incompletos; el mérito y la vida de una obra legislativa trascendental no pueden hacerse depender de la falsa postura en que se coloque el observador ni de la limitación de su análisis a una contemplación más o menos superficial de alguna de sus piezas y el modo como se han colocado (4).

(3) No debo silenciar ahora, cuando la impresión que me ha producido la polémica en torno al Código me aconsejó escribir las presentes líneas, que, personalmente, desde un principio, acogí con aplauso el sistema de un código que, poniendo al frente de todo su empeño la tutela de los derechos subjetivos del individuo, iniciaba su articulado con las normas sobre la jurisdicción. En el fondo, no había ido yo más lejos cuando en mi *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, 1.^a ed., 1941 (en ulteriores ediciones, *Derecho Procesal Civil*), tras de los indispensables conceptos introductivos, figura en el primer plano la teoría de la acción, y seguidamente la de la jurisdicción. Por la importancia que para la doctrina procesal han tenido los acontecimientos del último decenio, creo no desviarme de la línea de pensamiento que me impone la meta a donde quisiera ir, si consigo la complacencia que me produce ver sustentadas por CARNELUTTI (op. cit. en la nota anterior), ideas muy análogas a las mías de 1941, sobre el concepto de la acción.

(4) Debe deplorase que la casi totalidad de los trabajos publicados por los procesalistas sobre el Proyecto del Código, en la medida que me son conocidos, desde el que fué mi singular amigo GOLDSCHMIDT (J.) hasta mi también amigo RICCA BARBERIS, hayan prescindido fundamentalmente, de examinar la faceta, decisiva, a que se viene atudiando en el texto, para detenerse, más bien, en puntos concretos de detalle, de importancia, pero al fin y al cabo accesorios. Hubiera sido la mejor propaganda del mismo y una preparación de los espíritus para recibir una obra legislativa que era, y es, de todos los tiempos, contribuyendo a disipar errores y a evitar los disparatados juicios que más tarde se han emitido con lamentable gratuitad. Publicado el Código, habría sido deseable que los tratadistas y comentaristas hubiesen destacado su carácter ortodoxo en cuanto se refiere a la inspiración medular, su arranque en el concepto de la tutela de los derechos del ciudadano, con las inherentes derivaciones: ello era necesario

Total desenfoque he creído hallar en los juicios y valoraciones críticas del Código, que en su fondo reconocen una falta de perspectiva histórica, e injusticia manifiesta, aún más, desconocimiento de una Ciencia, la procesal italiana, ante la cual hay que descubrirse. Pero esto, no ya en el extranjero—salvo algunos, entre los que quisiéra contarme—, sino incluso en la misma Italia.

Esta producción legislativa admite multitud de discusiones doctrinales y técnicas en otros tantos aspectos, como, por ejemplo, la creación del juez instructor para los negocios más importantes; la imposibilidad de que una Magistratura que no se halle compuesta por un número abundantísimo de jueces con espléndida base económico-administrativa y abundantes medios materiales pueda atender cada causa con la exclusiva dedicación y el perfecto conocimiento del caso singular que requiere un sistema donde el instructor, e incluso el Tribunal del plenario, vienen obligados a llevar, desde un principio, todos los hilos de las cuestiones principales y de las accesorias, diversamente de aquel otro en que las partes son los *domini litis*, sobre todo si va asociado a una forma procedural escrita en donde los jueces no tienen necesidad de dirigir y centrar debates ni tomar parte activa en los distintos aspectos de la prueba, y únicamente al final, cuando llega el inevitable momento de la sentencia, por primera vez se enfrentan con los autos; el excesivo uso de las preclusiones; la minuciosidad y preciosismo de la ejecución; pero, sobre todo, el “cajón de sastre” del libro IV, y particularidades semejantes (5); aparte de aquellas otras que, ya en la práctica, se muestran como perturbadoras para la celeridad de la sustanciación, de marcado carácter procedural, sin duda importantes todas; pero que sólo llaman a las adecuadas reformas, sin que la Ciencia pueda ser responsable directa de los resultados (6).

aunque la dificultad histórica no se me oculta, por cuanto debía presumir cuál podría ser el blanco al que los posibles ataques actuales y posteriores se dirigirían.

Los observadores extranjeros (me refiero a los de nuestro país) no tomaron camino distinto. Así, no se ocupa de este aspecto ALCALÁ-ZAMORA (en la traducción del *Sistema*, de CARNELUTTI, I, Buenos Aires, 1944, págs. 397 y sgs.), MIGUEL Y ROMERO (en *Rev. Gral. de Leg. y Jurisp.* Madrid 1942, págs. 484 y sgs.), DE LA PLAZA (en *Rev. der. priv.*, 1941, págs. 517 y sgs.), SENTÍS MELENDO (en *Rev. der. proc. argentina*, 1943, II, págs. 74 y sgs.), si bien debe hacerse constar que este autor habla ocasionalmente del Código al reseñar el primer volumen de las *Instituciones*, de CALAMANDREI.

(5) No he pretendido haber puesto el dedo en la llaga aludiendo a las diversas cuestiones doctrinales y prácticas del Código; me limito a poner ejemplos, para contenerme dentro del fin a que aspiro.

(6) Tampoco interesa aquí, por la misma razón de la nota precedente, tratar sobre los defectos por los cuales la práctica está poniendo el grito en el cielo, pues esa incursión no parece muy autorizada a los extranjeros. Asimismo es correcto eludir el problema puramente interno acerca de la oportunidad del retorno a las viejas prácticas—cosa derogación del nuevo Código repitiendo el caso de la *Instrucción española* aludida al principio—o de una reforma que de modo no siempre correcto para la doctrina propugna la práctica y que tan precipitadamente e incluso ciegamente, permítasenos decirlo—parece que se quiere llevar a

La falta de perspectiva histórica la encuentro en que todos cuantos señalan en el Código la tara central de un desmedido autoritarismo judicial, parece como si creyeran que la idea de la justicia civil concebida como función estatal y donde el Estado se reserva determinadas facultades e intervenciones, es cosa que se acaba de inventar en Italia, precisamente ayer, en el Código de 1940. Por lo visto se ignora lo que está ocurriendo en el mundo procesal, especialmente a partir de 1877 (7), y no ha despertado curiosidad la extraordinaria acentuación de las facultades del juez en el Código procesal austriaco y los onerosos deberes, que en él se imponen a las partes; un Código eminentemente autoritario, en el que la función jurisdiccional está por encima de la protección de los derechos particulares (8), nacido en el liberalismo de Francisco José I, resistente en la actualidad a los influjos del lado de allá del telón de acero, tras del cual —o poco menos—acaba de publicarse la apología de su madurez en los quince compactos artículos de que consta la *Festschrift zur Fünzigjahrfeier der österreichischen Zivilprozessordnung*, que ha aparecido en Viena en 1948 (9).

Convendría, igualmente, señalar que los principios de los Códigos alemán y austriaco, y ahora principalmente del segundo, se acogen sin reservas en países francamente democráticos, como Suecia (1942);

cabo, y, por fin, se realizó, con tan mala fortuna, en el Decreto de 5 de mayo de 1948. Acerca de estos aspectos me remito a los concienzudos y serenos trabajos de CARNACINI: *Circa la riforma del Codice di procedura civile* (publ. de la Facultad de Derecho de Módena), 1947 y *L'associazione fra gli studiosi del processo e i lavori in corso per la riforma del Codice di rito civile* (separada de la *Riv. trim. di dir. e proced. civ.*, I, 1948), con las numerosas citas que se contienen, y más recientemente, REDENTI en la *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1948, y CARNELUTTI, en esta misma colección de trabajos.

(7) Algo manoseado ya resulta el caso del Código de Napoleón, pero no está de más recordar que ha tenido vigor bajo los regímenes más diversos y continúa vigente hoy en Francia—with ciertos retoques, importantes los más modernos—y fuera de ella.

(8) Bajo el epígrafe *Die Ziele des österreichischen Prozesses*, KLEIN, el padre del Código austriaco de 1895, expone ideas a cuyo lado las de la *Relazione* de Grandi son un verdadero canto democrático a los derechos individuales y casi una postergación del Estado (cfr. KLEIN—mit Ergänzungen von—ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs*, 1927, págs. 186 y sigs.; pero debe advertirse que el libro, según indica su autor en el primer prólogo, estaba ya escrito en 1914).

(9) Hasta qué punto se procede irracionalmente y por consideraciones metajurídicas en estos tiempos lo prueba la llamada *Proklamation* (núm. 3) del Consejo Aliado de control en Alemania, donde se ordena la reforma de las leyes de justicia, entre ellas las procesales, conforme a las directivas que indica (y que aún no conocemos). En realidad, el Código alemán de 1877—texto de la Novela de 8 de noviembre de 1933, está exento de toda directa influencia socialista nacional, pues, como es sabido, se basa en el *Entwurf einer Zivilprozeßordnung veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium*, en 1931, y este proyecto a su vez, se reconduce al Código de Klein, como saben cuantos cultivan estas materias. Es decir, en 1933 rada sospechoso desde el punto de vista político se agrega al primitivo cuerpo legal de 1877. Pero por simples coincidencias cronológicas, el Código que nació inspirado en aquél, mejorándolo, y luego pasa a ser inspirador, continúa su pacífica vigencia, mientras él que simplemente se le acerca hállase en la picota.

y por si los sistemas germánicos despertasen sospechas de prusianismo, ahí está el derecho inglés con sus jueces dotados de amplísimos poderes para configurar el procedimiento, originando un sistema en el que sería muy difícil que cualquier defecto procesal no admitiese la subsanación necesaria para franquear la entrada en el fondo del asunto (concepción del proceso como un prudente y adaptable medio para el fin de la justicia).

7. El mismo modelo penal debería inducir a la meditación. En la casi totalidad de los Códigos penales no se hace distingo alguno entre los delitos para asignarles una forma de instrucción determinada, con arreglo a sus características, a su gravedad, a la peligrosidad del delinquente, al origen y al fin de la persecución. El Estado ejerce su *ius puniendi* de igual modo y con idénticas cautelas y reservas sea cual sea, fundamentalmente, el caso de que se trate. La desorientación y la oscuridad que reina acerca de estos puntos sólo ha permitido que se alcen voces aisladas (10) para pedir una ordenación más conforme a las exigencias de los derechos del particular indiciado o procesado, sin perjuicio de los que ha de reservarse al Estado; no hemos visto señalar que en algunos casos esté—por medio del órgano judicial—más allá de lo debido, es decir, se muestre en exceso autoritario; desde luego, de ningún modo los prácticos han expuesto sus quejas sobre este punto—ni sobre tantos otros—, comprobándose así que, sin la investigación de la Ciencia, los mayores errores, si no afectan a realidades empíricas de muy fácil percepción, pueden persistir durante siglos sin advertirlos quienes los padecen; es el arma de dos filos de la doctrina; mal cuando no enseña, y también puede ser mal cuando enseña demasiado extemporáneamente.

En efecto, la ciencia penal y la procesal penal, que no ha dedicado hasta el día la suficiente meditación a sus problemas (11), defien-

(10) Excepto, por lo que me es conocido, SASSERATH en Bélgica. Cfr. CORNILL en *Les Novelles, Corpus Iuris Belgici*, 1941, págs. 82-3. Propugna aquél una *instruction contradictoire*.

(11) No sólo por el estudio, sino también por el contacto con la realidad en el ejercicio profesional de cada día, hace tiempo que viene preocupándome esta “cenicienta”, como donosamente le ha llamado ahora CARNELIUTTI. En cuanto dentro del juicio penal quedan comprometidos los derechos fundamentales del individuo, su valor es superior al del proceso civil. Ello debería servir como espolique que moviese a la Ciencia, en su desinterés; porque, forzoso es reconocerlo, el abandono de los estudios procesales penales se debe a la escasa rentabilidad económica que produce su realización práctica. Prescindiendo de este aspecto, el desequilibrio entre las producciones científicas respecto de uno y otro opera también, e incluso, en el proceso civil, muchas de cuyas nociones quedan por tal causa incompletas. Pese a cuanto se haya dicho antes y después de D'AGOSTINO, DIANA RENDE... sería utilísima una parte general sobre los dos procesos, para permitir la comparación de multitud de conceptos y principios, sin contar el beneficio didáctico y el ahorro que se lograría en la enseñanza universitaria. Nuestra propuesta en tal sentido se halla en mi *Concepto, método y fuentes del Derecho procesal*, 1943, pág. 310, y vol. I de la *Nueva Encyclopédia Jurídica Seix* (en prensa), voz *Derecho procesal*. Por las mismas razones es de

den generalmente a ultranza, siguiendo la corriente, la teoría del daño público del delito sin muchas especificaciones, para ver con malos ojos no ya los casos de aquellos tipos que con menos impropiedad podríamos llamar sólo perseguibles a instancia del ofendido, y no conceden atención al de algunos otros en que, sin descartarse todo el daño—predominantemente—público, por sus especialidades y características, hacen factible una postura menos inquisitiva frente al presunto reo durante las diligencias previas, mientras figure como simplemente "indiciado", y más tarde al pasar a ser procesado (imputado, según el léxico italiano).

El caso del Código procesal criminal español puede ser un alegionario ejemplo, aunque no tenga un exacto paralelo en otras legislaciones, por su gran fuerza. Es un modelo típico de Código liberal (año 1882, bajo Alfonso XII); a pesar de que, esencialmente, consagra un sistema acusatorio formal o mixto—diciéndolo de modo expreso su exposición de motivos—, el Estado no vacila en adscribir también, además del Ministerio público, para una mejor efectividad del *ius puniendo*, al querellante (particular), no ofendido directamente, sea cual sea la clase del delito, otorgándole amplias facultades de interrogación y una destacada intervención durante toda la fase instructoria. Las objeciones esgrimibles tendrían menos fuerza si la postura otorgada al particular querellante lo fuese sólo para los delitos cuyo requisito de procedibilidad es la instancia de parte; pero adquieren marcada gravedad al extenderse aquella a todos los delitos, porque entonces queda roto el equilibrio—ya que, so capa de ayuda al interés general de la punición, el ofendido no se mueve por ningún otro distinto del suyo—, convirtiéndose, en definitiva, en un exceso autoritario frente a otro ciudadano, que hasta el momento en que es procesado (imputado) se halla impotente para actuar, careciendo de defensor. Cabe sólo el correctivo de imprimir a la instrucción un carácter más contradictorio, por lo menos para ciertos delitos (12), pues es humano que el juez confíe un tanto en la actividad del querellante, el cual, como expresábamos antes, no tendrá muy en cuenta que procede, ante todo, por un interés general.

8. Creímos no errar atribuyendo a las tendencias panestatistas la introducción de principios que rompen con los tradicionales de la acción, la justicia y el proceso, para provocar un choque con el derecho subjetivo, cuya tutela es lo que, en último extremo, se viene

reputar acontecimiento importante que CARNELUTTI se haya consagrado resueltamente a su "amore segreto" (cfr. *Lezioni sul processo penale*, I y II, s. a.). Domésticamente, es interesante observar que el procesalista civil GÓMEZ ORBANEJA está vivificando nuestra Ley de enjuiciamiento criminal con sus *Comentarios* (publ. vol. I, 1947).

(12) Piénsese por ejemplo, en coacciones atribuidas por el impedimento del ejercicio de un derecho; en un documento tachado de falso, cuyo *corpus* no puede desaparecer, porque está incorporado a los autos, y análogos; sobre todo aquellos en que el querellado sea persona conocidamente honorable y no peligrosa.

considerando como finalidad eminente y prez de la civilización jurídica occidental, que repele la commistión en un mismo órgano (mejor, persona) de las funciones legislativa y jurisdiccional; el arrumbar la concepción de la ley como mandato general y abstracto, prenda insusituible de seguridad jurídica, para favorecer el hallazgo de la norma (*Urteilsfindung*, en la antigüedad; *Rechtsfindung*, ayer) en cada ocasión, o justicia del caso por caso, acudiendo al llamado espíritu popular (del que se hace depositario y fiel intérprete a un jefe político), contingente y mudable, por excluir toda confrontación con los principios inmanentes de la justicia, y resultados más graves que el mayor positivismo; la destrucción de la superior garantía jurisdiccional, la independencia del juzgador, sustituyéndola por el sometimiento a la jefatura política, que emana órdenes de servicio para los jueces, la mayor parte de los cuales serían simples figuras decorativas en un Tribunal colegiado, donde sólo el presidente decidiría (13); la anulación del sentimiento de responsabilidad del juez, eximiéndosele de la obligación de motivar sus resoluciones, para sustituirla por otra cosa oscura y bastarda, halago de la jefatura política; el aniquilamiento del principio dispositivo, mediante la hipertrófia de sus inconvenientes, olvidando que el contrabalanceo de las dos posturas de parte, con una consecuente dirección del juez, es el mejor expediente para una completa instrucción y el hallazgo de la verdad, suplantándola con otra forma procedural "más simple, libre y acomodada a su finalidad", un mero *ordnendes Verfahren* igual que el de la jurisdicción voluntaria (que, por otra parte, habría de ser concebida de un modo muy particular, casi metaprocesal); la sustitución de la acción y de la demanda por un simple *Antrag auf gerichtliche Entscheidung*, súplica de resolución judicial, o, aún más, estimando que el juez sólo está llamado a realizar el derecho objetivo y no también a imponer el respeto de los subjetivos, aquélла, la acción, carecería de razón de ser, pudiendo y debiendo, en su lugar, iniciarse el proceso de oficio o a instancia del Ministerio público, a quien, en todo caso, quedaría reservado un campo de actividad amplísimo para la aportación de materiales fácticos y probatorios; el aniquilamiento del principio de congruencia en favor de su contrario, *eat iudex ultra petit partium*; y, en fin, repele la civilización jurídica nuestra, el correlato obligado de esa aniquilación, esto es, la atacabilidad de la cosa juzgada por los más inconfesables motivos, aunque externamente a título de corregir injusticias o de acomendarla.

(13) No es ocioso aludir al sistema jurídico español, tan ignorado, a pesar de ofrecer aspectos muy originales y dignos de consideración. El respeto a la conciencia de los jueces llega en él al extremo de permitir a los miembros de los Tribunales colegiados consignar su voto disidente en un libro a ello especialmente destinado; mas para no mermar hacia el exterior la autoridad de la sentencia, por la discrepancia, ni abenar indirectamente el ánimo impugnatorio, aquél se conserva en secreto, siendo sólo conocido si llega a interponerse recurso de casación (arts. 367, 1.708 y 1.717 de la L. e. c.).

a los exaltados imperativos del derecho objetivo o de las buenas costumbres (14).

En realidad, al cabo del tiempo transcurrido desde que se consumó el aniquilamiento de Europa, todas esas doctrinas son de enojosa evocación, inoportunas, y quizás inútilmente reiteradas para los estudiosos, en cuyo patrimonio figura el perfecto conocimiento de ellas. Sin embargo, para la tesis que estamos desenvolviendo, el recuerdo era inevitable y de todo punto necesario (15).

9. Porque lo que nos proponemos decir es que si en parte alguna ha habido unanimidad para rechazar aquellas aberraciones, ha sido precisamente en Italia. Mientras se hallaba en discusión el Código de 1940, los procesalistas italianos, en cerrado frente (16), criticaban y repudiaban con buenos argumentos, profunda pasión por la Justicia y emocionada reverencia a los principios de la cultura latina y occidental, unas teorías matizadas en ocasiones de anticristianismo, que amenazaban peligrosamente (17).

Y si estas mentalidades son las que crearon el medio dentro del cual el Código nació, sería muy difícil que el mismo estuviese ins-

(14) Creo innecesario para la finalidad del presente estudio indicar las fuentes y los pasajes de estas descaminadas doctrinas, que en parte, y por desgracia, tuvieron su consagración legal, propugnadas por BAUMBACH, BESELMANN, FRANK, FREISLER, HAAG, LENZ, ROTHIENBERGER, ROZICKY-FRIEDRICH, SCHMIDT-KLEENENOW, SCHOENFELD, SEYDEL, THIERACK y VOLKMAR, entre más. Se hallan unos y otros recogidos en mi artículo *Revisión de los conceptos básicos del Derecho procesal*, 1942-43, pero publicado en 1947 (*Información jurídica*, jul.-ag., págs. 50 y siguientes), y 1948 (*Rev. der. proc.*, argentina, págs. 26 y sigs.). En Italia se cuenta con la notable información que CALAMANDREI ha suministrado desde 1937 en sus reseñas de legislación y doctrina, en la *Rev. dir. proc. civ.* No me he referido al Derecho soviético concretamente por falta de noticias fidedignas, excepto las que debo a dicho autor (*ibidem*).

(15) Es posible que tales doctrinas y su crítica hayan de traerse nuevamente al primer plano de actualidad después de las orientaciones que están dando a sus bandos o leyes las potencias ocupantes de Alemania (incluso zonas occidentales); porque se puede llegar a iguales excesos lo mismo a través de una *wissenschaftliche Gründlichkeit* que por un *fair play*. En ambos casos, desconocimiento de que Europa no en vano se ha pasado todos los siglos de su compacta *historia* construyéndose los sistemas jurídicos que convienen a la personalidad de sus pueblos. Acerca de aquellos bandos o leyes, véase SCHOENKE *Zivilprozeßrecht*, 5.^a ed., 1948, *passim*.

(16) Sin propósito exhaustivo y con arreglo a los medios bibliográficos que se han podido lograr a partir de 1936 hasta el momento presente, en que, conocidos acontecimientos internos y la catástrofe europea, perturbaron y perturban las comunicaciones científicas, debo citar—lamentando cualquier omisión, involuntaria—a ALLORIO, CALAMANDREI, CALOGERO, LÓPEZ OÑATE, SATTA, SEGNI, TOZZI...; en particular debe destacarse a CALAMANDREI, con la campaña—así puede llamársele—que emprendió en sus continuadas reseñas extranjeras, anteriormente aludidas. Para las citas concretas, véase mi trabajo citado en la nota anterior.

(17) Esta actitud valiente y resuelta de los científicos italianos es lo que ha permitido a LEGAZ (*Introducción a la Ciencia del Derecho*, pág. 131) la afirmación de que no ha habido una doctrina jurídica fascista, predominando en Italia las concepciones tradicionales. De aquí el conocido reproche contra Geritile: No fué hábil para hacer penetrar en los estudios del Derecho las ideas políticas que representaba. Mejor diríamos: No pudo.

pirado en otras ideas distintas de las que sustentan. Porque los materiales para la formación de un cuerpo legal no las encuentren los hombres que lo han producido—es inútil hablar del legislador (18)—dentro de sí mismos, sino que las captan entre lo que florece y existe en torno a ellos (piénsese en la calidad de una ley que compusieran los aborígenes de Guinea).

Los autores del Código, por ello, no podían instaurar ni han instaurado un juez sin ley, ni le han sometido a las directivas políticas del Gobierno; antes al contrario, las reglas que aplican continúan siendo los preceptos generales y abstractos que contemplan las situaciones normales de la vida; no permiten que el juzgador actúe inquisitivamente, sino que el inicio del proceso depende de la instancia proveniente del particular interesado, quedando al Ministerio fiscal el círculo de intervención que es usual en otros sistemas jurídicos (por ejemplo, el español), reducido a las causas donde debe actuar conforme a su estatuto legal y aquellas otras en que tradicionalmente es parte por virtud del interés público implicado, un campo restricto al lado del que se reserva a los defensores de los litigantes (19), y, una vez comenzado el pleito, él juez se atiene a las aportaciones de las partes (20); han regulado un procedimiento que se halla predeterminado, salvo prudentes concesiones para la adaptación al caso particular; procurando simplificar y facilitar la actividad que constituye ese procedimiento (allanando así el camino hacia el fin social del proceso), de modo que, en lugar del principio de la forma rigurosa, dan entrada a una precavida libertad de los actos procesales,

(18) No podemos imaginar lo que habría ocurrido en sus Códigos si Napoleón hubiera hecho algo más que "darse una vuelta de vez en cuando" (como decimos familiarmente) por sus comisiones de juristas. Es mucho más leal y más verdadero—historia y no fábula—decir Código de Planck y colegas, de Klein o de Dos Reis, en vez de Francisco José, Guillermo II o Carmona.

(19) Tan sólo es dudoso el artículo 380, I al disponer la "asistencia" del M. f. a la discusión (y, debe suponerse, también votación) de las sentencias de casación. Habría sido de interés que, por ejemplo, ALLORIO (en *Riv. dir. proc. civ.*, 1941, I, págs. 212 y sigs.) hubiese dedicado mayor espacio al problema. En todo caso, no creo que esta simple presencia del M. f. tenga el sentido de un portillo abierto a la ingerencia del Poder ejecutivo, lo que fué repudiado antes, como sostiene ALCALÁ-ZAMORA (lug. cit., pág. 413 y nota 48). Estimo, diversamente, que ello ha de reconducirse a la concepción general del particularísimo medio impugnatorio, como el recurso en interés de la ley, que en algún Derecho, el español, presenta destacado a este funcionario, llamándole "recurso interpuesto por el Ministerio fiscal" (epígrafe sobre arts. 1.774 y sigs. de la L. e. c.). Por lo demás, esta intervención del M. f. parece que era conocida bajo el Código antiguo (cfr. ZANZUCCHI, *Diritto Processuale civile*, II, 1946, página 271, núm. 59, *in fine*), y al tratarse de una simple "asistencia", lejos de manifestarse como envío en sentido gubernativo, si los magistrados no se dignan, por ejemplo a causa de cortesía, advertir tal "presencia"—cosa a la que no les obliga el artículo 380—, la postura de aquél puede ser muy penosa.

(20) Sería interesante observar la reacción de los impugnadores ante los artículos 340 y siguientes de la Ley española, con sus facultades para que el juez, después de la última preclusión instructoria y antes de dictar sentencia, pueda hacer llevar a los autos documentos y dictámenes periciales, ordenar la conferencia supletoria y disponer la inspección judicial.

compatible con las necesarias garantías de la función jurisdiccional (21); sujetan al Tribunal en sus pronunciamientos de fondo a las *pacta* de las partes, y ponen a la cosa juzgada su marbete: *Mane tecel*, haciéndola inviolable dentro de los límites más ortodoxos.

Estos particulares son los que importa examinar para emitir un juicio que no sea gratuito y debido a apasionamientos circunstanciales, que, si han de evitarse en la vida cotidiana común, menos son admisibles en el terreno científico.

Y no importa que los hombres bajo cuya dirección política una ley se promulga aspiren a fijarle, en cuantas ocasiones puedan, su rótulo particular. Es una pequeña vanidad humana, disculpable; en ocasiones, próxima a la puerilidad, como cuando manifiestamente el pabellón no corresponde a los materiales ni a la mercancía elaborada que se trata de cubrir (22). Inexplicablemente, todas las circunstan-

(21) ALCALÁ-ZAMORA (loc. cit., pág. 415) critica lo que, a su juicio, es una desviación del principio de la libertad de forma en que se inspira el Código, citando el artículo 581 con las tres velas para medir el tiempo dentro del cual pueden hacerse posturas en las subastas. Si, efectivamente, ese medio de computación cronológico fuese una "forma", debería censurarse, por absurdo e intempestivo en el Código más moderno y progresivo. Pero nosotros creemos que es sólo un simpático arcaísmo no dado a plantear los problemas que, afanosamente, nuestro querido colega sugiere; los evita esta expresión aproximativa: "velas que duran *un minuto circa*". El caso es del todo distinto de la forma seden e prescrita en alguna época de la historia como única apta para el juez que intenta pronunciar una sentencia válida.

Debería distinguirse, al hablar de formas, lo que sea formalismo, arcaísmo y modos de cortesía para los Tribunales, fácilmente confundibles entre sí. También habría mucho que discutir sobre la llaneza del lenguaje jurídico y la jerga, la precisión técnica y el idioma artificioso para una especialidad determinada. Estamos satisfechos de que en los planes de ayuda europea no figure la importación de unas costumbres forenses que permiten al abogado informar paseando delante de la mesa de la Justicia y otros excesos. Al menos, pueda la Europa empobrecida continuar rindiendo culto a su educación aristocrática: Con la bonita fórmula "guarde la ceremonia el Señor Letrado" llámase en España la atención al defensor que por error o inadvertencia, realiza algún acto incompatible con el respeto debido y la dignidad del Tribunal. La exposición de motivos del Código de 1940 se cree en el caso de hablar sobre la asequibilidad y llaneza del lenguaje que en él se emplea. Pero nosotros, y creo que algunos compartirán nuestras ideas, nos felicitamos de que haya pasado la moda del *volkstümliche Sprache*; quiérase o no, el lenguaje de las leyes será, como siempre lo fué, solemne y elevado (el imperativo es severo), dentro de la sencillez; no podemos ser opuestos a tanto tecnicismo como sea preciso, sobre todo en las leyes procesales, cuyo destinatario sólo mediáticamente es el pueblo. En esto no hay que ser demasiado condescendientes; no lo son, por ejemplo, los médicos, que, por nada ni por nadie abandonan su léxico más misterioso y más mágico que el de los juristas, inasequible muchas veces incluso a las personas cultas. Además, son en ocasiones preciosos los arcaísmos. ¿Podría concebirse en España un abogado que comenzase su discurso diciendo "con permiso", en lugar de la ancestral fórmula "con la venia"? ¿No es ciertamente hermoso que toda la autoridad y la dignidad del Tribunal sea encerrada, cuando a él nos dirigimos, por escrito o de palabra, los abogados, en el ínciso "Señor"?

(22) Con referencia al Código de 1940, su exposición de motivos (*Relazione*) es desconcertante. El cuerpo legal nada tiene que ver con las ideas que pretende exaltar, inoperantes, según quedó expresado, en el terreno procesal.

La más profunda verdad entre todas las afirmaciones que encierran las di-

cias externas, las apariencias, la propaganda, operan tan engañosamente que, no sólo el vulgo, los profesionales que podrían haber perdido el hábito de leer libros, sino incluso muchos procesalistas extranjeros cayeron en el mismo error de aceptar una paternidad no legitimada ni presumida, cuando tan necesaria—y no muy difícil—era su investigación (23). Bastaba con realizar una meditación retrospectiva y actual, elevándose sobre los accidentes momentáneos para evitarlo (24).

10. Resulta, por lo tanto, que un estudio sereno y fundamentado de los antecedentes y el contenido del Código nos autoriza a sostener que cualesquiera reproches serían admisibles, excepto, justamente, la mayoría de los que se le han dirigido. Nada de lo que es perceptible con los medios normales de observación justifica el deseo ni los impulsos para postergar definitivamente una obra legislativa que, en las líneas fundamentales de su estructura, constituye un timbre de gloria para la nación en que se ha producido. No fué la de aquéllos una reacción normal ante la nueva ley que obliga a asimilar distintas ideas y principios, a modificar las prácticas o, si se quiere, incluso —¿por qué no decirlo?—a prescindir de las corruptelas arraigadas. Ha sido más de eso, que preveía certeramente Pisaneli al publicarse el Código de 1865.

Estamos los del lado de acá del Pirineo en situación especialmente favorable para emitir juicios sobre el trascendental problema de política legislativa. Sólo a medias es nuestra ley de Enjuiciamiento civil (Código procesal) el odre liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino añejo del proceso común de los siglos pasados (25); porque otros caldos viejos de las Partidas, de los Orde-

versas, exposiciones de motivos y los discursos anteriores y posteriores al Código se halla, á mi juicio, contenida en estas importantísimas palabras del Ministro de Justicia: "El nuevo Código no es el resultado de concepciones particularistas ni de construcciones abstractas o doctrinarias propias de esta o de aquella escuela. Es la culminación del pensamiento científico y de la experiencia práctica de cincuenta años enderezados a dar, por fin, al pueblo italiano modernos y eficaces instrumentos procesales que aseguran, conforme a una idea de justicia rápida, realista y humana, la definición de las controversias civiles."

(23) Confundieron las apariencias y los cantos de sirena a MIGUEL Y ROMERO, DE LA PLAZA y SENTÍS MELENDO (lugs. cits.). En cambio, da en el clavo plenamente ALCALÁ-ZAMORA (lug. cit., pág. 402).

(24) Los científicos italianos, sin distinción, no necesitan que nadie de fuera venga a decirles estas verdades (y sentiría que su verificación por mí, como premisa insoslayable de lo que al final pretendo decir, fuera juzgada como entrometimiento en suelo ajeno y perturbación posesoria). Son los profundos conocedores de las trayectorias históricas del Derecho procesal los únicos llamados a restablecer, desapasionadamente, la verdad. Frente al tono destemplado, extraño y disonante en el campo de la Ciencia, la parsimonia y el empaque doctrinal, la serenidad y el ático argumento que confunden, porque, como recordaba uno de aquellos, que más se ha distinguido por el vigor en la campaña (ALCORIO), *si tu enragies, tu as tort.*

(25) Así describía metafóricamente James GOLDSCHMIDT nuestro venerable Código; y lo cito por ser interesante la observación de un extranjero, ade-

namientos— a partir de 1348—, de la Nueva Recopilación (1657), ulteriores “autos acordados” y Novísima Recopilación de las leyes de España e Indias (1805), por citar los monumentos más notables, todos con valiosísimos materiales, no fueron aprovechados por sus redactores; y, por otra parte, la exclusiva inspiración en el proceso del derecho común no la hizo más perfecta, en cuanto relegaba al olvido multitud de ideas y principios del derecho nacional (a partir de la *lex Visigothorum*). No está completamente huérfana de ideas buenas y de originalidades merecedoras de atención por parte de los científicos, que, fundamentalmente, la desconocen (véase más adelante), y en ningún caso es lícito reducir su análisis a una disección elemental para juzgarla de modo superficial con arreglo a los muchas veces engañosos principios procedimentales (26).

Con todo—y a esto quería llegar—, la ley española es lo suficientemente imperfecta como para haber creado un clima procesal y una educación profesional tan poco halagüefios (27), que, al contemplarlos, nos permiten calcular lo que habría pasado en España de haberse dado entre nosotros el mismo caso que estudiamos y en exactamente las mismas condiciones históricas. Y aun me atrevería a más: En cualquier país que pudiese suministrar a la rutina o desidia profesional y al sesteo o *dolce far niente* (28) de muchos jueces el comodín de parecida emergencia política (29), no es aventurado predecir que nada distinto ocurriría.

más de eminente profesor. Cfr. el prólogo a mi traducción española de su *Derecho procesal civil*, 1936, pág. X.

(26) Como hizo BECENÀ en los *Studi* para el 25.^º aniversario de enseñanza de Chiavenda, 1927, págs. 3 y sigs.

(27) Media un abismo entre los escasos abogados que, por su contacto con los docentes de algunas Universidades o por estímulos propios, cuentan con una digna formación procesal y la masa amorfa de los restantes, cuyo patrimonio en esta rama del Derecho está adquirido empíricamente, ante la inhibición de los Colegios de Abogados, que no tienen impuesto deber alguno para la formación profesional ni la orientación deontológica de las nuevas generaciones.

Igualmente media ese abismo entre la calidad de las resoluciones del Tribunal Supremo (especialmente las de algunos de los últimos años) abierto, por regla general, a los avances científicos, y la de la inmensa mayoría de los Tribunales y jueces inferiores; pues siendo positiva nuestra casación (con juicio rescitorio, sin *rinvio*), el primero no influye sobre los segundos con sus puntos de vista jurídicos, al menos con carácter vinculatorio actual.

(28) No se disminuye la seriedad de un trabajo doctrinal, aludiendo a que, junto al poco afán de saber y falta de curiosidad científica de los profesionales forenses, el sueño de los magistrados italianos y franceses ha influido poderosamente en la historia sobre el prestigio de toda la institución procesal, y ya vemos, mirando el problema objeto de estas meditaciones, que las causas y las consecuencias pueden ser gravísimas. Por eso hay bastante filosofía en las páginas que sobre cierta inmovilidad de los jueces en las audiencias, ha escrito CALAMANDREI en su *Elogio dei giudici*, 1935, págs. 63 y sigs. (hay trad. española), y en las verdades y anécdotas que recoge BONNECASE, *Précis de pratique judiciaire et extrajudiciaire*, etc., 1927, págs. 23 y sigs.

(29) La desgracia es que en esta nueva Edad Media (y el fenómeno debe examinarse seriamente) no sabemos ya si cada situación que sigue no es de igual o mayor emergencia que la precedente; los conceptos, y entre ellos el del

Es conveniente aportar un nuevo dato. En una nación como Alemania, que antes de la publicación del Código de 1877 contaba con una pléyade florida de juristas para los que el derecho común ya no tenía apenas secretos por descubrir, que pudiera permitirse el placer de adentrarse en el frondoso bosque del derecho italiano medieval y otros diversos países, y que posteriormente, en torno a su Código, construye una doctrina densísima y cerrada, que no rechaza motivo alguno de investigación, por muy nimio que pudiera parecer, sus procesalistas, desde Bülow hasta Kisch, pasando por Wach, no guardan ningún recato para expresar la comprobación de que el derecho procesal se ofrece académica y profesionalmente como una *quantité négligeable*.

En fin, por doquier datos y señales de que el derecho nuestro se halla aún lejos de haber alcanzado el rango que merece.

11. Entro así en el examen de las causas, materia principal de mi estudio, que podría ser presentado con este interrogante: ¿Logró la ciencia del derecho procesal el objetivo que tiene impuesto?

Estoy muy distante de sostener una opinión pesimista que llevase a una respuesta negativa, poniendo en duda el magnífico esfuerzo realizado por esta rama de la doctrina jurídica. Es más, todos hemos de reconocer que, respecto de otras, ha alcanzado en menor tiempo un progreso considerablemente mayor, y en cualquier caso la italiana tiene sobrados títulos para aspirar hoy al puesto de honor, por el ritmo, la intensidad y la calidad de la investigación.

Lo peor que podremos decir es que la ciencia del derecho procesal ha logrado su objetivo en parte; y por lo que a la táctica para imponerse atañe, orientando e influyendo en la formación profesional, el cuadro que se nos ofrece debe inducirle a variar su rumbo, cuanto sea preciso para que el fenómeno examinado en las líneas anteriores no se repita; hasta que todos los llamados a manejar las leyes procesales, o por lo menos la mayoría, posean los medios que se requieren para calificarlas y para, después, aplicarlas como es debido en interés de la sociedad y más amplio beneficio de la Justicia.

La sinceridad debe presidir cualquier análisis que sobre estos puntos se haga. Y en honor a ella hemos reconocido que el derecho procesal no disfruta del favor público. En comparación con las ramas del derecho material, se le relega a un segundo plano. En la Universidad, los planes de estudio conceden a su enseñanza, proporcionalmente, menos tiempo que el asignado a otras; en las pruebas o exámenes para las carreras jurídicas del Estado (tal es nuestro caso), los aspirantes ponen su mayor interés en la preparación de las restantes disciplinas, a excepción quizás únicamente del derecho internacional (por causas que no es ahora oportunidad de exponer); si un nuevo

Derecho, se hacen de tal suerte relativistas que, sin la constante presencia de una idea de orden superior, estamos abocados a una babólica confusión y a consagrarnos como buenos el error y la injusticia.

diablo cojuelo nos ayudase a levantar los tejados para descubrir secretos íntimos, no sería difícil averiguar que en la librería de cualquier abogado medio, si acaso hay un libro de derecho procesal, los que posee no se hallarían en proporción mayor de uno por cada cien de otras disciplinas; si nos entretuviésemos en hacer una estadística de los errores por los que las sentencias de los jueces pueden impugnarse, es casi seguro que el porcentaje sería del noventa por ciento en puntos procesales. Y las comprobaciones podrían multiplicarse.

Es una lamentable realidad que, en cuanto al error de que el derecho procesal consiste en una práctica que se aprende con su ejercicio, con el operar sobre la materia viva, no estamos hoy a mucha distancia de los siglos pasados. En vano desmentiremos, con todos los medios posibles, que el oficial burocrático de una secretaría judicial posea conciencia clara de lo que está actuando, conociendo, por ejemplo, las diferencias entre oralidad y escritura o si el principio de la distribución de la carga probatoria es útil y necesario o una anticualla formalista, simplemente por el hecho de que al cabo del año interviene en cientos de negocios; como el cobrador de un Banco no llegará a saber nunca lo que sea el contrato cambiario y la relación causal, aunque cada día reciba en su cartera y maneje imponente cantidad de letras, igual que un ejecutor judicial puede pasarse su vida ignorando, por mucha práctica que posea en dejar aparte ciertos bienes del deudor, el fundamento y las razones históricas del *beneficium competentiae*.

Lo que importa no es repetir con machaconería que el derecho procesal es una disciplina eminentemente científica, llena de ideas, conceptos, teorías, valoraciones y de técnicas propias, de la máxima utilidad para salir airosa en cualquier proceso, porque tan importante como tener razón sea saberla pedir; sino lograr que tales aseveraciones sean comprobadas prácticamente, en virtud del propio esfuerzo de la doctrina procesal.

Habrá muchos que, pensando en la existencia de una casi secular historia del derecho procesal como ciencia, se resistan a admitir la exactitud de lo que estamos diciendo y aun que brote la tilde de pesimismo. Honradamente creemos que con ello contribuirían a la persistencia de una actitud perjudicial que importa sobremanera rectificar.

12. Ante todo, se requiere acoger con la debida comprensión las llamadas y las observaciones de los prácticos, que a diario se ocupan en pedir justicia ante los Tribunales o de los que en ellos aplican, como jueces, el derecho, concediéndoles la importancia que merezcan, por sí son imputables a error, para oponer las oportunas rectificaciones, y por sí tienen fundamento racional, para contribuir a la mejora de lo que se halle necesitado de perfeccionamientos. Todo menos permanecer en la consabida torre de marfil, viendo correr, como extraño, el mundo de la realidad viva, mirando con displicencia las cuestiones de detalle, insignificantes al lado de la

pureza conceptual, pero que muchas veces son las que suponen dura lucha para la práctica, imbuidos de la orgullosa y falsa idea de que la dignidad del científico padece con ocuparse de semejantes minucias. Al igual que un ingeniero tiene como deber de oficio, si quiere que el motor funcione sin averías, calcular desde la gran estructura hasta el minúsculo tornillo, así el investigador del derecho procesal está en el deber de no esquivar la consideración de las pequeñas facetas de su disciplina.

Se afianzará así uno de los tantos puentes que han de unir el campo de la teoría con el de la práctica; y ésta, por ello, no disminuirá su respeto hacia aquélla—como el obrero no dejará de reconocer la superioridad del arquitecto porque éste se le acerque a propósito de una simple palada de yeso—, sino que, al contrario, se despertará un reconfortante sentimiento de solidaridad que moverá a ver en la Ciencia un seguro aliado que puede prestar las armas para la batalla de cada día.

Hemos de reconocer que la ciencia italiana ha cumplido su deber en este aspecto al presentarse la coyuntura histórica actual, haciéndose cargo de los reparos y quejas de la práctica, en el sentido —como cuadra a la objetividad de toda ciencia—de aceptarlos o de repelerlos, esgrimiendo tan buenas razones que—conviene aprovechar la ocasión para decirlo—, si no sirven para hacer capitular a los contrarios, será porque el buen sentido sufre el ataque de la grave epidemia de intolerancia que nos azota destructoramente desde el comienzo de esta nueva edad que padecemos, y para combatirla hemos de reconocer que ignoramos todavía cuáles serán los medios que habrán de emplearse. Tan sólo, que tal vez habría sido conveniente que la polémica sobre las cosas pequeñas, juntamente con las grandes, se hubiese animado y fortalecido con más amplias intervenciones doctrinales, ya que para los científicos en ella se ventila algo más que la vigencia, derogación o modificación de unos cuantos cientos de artículos legales.

En este mismo orden de ideas quisiéramos aludir a otro de los puentes de enlace más transitados entre teoría y práctica, aunque la alusión puede hacerse extensiva a otros cometidos de la ciencia procesal (véase, como complemento, más adelante, número 15). Trátase de la valoración de la jurisprudencia, ahora no en cuanto factor coadyuvante en la enseñanza, sino como medio para difundir las orientaciones en la hermenéutica y aplicación del derecho a los casos de la realidad, reafirmando las ideas propias y proporcionando horizontes para el trabajo clínico. Patente de sabiduría puede otorgarse a los juristas especializados que desenvuelven su actividad en este ámbito con sujeción a una idea exacta de la medida.

El maestro en una disciplina está muy próximo a estimar que cuantos le rodean deben atribuir la misma importancia que él, o por lo menos superlativa, a todos los problemas, grandes y pequeños, de su especialidad, y se exaspera al advertir que la generalidad está muy

distante de conocerlos con la perfección que descara. Hay que conceder un amplio margen, porque, si de juristas se trata, además del derecho procesal, tienen que manejar el derecho civil, el penal, el administrativo, las cuestiones de arrendamientos, el derecho fiscal y así otros, y el especialista debe darse por satisfecho con que su disciplina sea conocida en el grado y extensión necesarios para el desarrollo normal del cometido que a cada cual competa, bajo el riesgo de que, si así no se comprende, quienes se hallan en tal caso (que es la casi totalidad de los profesionales) apliquen el remedio a la exageración rechazando de plano todas las dosis que exijan para su ingestión y asimilación más fatiga y tiempo del que las necesidades imperiosas de la vida permiten asignar a un estudio que es uno entre tantos.

No se olvide que ya no estamos en los años anteriores a 1914, a los que, según vagamente recuerdo y por lo que me ha sido dado saber, podríamos llamar, con Don Quijote, cambiando las palabras, dichosa edad y siglos dichosos. Felices podían ser los juristas, porque cualquier caso que se les presentase estaba resuelto con la cómoda busca en el articulado de cuatro o cinco códigos fundamentales y de algunas leyes especiales, con lo que bastaba y sobraba para regular toda la vida social. Pero hoy las cosas han cambiado mucho. Lo que no está en el Código civil o en el penal eso es hoy lo importante. Actualmente, el comerciante, el industrial, el hombre cualquiera de la calle, se desvela para saber en cuál de las múltiples leyes fiscales estará incurso, qué precepto penal de la enmarañada madeja perseguirá un acto considerado como evasión de capital, cuáles normas de trabajo o de seguros sociales le coartan el más pequeño movimiento; casi lo menos importante para el hombre actual es la deuda que no se paga, el contrato que no es cumplido...

En aquéllos tiempos dorados la doctrina debía y podía dedicar gran parte de su empeño a las construcciones científicas cerradas, mirando con rigor de censura a cuantos permaneciesen ajenos a sus conquistas. Ningún inconveniente existía para que, a propósito del comentario de una resolución judicial, se explayase la teoría completa de cada una de las cuestiones que surgieran, en no importa cuantas decenas de páginas ni con cuanta copia de notas a pie de página, para mostrar el comentarista el grado de su erudición.

No obstante, también en esos tiempos se pecaría por exceso. Hemos de convencernos que quien acude al comentario de un fallo judicial desea la noticia del contenido, el planteamiento de las cuestiones científicas y prácticas, con la solución, de la manera más simple y escueta que sea posible.

Con esto no queremos sostener, en modo alguno, que la doctrina deba cortarse las alas hasta el extremo de no poder volar. Simplemente propugnamos una acomodación a la realidad, sin perjuicio de que en otros ámbitos y ocasión muestre con toda amplitud su vitalidad y su fuerza. Preferible es la seguridad de que una dosis pequeña será asimilada. Las revistas francesas pudieran servir de ejemplo con sus

densos pero breves comentarios de jurisprudencia, que no son así porque los franceses no tengan mucha teoría que exponer, sino por su realismo y buen sentido de las cosas.

En cambio, advertimos en todas las revistas jurídicas la falta de estudios periódicos sobre los rumbos de la jurisprudencia, según un criterio cronológico o del examen de instituciones o materias determinadas. Serían ocasión propicia para un aprovechamiento más intenso de las adquisiciones de la Ciencia (30).

13. La ciencia procesal no ataca con la debida energía para la recuperación o la conquista de ciertos territorios irredentos que hoy se ven resignados a vivir bajo el protectorado de otras potencias jurídicas, derecho civil, derecho mercantil; no concede la atención necesaria a algunas regiones que le pertenecen, como la llamada jurisdicción voluntaria, y no estrecha como es debido la alianza con el proceso penal.

La campaña irredentista es de superlativa importancia para el prestigio del derecho procesal. Por la esencia de las cosas, y no sólo por la inclinación humana hacia el brillo y esplendor, una reserva de peyorización no podrá evitarse en el observador que contempla el derecho procesal reducido a sólo el aspecto procedimental, mientras ve el boyante derecho mercantil enriquecido (en su tratamiento doctrinal) con toda la parte material del de quiebras y una porción del probatorio; y al derecho civil (que tan mermado en aquellos países donde el trabajo se halla en leyes extravagantes, y por doquier a causa de la revolución operada en todas sus partes o tratados) viviendo de pasadas glorias y a costa de algunos préstamos, como el de la totalidad o casi totalidad del derecho probatorio material y las normas sobre el concurso, en los sistemas que, como el español, conocen la dualidad quiebra-concurso (31).

Las reivindicaciones en estos aspectos no lo son tanto por el fuero como por huevo—en dicho español—, porque, en principio, la objetividad de la Ciencia nada habría de oponer si los mercantilistas o los civilistas que estudien el derecho de quiebras o las teorías de la prueba están en posesión de los criterios y las técnicas que el derecho procesal, como cualquier rama del saber humano, tiene construidas para desentrañar sus problemas. Pero dado que no siempre es así, la repartición opera a la postre en el sentido de producir dos tratamientos, muy dispares, de una misma materia, en perjuicio de la economía, cuando no de la formación científica, porque quien haya estudiado una de estas materias previamente suponga que no le sea preciso aprenderla de nuevo con arreglo a los puntos de vista procesales; además,

(30) Así lo inicia el *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*. Madrid (desde 1948).

(31) Conviene explicar la disyuntiva del texto. En la Ley procesal española y en las de numerosísimos países hispanoamericanos no se conoce la separación napoleónica absoluta entre normas materiales y procesales de prueba, contenéndose en ellas multitud de normas de carácter material.

la dualidad de textos es incómoda y ocasionada a producir antinomias (como sucede en el derecho español).

La ciencia procesal debería revisar sus opiniones acerca de estos extremos. Muy pocos serán los procesalistas que no han examinado el problema; pero, hasta ahora, sólo han mediado reclamaciones diplomáticas, más bien simples comprobaciones del fenómeno, sin la energía suficiente para ganar la victoria, según muestra la realidad del Código de 1940 (32).

En cuanto a la jurisdicción voluntaria, el descuido de su estudio por los procesalistas podría interpretarse desde el exterior como un abandono del campo, pasando a ser tierra de todos y tierra de nadie, en la que los representantes de las diversas ramas jurídicas continuarán haciendo incursiones de un modo anárquico, y no sabríamos, en definitiva, si toda o sólo una parte es derecho de jurisdicción voluntaria judicial, junto al registral y notarial, si ha de someterse a criterios jurídicos puros o a una consideración simplemente administrativa, si el derecho procesal ha de recogerla en su seno totalmente o en parte, para construirla en doctrina con arreglo a su peculiar técnica e integrar su acervo, en interés de exahustividad para ella misma conveniente (33).

Hallamos un nuevo sector que en otros países está muy abandonado al empirismo de la práctica. Es el de los juicios divisorios hereditarios, que sólo esporádicamente ha sido objeto de estudios, por cierto alguno interesante italiano, y plantea cuestiones de importancia, comenzando por la de su adscripción a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria, totalmente o en parte, y de indudable dificultad, como lo demuestra el mismo Código italiano, llevándolos al atorfo libro IV.

El derecho procesal de trabajo requiere extraordinaria atención en los sistemas procesales, donde no tiene la consideración de una parte, entre las otras, del Código procesal único, caso actual de Italia con el t.t. 4.^º, lib. II, del de 1940.

En otros sistemas, como el español y los que en él se inspiran, la circunstancia de estar regulado en leyes especiales y de encomendarse

(32) ALCALÁ-ZAMORA (*Iug. cit.*, págs. 407 y sigs.) se detiene en estos puntos, examinando también lo ocurrido con ciertas facetas de la cosa juzgada y de la ejecución forzosa, que pasan al libro V del Código civil, para mayor gloria de los civilistas y mercantilistas. En atención a lo dicho en el texto, tampoco nosotros podemos estar conformes con CARNELUTTI al calificar la innovación como notable y original.

(33) Demos fe de que ahora en Italia se inicia un movimiento de interés hacia las cuestiones de la jurisdicción voluntaria en los libros generales y en trabajos monográficos. Falta hacia que los estudios esbozados en Alemania (donde la *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsharkeit* está muy lejos de resolver el problema) por OESTERLEY, WACH y algún otro, sin grandes écos en el interior (basta observar que las publicaciones en boga son de simple exposición exegética) ni fuera, encontrase continuadores. Véase, acerca de los problemas del núm. 13 del texto, y en particular sobre la jurisdicción voluntaria, mi estudio *Sobre el concepto y delimitación del Derecho procesal civil*, en *Rev. Der. proc.*, española, 1947, págs. 549 y sigs., y mis *Cuestiones de Derecho procesal*, 1947, págs. 247 y sigs.

su aplicación a Tribunales distintos de los del proceso civil, en sentido restricto, aunque no sean propiamente "especiales", sino especializados, tiende a producir aptencias de separación del tronco único, manifestadas en una literatura propia, generalmente debida a autores que no pueden exhibir más título de independencia que un nombre y, también generalmente, no poseen la formación procesalista necesaria para la investigación y exposición de lo que es un capítulo cualquiera del derecho procesal, que elige, entre los varios principios disponibles en éste, los que convienen a la naturaleza del objeto, como son la tendencia a la conciliación, el acentuamiento de los deberes de defensa material del juez, el modo más económico simple, rápido y (casi siempre) más puramente oral de proceder, la limitación de los actos dispositivos y así otros. Estas tendencias separatistas deben ser frenadas por la doctrina procesal única, negando que sea un fundamento para animarlas la incomprendión de ésta hacia los problemas procesales de trabajo, como también interesa desmentir que tal incomprendión exista para todo el derecho de trabajo en los jueces ordinarios, en cuanto que de tal suerte se quiere justificar la institución de otros especializados; pero si nos atenemos al derecho tradicional, observaremos que, incluso en sistemas tan exageradamente dispositivos como el español, al lado del *solemnis ordo* esos jueces manejan normas y principios totalmente inquisitivos, como los del juicio para las causas matrimoniales o de incapacitación; y si nos detenemos a examinar las leyes especiales de estos últimos años, cuya aplicación corre a cargo de los Tribunales ordinarios, es posible que las de trabajo se queden a la zaga, al menos en nuestro país.

Sobre el proceso penal, hemos de considerar suficiente, ante la limitación de espacio, lo que en ocasión anterior hubimos de exponer (núm. 7).

Hasta aquí respecto de la integración que pide el derecho procesal para cerrar el circuito de su ciencia. Exige el sacrificio de las preferencias, el abandono de la comodidad, la audacia de los nuevos descubrimientos. Quizás un camino más largo que el ya recorrido. Pero la llegada para enlazar significará también la integración del prestigio del derecho procesal como tal ciencia.

14. No son mero accidente pasajero las modas legislativas del momento presente, y por ello no es lícito permanecer alejados de sus causas ni de sus efectos. Podemos figurarnos la impresión que muchas leyes de contenido procesal actuales producirían a un Canstein o a un Kisch, que, al ser leídos ahora, hacen añorar un mundo de tranquila normalidad interna y exterior, sobre todo en esta quebrantada Europa, y que quisiéramos ver prontamente restablecido.

Aunque se dice que todas las personas creen entender de medicina por el hecho de simples observaciones empíricas, es mucho más derecho el que cualquiera cree saber. Ningún empacho se tiene para encender al lego la redacción de una ley procesal, como si la ciencia, la técnica y la preparación para ello fuesen patrimonio de todos, sin nece-

sidad de estudios ni de experiencia. El resultado no puede ser más catastrófico, tanto por lo que atañe a la estructura como por lo que se refiere al contenido. Pudieran perdonarse las faltas formales, que sólo plantearán mayores dificultades de interpretación y de aplicación. Pero por lo que no pueden permanecer sin protestar los procesalistas es porque se haga pasar como Tribunales ciertos órganos que carecen de las notas exigidas desde siempre para merecer tal calificación, ni como proceso judicial un conglomerado de normas donde se conculcan los principios que constituyen el patrimonio por virtud del cual la institución del proceso viene siendo secularmente considerada como el único medio para resolver con justicia los conflictos de derecho entre los hombres y para averiguar los delitos e infligir la pena al delinquente. Nosotros, que queremos ser ante todo juristas, no podríamos aconsejar una postura de rebeldía activa; pero sí una permanente vigilia de protesta contra el menosprecio de nuestros valores científicos, morales y jurídicos y de discriminación entre lo procesal y lo meta o antiprocesal, de modo que si, como ciudadanos, ante las leyes y bandos de este último carácter posiblemente no tendríamos otro remedio de aceptar la fórmula antigua de obediencia española a las disposiciones de la autoridad, "guárdese y cúmplase", como científicos reconocemos el hecho, pero no le daremos entrada en el acervo: "Se guarda, pero no se cumple".

15. Lo que ya, próximo al final, me propongo decir no es tampoco ninguna novedad. Con más títulos y más dilatada experiencia lo ha indicado el maestro Calamandrei en la Advertencia preliminar a la primera edición de sus *Instituciones*, con la única diferencia de que él tuvo presente la situación que creaba el nuevo Código y yo doy a sus palabras un sentido distinto y efectos retroactivos. Sostiene que, trabajando sobre un Código explorado y exprimido en todas las facetas por su aplicación jurisprudencial durante tres cuartos de siglo, la ciencia procesal pudo permitirse el lujo de dedicar sus energías a la dogmática pura y de servirse de la ley positiva, sin secretos ya para el intérprete, como pretexto para levantar hacia el cielo sus edificios teóricos, los cuales habrían llevado a lograr en el último trienio, partiendo de un Código eminentemente individualista, un sistema orientado hacia una concepción publicística del proceso, que anunciaaba el nuevo Código y vendría a ser su comentario anticipado.

Así debería haber sido, y en toda la primera parte de este trabajo no hice nada distinto de esforzarme para justificar lo mismo. Pero la observación de la realidad—en cuanto le sea posible a un extranjero que ve desde lejos unos hechos y los confronta con los más próximos a él—parece desvirtuar lo que Calamandrei, todos los científicos italianos y quienes conocemos el magno esfuerzo, tenían derecho a esperar. Llegó el nuevo Código y en muchos sectores se le recibe con uñas afiladas, como un intruso, cual si ninguna noticia de su advenimiento se hubiera tenido anteriormente, ni de lo que iba a ser, ni del aspecto que presumiblemente tendría, y, en fin, recordando las métá-

foras del principio, es el niño no deseado, un superveniente que altera todos los cálculos patrimoniales, y se le moteja, y se le señalan taras y vicios repulsivos y se le organizan protestas públicas para que abdique y se vaya.

La Ciencia italiana no pudo, efectivamente, preparar con más anticipación ni con más detalle el advenimiento. Su propaganda fué muy dilatada: treinta o cuarenta años de incesante labor doctrinal, sirviéndose del medio publicitario de la docencia universitaria y, sobre todo, de una bibliografía riquísima en tratados, monografías, artículos de revistas. O, lo que es lo mismo, que la Ciencia italiana se sirvió de todos los expedientes para que su obra no fuese el entretenimiento de unos cuantos especialistas, encerrados en estrecho círculo, que se leen y polemizan entre sí, agnósticos para lo que pasase en el exterior.

La responsabilidad no alcanza, por lo tanto, a la doctrina, sino a todos cuantos figuran o quieren figurar en un mundo que a sí mismo se hizo "exterior", rechazando los frutos bien cultivados y maduros que se le ofrecían.

Es siempre, querámoslo o no, la equívocada idea de la *quantité negligieable*, que persiste. Frente a ella, cuyos fines son sustanciales y superiores, no puede verse impedimento que le proyecte sombras de pesimismo; no tiene por qué abandonar el rumbo, sólo rectificarlo.

Está bien, como ahora vemos hacer, que al principio, tras de la aparición de un nuevo Código, ponga el centro de gravedad en las exposiciones predominantemente exegéticas. Pero la idea de esos libros propedeúticos no debe ser transitoria, sino permanente. Vuelven aquí a tener aplicación las afirmaciones hechas a propósito de los comentarios jurisprudenciales. Puesto que no todos los necesitados de conocimientos en derecho procesal poseen idénticas posibilidades, ni el caudal y profundidad de éstos habrá de ser igual, dependiendo de la actividad científica o profesional a que cada uno se dedique o intente dedicarse, las dosis deberán ser más o menos leves, más o menos masivas; junto al manual escueto, la exposición más amplia y el tratado (34).

(34) Tampoco es factor despreciable el ambiente en que una obra científica se produce, a lo que ya, para otros aspectos, aludi en el texto. Fué ciertamente amable y aleccionadora por sus observaciones la reseña que CARNELUTTI hizo en la *Riv. dir. proc. civ.* (1942, I, pág. 76) del primer volumen de mí entonces *Exposición y hoy Derecho procesal civil*, vols. I y II (reimp. 1948). Pero debía tenerse en cuenta que la formación procesal de nuestro país era la que suministraban exégetas y expositores del derecho común y la vigencia de un Código a cuya formación antes aludimos (núm. 10), que, por ejemplo, agrupa todas las normas sobre ejecución en torno al juicio sumario ejecutivo (versión española del documental y cambiario); y que, prescindiendo de algunos trabajos monográficos modernos de BECÉÑA y otros menos valiosos, con más la aportación no sistemática de MENÉNDEZ PIDAL, mi libro era el primero que intentó estudiar el Derecho procesal con arreglo a las nuevas direcciones. Quizá no me hubiera costado mucho trabajo hacer un trasplante radical de nuevos conceptos y teorías, pero corría el riesgo de caer en el vacío. Aun así y a pesar de que hoy el acervo procesal español se ha enriquecido con meritorias publicaciones de GÓMEZ ORBANEJA, GUASP y DE LA PLAZA, de una parte, y de otra GORDELLA, FAIRÉN, VIADA y LOIS junto a otros más o menos adaptados a nuestra realidad presente,

Quien manejando un libro reducido que contenga lo fundamental de la disciplina llegue a comprenderla, se hallará cerca de aficionarse a ella y de desear mayores desenvolvimientos, hasta la monografía o el artículo especializado. En este punto tampoco debemos olvidar el modelo alemán, con toda una gama de libros didácticos, desde los *Grundrisse*, de Schaeffer (tan escuetos ya que casi son remedia-vagos), hasta el *System* o el *Lehrbuch*, de Hellwig; y esto como táctica consciente y meditada; al principio, para la Escuela, la mayor condensación; después, para la integral cultura, la máxima prolijidad (35).

16. Siento mostrar mi disconformidad con Carnelutti en lo que al estudio del derecho comparado se refiere y me adhiero al amigo Rotondi (36). Si nunca podrá comprenderse bien cualquier institución prescindiendo del factor tiempo, lo que postula el estudio de la historia; el otro medio en que vivimos, el espacio, no es de menor interés, sobre todo en los actuales momentos. Claro es que una cosa es llevarlo a los libros corrientes, de uso diario (lo que no es hacedero), y otra es emprenderlo como tarea separada. Sobre la importancia de esta segunda forma es en lo que desearíamos insistir, para beneficio de otro nuevo aspecto de la integración científica.

Sin el conocimiento de los derechos extranjeros la ciencia procesal estará como manca y sus perspectivas tan limitadas que no podría nunca tener el cuadro vivo de otras comunidades jurídicas, aprender y enseñar las soluciones que para iguales necesidades tienen arbitradas legislaciones distintas (37). Es un caudal que le resultará utilísimo (38).

El nacionalismo causa estrago a la doctrina. Los científicos de las naciones que han tenido la fortuna de crearse un patrimonio suficiente en el interior, posiblemente no hagan bien desafiando la producción

y a los que debemos agregar la obra que en Hispanoamérica realizan ALCALÁ-ZAMORA y SENTÍS MELENDO, todavía algún público retrógrado no se recata en considerar nuestros trabajos como elucubraciones innecesarias.

(35) Todos estamos conformes en que de Alemania nos ha venido el impulso para los estudios procesales; allí se han hecho grandes procesalistas, y hemos de pensar que llegaron a ser tales recibiendo las primeras lecciones con la misma elementalidad que después hemos visto empleada en los profesores que no hace mucho fueron nuestros maestros.

(36) Debo advertir que sólo tengo en cuenta la que dice en su prefacio a la edición española de sus *Instituciones*, 1942, pág. 9. No se muestra en absoluto contrario al estudio del Derecho comparado, pero "no trata de contradecir en absoluto a los que lo consideran como un lujo".

(37) Salvo algunos estudios, más bien históricos, como los de BRIGLEB (de suma importancia), KOHLER, MEYER, RAUCHAUPT, recientemente GOLDSCHMIDT (sobre puntos de Derecho vigente), aparte algún otro menor, el Derecho español, que cuenta con multitud de instituciones originales y dignas de ser tomadas como modelo—no en vano su historia procesal es fecundísima—, no es muy conocido por los de fuera, hasta el punto de que muy ilustres procesalistas extranjeros, cuando alguna vez han aludido a él, citan leyes derogadas por vigentes.

(38) Si volvemos nuestra vista al Código de 1940 observaremos que, por ejemplo, introduce la suspensión del procedimiento por acuerdo de las partes, y la exposición de motivos, que concede importancia a la novedad, no dice, en una vaga alusión que en nuestro Derecho es conocida de antiguo.

bibliográfica de otros países y su derecho positivo, sobre todo. Ese enclaustramiento voluntario disminuye la fuerza creadora de la Ciencia. No basta con unas páginas muertas destinadas a reproducir un catálogo de obras de "los principales países" o de "algunos países extranjeros", muchas veces con datos arcaicos, sin la animadora palabra que explique las tendencias de cada legislación, su inspiración, la calidad de la literatura citada, su adscripción a un círculo o escuela, etcétera.

Séame lícito decir que los autores españoles (dentro de la modestia del número que la demografía, la vocación jurídica actual de nuestro pueblo y lo que nuestros medios materiales nos permite) contribuyen a realizar el ideal, pues en cualquier producción, incluso en los libros de enseñanza, trabajan con la bibliografía de los pueblos-clave del Derecho: italiana, alemana, francesa, además de la propia.

Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos

JUAN CASTRILLO SANTOS
Abogado-Notario de los Ilustres Colegios de Madrid

SUMARIO: I. *Rango del principio de autonomía de la voluntad.—Posiciones críticas.—La contraposición en los Códigos.—Supuestos para una delimitación.—La ley y el orden público.—Fraude a la ley.—Normae cogenti.—El orden público y los pactos de estabilización.—La moral.—La moral y la causa ilícita.—Pactos sin antijuridicidad directa.*—II. *La causa en sentido objetivo.—La causa en sentido teleológico.—Causa ilícita por perjuicio a tercero.—Concurrencia del doble concepto de causa.*—III. *La autonomía de la voluntad y las circunstancias; la cláusula rebus sic stantibus.—La causa desplazada del momento de perfección del contrato.—La facultad judicial de revalorar las prestaciones.—Dificultades de la solución como facultad judicial.—La lesión por desigualdad de las prestaciones.—La equidad en la valoración.—Los vicios del consentimiento en función de la desigualdad de las prestaciones.*—IV. *La medida de las obligaciones contractuales.—La justicia en el ámbito contractual.—El criterio deontológico en el campo extracontractual.*—V. *La escisión de la voluntad contractual.—El instrumento público en el proceso de nulidad.—La voluntad contractual y su interpretación.—Fijación de los efectos jurídicos, como interpretación.—El hecho de la declaración de voluntad y los hechos de la nulidad.*—VI. *La contraposición empírica.—Criterio de superación.*

I

Rango del principio de autonomía de la voluntad en los contratos.

En los ordenamientos, aun los más rudimentarios, late la idea de autonomía de la voluntad humana, para vincularse con otra semejante y la fuerza de la vinculación.

Obedece, sin duda, a que la noción de relación social está en la misma naturaleza del hombre que se encuentra con otros hombres.

Es un dato de conciencia que se descubre sin grandes investigaciones gnoseológicas, que nuestros actos no están determinados por las leyes de la causalidad del mundo físico; que son obra nuestra, y que son susceptibles, por tanto, de un juicio de valoración. Esto es, que nuestra voluntad es autónoma.

La Filosofía localiza en esta zona, en la autonomía, el fundamento de la Ética. Y en la contraposición subjetiva, la idea del Derecho.

La idea primera de relación determinada por la voluntad autónoma conduce, al ordenarse las relaciones sociales en un estadio más evolucionado, a la idea de norma reguladora.

Savigny construye el concepto de relación jurídica con esas ideas de relación de hombre a hombre determinada por una regla (1). Esto es, con las nociones de relación social, autonomía en la relación y determinación de la relación por una regla o norma.

La relación con la autonomía de la voluntad entraña ya la primera idea de negocio jurídico, en cierto sentido. Windcheid estima que "negocio jurídico" es "la acción de la fuerza creadora que compete en el campo jurídico a la voluntad privada".

Mas para que la voluntad autónoma pueda modificar el orden jurídico y producir obligaciones y derechos, ha de existir una norma que reconozca validez y efectos a la manifestación de voluntad dentro de un ámbito delimitado.

En el ordenamiento jurídico la voluntad se dará a sí misma su propia ley en la medida en que el mismo ordenamiento la reconozca y convalide como tal ley. La voluntad autónoma sufrirá ya una ley exterior que la trueca en heterónoma.

Sólo se puede hacer lo que no está prohibido.

Otra concepción filosófica conduce a la predeterminación de la norma por la voluntad autónoma. La regla normativa "reconoce" plegada al hecho social, siendo misión de la norma establecer un sistema de garantías. Esto es, que puede nacer la relación obligatoria aun sin la idea de Estado, al margen del Estado. La regla nace de la relación según la interpretación romana.

Legem dedit contractus: El contrato dió la ley (2).

"Lo natural es que al hombre se le deje en libertad de ejecutar los actos que le convenga y de darles el contenido que quiera. Nadie más que él es buen árbitro y juez de sus conveniencias y necesidades. La ley sólo ha de prestarle garantías para el libre desarrollo de sus actividades para la libre ordenación de su vida jurídica" (3).

Proyectado en el campo del Derecho privado, es de algún modo la concepción kantiana del Estado de derecho, cuya misión sería asegurar a los ciudadanos el libre ejercicio de su derecho sin interferir sus actividades individuales.

(1) *Sistema de Derecho romano*. Madrid. 1928.

(2) UPLANO: I, 27. de regula iuris.

(3) DE DIEGO: *Curso elemental de Derecho civil*. Madrid.

Circunscrito el problema al contrato como especie del género negocio jurídico y a la esfera patrimonial, Colin y Capitant proyectan el juicio a las "situaciones jurídicas patrimoniales" "obra de la voluntal autónoma" (4).

La relación de hombre a hombre con fines de satisfacción de necesidades y conveniencias tiene fuerza vinculante por virtud del mismo querer..

Hugo de Grocio (siglos XVI-XVII) y otros filósofos anteriores, desde el siglo XIII, concebían la organización social y las constituciones políticas como nacidas del contrato, como hecho histórico. Rousseau y Kant, en el XVIII, concebían la voluntad social, la voluntad estática y el origen de la autoridad como resultado de la convención, como un deber ser.

Si fuera lícito violar los pactos, dice Grocio, no se concebiría la sociedad. *Deinde vero naturae cum iuris natura sit estare pactis ab hoc ipso fonte iura civilis fluxuerunt* (5).

Ya, siglos antes, el Derecho romano había evolucionado desde el sistema de lista cerrada de los contratos a una concepción genérica del contrato fundada en el libre consentimiento, con una acción civil de exigencia y cumplimiento. Los contratos consensuales, que llegaron a ser, por tanto, de derecho civil, protegidos por acciones civiles, debieron pasar a ese campo, donde no nacieron, desde el ámbito del *ius gentium*, por vía de fuerza social, por la costumbre luego condensada en las manifestaciones del poder cuasi legislativo del pretor urbano mediante el edicto.

Los canonistas se esforzaron por enraizar en la conciencia el deber moral de respetar la palabra dada, de cumplir lo prometido *Pacta sunt servanda*, es su principio.

En la codificación del siglo XIX el principio de la autonomía de la voluntad se expresa en el Código francés de 1804, en el español de 1889 y en otros, especialmente los de raíz latina, con la fuerza de un dogma.

Los mismos Códigos rompen, como ya lo había hecho nuestro Ordenamiento de Alcalá, con toda ligadura del formalismo romano, cuyo derecho nunca logró desvincularse totalmente, y expresan, como principio, que los contratos obligan sin sujeción a ritos ni formas, salvo excepciones *ad solemnitatem*, por razones de seguridad del tráfico e interés de tercero..

Para llegar a esa concepción de la voluntad soberana, creando ella misma y por su sola fuerza derechos y obligaciones, ha sido necesario que en la obra lenta de los siglos la filosofía espiritualista, la religión cristiana, la doctrina del derecho natural, la teoría del individualismo liberal, formaran con sus aportaciones la doctrina de la

(4) Traducción de D. DE BUEN. Madrid, Reus.

(5) Prolgs., 15.

autonomía de la voluntad, que es a la vez el reconocimiento y la exageración de la omnipotencia del contrato (6).

El principio de la autonomía de la voluntad sirve a un sistema de propiedad privada, libre tráfico, o de economía impulsada por tanteos individuales, al que debemos las gigantescas construcciones y también los excesos del capitalismo, con su espíritu de empresa y el impulso del interés individual.

“Este principio de la autonomía de la voluntad—dice Geny—, imponiéndose en estado latente desde las antiguas formas sociales, no se presenta hoy solamente como la expresión de una condición de equilibrio reconocida necesaria de toda una organización social” (7).

El dogma de la autonomía de la voluntad, en último resultado, tiene el rango de ser supuesto de todo un modo de entender los derechos humanos, la sociedad y el Estado, de toda una civilización.

Posiciones críticas.

Por el momento y el clima de la codificación, singularmente en la Francia de la Revolución de 1789, y por el sistema de economía al que sirve, el principio está sometido a crítica y revisión. Se mezclan en forma inextricable postulados de derecho público y de derecho privado.

El Código civil para Rusia soviética de 1922-23 silenció el principio de la voluntad de la autonomía en los contratos. Nada hay en el capítulo que dedica a los actos y negocios jurídicos.

Otros sistemas, inspirados en criterios transpersonales, miran con recelo el principio de la autonomía de la voluntad, pensando en su cristalización en el Código francés de 1804 y en el “Pacto social” de Juan Jacobo Rousseau, tan influyente en el espíritu de la Revolución francesa.

Al coordinar el interés de la producción con la doctrina socialista, el socialismo de tipo nacionalista, adopta actitudes críticas, a veces puramente dialécticas, intrascendentes a la esencia del principio.

La Nueva Economía Política en Rusia soviética (N. E. P.) fué una concesión del socialismo comunista, amenazada con la ruina de toda una economía.

“Respecto al contrato en derecho privado—en Alemania nacionalsocialista—ya no cabe considerarlo aisladamente, sino como proceso parcial del proceso de realización del Derecho, como configuración del orden del pueblo en sus bases económicas a través de la cooperación autorresponsable del individuo” (8).

El individuo es fiduciario de la comunidad.

(6) RIPERT: *La Règle Morale dans les obligations civiles*. París, 1927.

(7) *Méthode d'interprétation et sources en Droit privé positif*. París, 1919.

(8) Véase la relación de KARL LARENZ: *La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado*. Trad. de Galán y Truyol. Madrid, 1942.

Se critica también el principio por servir al egoísmo individual, por la falta de igualdad entre los contratantes que da lugar a la explotación del débil por el fuerte, que arranca por su propia posición la mera adhesión de su cocontratante. Y, en fin, por una corriente socializadora de la propiedad, del contrato y del Derecho.

Ya hace un cuarto de siglo que Lambert y Patouillet, refiriéndose a la contraposición crítica hecha por los juristas rusos en Francia, especialmente por el barón Nolde, entre el Código soviético y los demás Códigos, incluso el Cuerpo de leyes de la Rusia zarista, observaban que "el cuadro es exacto en sus grandes líneas. Pero el bloque así levantado, en oposición al Código soviético, está lejos de presentar la homogeneidad que se supone. Las fisuras no están suficientemente ocultas por la rica floración de himnos a la autonomía de la voluntad. Las bases jurídicas del régimen capitalista individualista han evolucionado desde el Código de 1804 en sentido que no es precisamente favorable a la libertad de contrato. La regla formulada por el artículo 1.134 del Código civil ha visto su círculo de aplicación estrecharse cada día un poco más durante el último cuarto del siglo XIX y lo que va del siglo XX" (9).

Estas observaciones valen, con mayor razón, para ahora. La función social y los criterios transpersonales en general penetran cada día en la legislación, con mengua del ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad.

La contraposición en los Códigos.

"Esta autonomía ha de encontrar sus límites en la función del orden jurídico general del Derecho objetivo de dar la justa preferencia a los intereses de la comunidad frente al interés particular y de salvar las fundamentales bases morales y económicas de la vida común" (10).

Nuestro Código establece el principio de la autonomía de la voluntad y luego sus limitaciones. "Las obligaciones nacidas de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes..." (artículo 1.091).

Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, "siempre que no sean contrarias a la Ley, la moral y al orden público..." (1.255).

El Código de 1804 emplaza al frente de su texto las limitaciones al principio de la autonomía que consagra el artículo 1.134.

El artículo 6 declara que "On ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes meures..."

El artículo 1.134 estatuye: "Les contrats légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites..."

La Exposición de Motivos del Código civil alemán declara que "el

(9) PATOUILLET: *Les Codes de la Russie soviétique. Introduction.* París, 1925.

(10) DE DIEGO: Obra citada.

negocio jurídico es una declaración privada de voluntad que tiende a alcanzar un resultado jurídico porque lo quiere el declarante”.

La autonomía privada está establecida expresamente en el artículo 242, para los contratos.

El artículo 138 declara nulos los actos contrarios a las buenas costumbres.

El principio de la autonomía de la voluntad, formado con aluviones filosóficos e históricos, éticos y jurídicos, es en nuestro ordenamiento principio general del Derecho, consagrado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

“Los contratos válidos y preferentes son ley para los contratantes” (11).

Pero al propio tiempo gran número de reglas normativas jurídicas y éticas, y de criterios transpersonales, limitan el ámbito de actuación del dogma.

Símpuesto para una delimitación.

Dibujar con trazos firmes el ámbito de actuación es imposible. Los Códigos no son casuistas. No es útil el casuismo. Es conocida la experiencia del *Algemeines preussisches Landrecht* de 1779, de Federico el Grande, con los 20.000 artículos inspirados sólo en “la razón y los usos del país”, ocasionado por el caso del molinero Arnold, desamparado de los jueces cuando un colindante desvió el agua del molino, con la ruina del modesto industrial.

No se pueden catalogar “las reglas de la moral”, “la buena fe”, “las buenas costumbres”, “el orden público”, “los usos”; ni tampoco establecer fórmulas algebraicas fijas para hallar la igualdad entre los contratantes y la equivalencia de las prestaciones.

No hay protoconceptos ni protoprincipios.

Todo ese mundo de abstracciones está en el ámbito judicial. Si la intervención judicial no es solicitada, la autonomía actúa en plenitud. Las ideas limitativas están ahí inertes. Sólo en el caso de contienda cabe hablar, en rigor, de heteronomía de la voluntad en el contrato, a efectos estrictamente jurídicos de obligatoriedad y eficacia. El otro problema, de la autonomía pura de obrar conforme a una ley universal moral, según Kant, es puramente ético. Estamos en el ámbito del comercio jurídico.

La delimitación de los ámbitos respectivos de la autonomía y la heteronomía de la voluntad no es problema resoluble a *priori*. Exige la proyección sobre una legislación, en un momento histórico y en función de las reacciones del criterio judicial y del sistema de garantías procesales.

(11) Sentencias entre otras, de 4 de abril de 1863, 9 de marzo de 1874, 5 de octubre de 1883, 12 de abril de 1898, 20 de junio de 1900 y 10 de noviembre de 1919.

La Ley y el orden público.

El artículo 1.255, al limitar el ámbito de actuación de la autonomía de la voluntad contractual, se refiere a "las leyes" y el "orden público" en cuanto puedan ser afectados por los contratos.

Las leyes y el orden público son, según el texto, conceptos diferentes.

La discriminación no es siempre fácil.

"Son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley" (artículo 4.^o del Código civil).

El precepto del artículo 4.^o, junto con el del 1.091, expresan un conflicto de leyes de distinto rango para las partes: el contrato "es ley", en la medida que no vulnere "las leyes".

Ya se advierte que el artículo 4.^o no establece ninguna medida de limitación, sino un criterio limitativo a aplicar.

Hay normas imperativas, *nomiae cogenti*, y normas dispositivas que están dominadas por la voluntad derogatoria de la voluntad privada.

El Tribunal Supremo ha declarado que la nulidad que establece el artículo 4.^o se produce por infracción de las normas prohibitivas (12).

El contrato de arrendamiento de un teatro hecho por administrador judicial de una testamentaría, sin sujeción a la subasta judicial prevista en el artículo 1.022 de la Ley procesal, fué declarado nulo radicalmente por el Tribunal Supremo, en virtud de haber infracción del artículo 4.^o, "lo que provoca la inexistencia" (13).

Tenemos noticias de una sentencia reciente de la Sala tercera de la Audiencia de Madrid que, acogiendo esa doctrina del Tribunal Supremo, anuló el contrato de subarriendo (prohibido en el contrato) de local de industria hecho por un administrador judicial, sin subasta, con la consecuencia de declarar también la *nulidad de las sentencias* de desahucio, que, por el subarriendo no consentido, había obtenido el propietario contra los herederos.

La particularidad del fallo es la ampliación del ámbito de aplicación del artículo 4.^o a la nulidad de sentencias de desahucio firmes. Creemos que el asunto está pendiente de recurso de casación.

Fraude de la Ley.

Para la defensa de las normas se ha construido la teoría del fraude a la ley: *fraus legem*. "Hay que conservarla—dice el profesor Castro—como instrumento de defensa de las normas" (14).

En cambio, Esmein Planiol y otros, estiman que las leyes hay que examinarlas cada una en consideración a su tenor y que, por tanto, al llevar la teoría jurídica del fraude (perjuicio a tercero, generalmente

(12) Sentencia de 1 de abril de 1934.

(13) Sentencia de 4 de enero de 1947.

(14) FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España*. Valladolid, 1942.

mediante una simulación, con infracción de una ley), al terreno de una construcción específica, todo se reduce a que la expresión "fraude a la ley" no sea más que una fórmula, como la de abuso del derecho, enderezada a multiplicar las restricciones impuestas a la libre actividad de los individuos" (15).

"*Normae cogenti*".

En cuanto hay leyes que miran a un interés social preferente, a ellas deben plegarse los contratantes. El concepto de "interés social" es de difícil fijación. Lo es determinar cuándo se trata de derecho necesario indominable por el contrato y cuándo la ley contractual ha de estar dominada por aquel derecho.

El concepto de "orden público" es abstracto y cambiante. No hay en la doctrina un criterio. Salvo las leyes políticas y las leyes procesales y de ordenación judicial, en materia contractual es difícil fijar el ámbito de aplicación.

Tiene singular importancia la fijación de límites, sobre todo en el Derecho internacional privado.

La autonomía de la voluntad tiene impulso para desplazar el contrato fuera del ámbito nacional. Las partes pueden elegir la ley, al perfeccionar el contrato, en vista de su ulterior evolución. Es un camino para producir el fraude a la ley nacional imperativa, acogiéndose a otra legislación en que la norma sea dispositiva o en que no exista norma ni prohibitiva ni dispositiva.

Nuestro Tribunal Supremo declara que en el artículo 1.255 "encuentra fundamento el principio de la autonomía de la voluntad aplicado a los contratos que caen bajo la acción del Derecho internacional privado que han de ser regidos por dicho principio en lo que no se oponga a las leyes prohibitivas y a la soberanía del territorio donde se pide la ejecución" (16).

Si dos españoles contratan un préstamo en España con interés excesivo y se someten a la ley francesa para el pago con dinero francés con inversión en Francia, la ley prohibitiva española de 28 de julio de 1908 podría quedar afectada y eludidas sus normas, que en cierto modo fijan el interés o expresan un criterio para tasarle, de no chocar con la ley prohibitiva francesa de orden público.

Los Tribunales franceses han declarado válido un préstamo contraído fuera de Francia por dos franceses con intereses prohibidos por la ley francesa, habiéndose pagado e invertido el dinero fuera de Francia (17).

(15) Véase PLANOL: *Tratado práctico de Derecho civil*. Trad. de Díaz Cruz y Le Riverend. La Habana, 1940.

(16) Sentencia de 17 de diciembre de 1930.

(17) Req. 8 de diciembre de 1914.

El orden público y los pactos de estabilización.

Materia que puede rozar normas prohibitivas y de orden público es la referente a las cláusulas contractuales que tienden a compensar la depreciación de las monedas nacionales.

El fenómeno afectó a Europa en la pasada trasguerra, y también ahora, lo mismo que a España, siquiera en España en menor grado.

Las leyes declaran que su moneda-papel tiene poder liberatorio para el pago. La moneda-papel se deprecia por un complejo de circunstancias, y los contratantes pretenden, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, conjurar el riesgo.

En España, la ley de 9 de diciembre de 1939 declaró que los billetes de Banco son preceptivamente instrumento liberatorio en plenitud.

La ley llamada del Desbloqueo, de 7 de diciembre de 1939, estableció un baremo o escala de aplicación del principio nominalista del valor de la moneda para regular los pagos de obligaciones contraídas durante la guerra en zona roja—cuya moneda estaba muy depreciada—a hacer en zona nacional con moneda no depreciada.

Los riesgos suelen cubrirlos los contratantes con las conocidas cláusulas oro, valor-oro, divisa extranjera.

La cláusula oro es inoperante en sí misma porque no es fácil proporcionarse la especie para el pago. Se sustituye con la cláusula valor-oro y la de pago en divisas.

La cláusula valor-oro ha sido declarada nula siempre por la jurisprudencia francesa (18).

Se ha discutido si la cláusula es ilícita, pero los Tribunales franceses se han servido del argumento económico de infracción de la ley sobre curso forzoso del billete con poder liberatorio (19).

Nuestro Tribunal Supremo parece que acoge la fórmula de la validez cuando no exista precepto legal que deje en suspenso la cláusula (20).

Las cláusulas de pago en moneda extranjera no pueden tener efectividad en España por el monopolio de la divisa atribuido al Instituto de Moneda Extranjera y la obligación de los españoles de repatriar las divisas. Se trata de cláusulas que chocan con normas de orden público prohibitivas.

La jurisprudencia francesa, en cambio, admite la validez del pago en mercaderías, concretamente en trigo al precio del mercado en París.

La cláusula, no obstante, es del mismo rango que la del valor-oro. Esto es, una cláusula de desconfianza en el valor de la moneda nacional en relación con su valor nominal, cuyas fluctuaciones prevén los contratantes en la cláusula estabilizadora.

(18) Civ., mayo 1927, entre otras.

(19) 5 de agosto de 1914.

(20) Sentencia de 4 de julio de 1944.

Respecto a la cláusula "trigo" la jurisdicción francesa, con los tratadistas, la admite siempre (21).

Pelayo Hore estima que "no hay duda que las cláusulas de estabilización son siempre o casi siempre una imposición del económicamente más fuerte, del acreedor", y que "el Derecho hace bien en mirarlas con desconfianza y en propender a sacarlas de la esfera de la seudolibre contratación individual" (22).

Las partes hacen frente con las cláusulas libremente concertadas a un fenómeno de devaluación incoercible aun para el mismo Estado. Y aspiran a ajustar exactamente el valor de la cosa al precio, cuando se trata de transmisión de mercancía o de inmuebles.

El ajuste lo hacen teniendo en cuenta el valor-precio, que es el justo, puesto que es el convenido en régimen de libre discusión y de libre concierto. Si no fuera el justo, no existiría el contrato que se concluye con un mercado antes que con una persona.

Tal es el sistema de libre contratación y tales son sus supuestos normales.

Ripert, en su *Regle Morale*, dice que "En la primera edición de esta obra, al señalar este aspecto particular de la cuestión discutida de la cláusula de pago valor-oro o en moneda extranjera, no pretendí de ningún modo pronunciarme contra la validez de las convenciones que insisto en creer plenamente lícitas..." "Esta nulidad de la cláusula por ilícita ha sido discutida y justamente condenada por MM. Mestres y James. Para que la argumentación pueda valer es preciso demostrar que las partes al contratar no estaban impulsadas por el designio de especular contra la moneda nacional. Ahora bien, como frecuentemente las partes intentan simplemente defender intereses privados respetables, es difícil reprocharles la inmoralidad de su convención. El problema de saber si la convención en sí misma no es contraria al orden público es diferente" (23).

No es fácilmente explicable el criterio del Tribunal Supremo de España que anula los contratos de arrendamiento en que se pacte el pago de la merced en metálico y no en trigo, como exige la Ley de Arrendamientos Rústicos.

La fijación legal de la renta en trigo tiene valor como de una cláusula contractual impuesta por la ley, de estabilización, equivalente a la cláusula valor-oro.

El arrendador y el arrendatario saben que la renta en trigo reducible a dinero, según el precio de cotización, asegura un valor fijo, más fijo que el valor nominal del billete.

Es norma meramente protectora, y que parece que debiera, por tanto, ser renunciable por las partes contratantes. Si se admite la cláusula pago valor-oro como voluntaria, la misma razón hay para definir

(21) Req. 19 de febrero de 1929, entre otras.

(22) PELAYO HORE: *Cláusulas de estabilización. Anales de la Academia Maioricense del Notariado*, II.

(23) Obra citada.

como voluntaria la cláusula del arrendamiento pago en trigo al precio de cotización. Y, por tanto, renunciable.

Tanto en Derecho interno como en Derecho internacional, el principio está afectado por todo un sistema de *normae cogenti* y de criterios de orden público, cuyo ámbito es ampliable o reductible, sin normas de precisión que aseguren la certeza a los que contratan.

La moral.

Los contratantes han de someterse a las reglas de la moral al estipular los pactos y condiciones. Es la tercera de las nociones limitativas establecidas en el artículo 1.255 al principio de autonomía de la voluntad.

Todos tenemos conciencia moral. Es revelación del conocimiento.

La obligación de proceder como si "la máxima de tus actos pueda valer como principio de moral universal", esto es: el imperativo categórico de la ley moral kantiana, que lleva en sí la idea de la autonomía pura, no es aquí útil.

Estamos en el ámbito del comercio jurídico, de la moral contractual como concepto de Derecho, establecido en una regla normativa imprecisa.

Hay la moral del contrato a la luz de la moralidad intrínseca, de la esencia contractual y la moralidad en sentido de justicia económica del contrato.

Los conceptos de equidad y buena fe son colindantes con el concepto de la moral contractual en sentido amplio.

Del mismo modo, están en zonas limítrofes los conceptos de moral del contrato e igualdad de los contratantes.

También el concepto de igualdad de las prestaciones en relación con la igualdad de las partes contratantes al discutir el contrato, esto es: con la idea de lesión que puede penetrar en el ámbito de la autonomía de la voluntad, aun en los sistemas normativos que excluyen la rescisión por lesión.

Los conceptos "abuso del derecho", "enriquecimiento injusto", miran a la moral del contrato.

Hay ahí una serie de círculos concéntricos de trazos desdibujados. Hay interferencias a la vez que interfieren los conceptos "ley" y "orden público".

La moral y la causa ilícita.

El concepto de causa que, inspirándose en Domat y Pothier, introdujo el Código civil francés en los artículos 1.131 y 1.133, como fundamentales en el contrato, y que, sin definir la causa dicho Código, pasó al nuestro en su artículo 1.274, que la define, y al 1.275, que con referencia a la causa ilícita condensa los dos artículos del Código de

1804, se conecta con los conceptos de moral y orden público, interés general, o moral, a las leyes. "Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral" (artículo 1.275 del Código civil español).

"Lo que caracteriza fundamentalmente la causa ilícita es la lesión de un interés general de orden jurídico o moral" (24).

Ya hemos visto como hay cláusulas—las de estabilización—que la doctrina considera lícitas por su causa y vulnerables sólo porque lesionan un interés general de tipo económico nacional.

La lesión al orden jurídico y al interés general está ya proyectada en el artículo 1.255 en relación con el artículo 4.^o El artículo 1.275 es nueva grieta de penetración en el campo de la autonomía de la voluntad, porque permite ampliar el concepto legal de causa, bien delimitado en el 1.274. Hay intercambio e interferencia.

El concepto de nuestras leyes de Partida en relación con el tema es que "no vale la promisión si fuese hecha contra ley o contra buenas costumbres. Esto sería como si alguno prometiese so cierta pena de matar a algún hombre... o prometiese a otro dar cosa cierta porque matase a algún home" (25).

Pothier, análogamente, fija como ejemplo el del contrato en que mediante dinero uno se obligara a batirse en duelo o a dar de palos.

Las mismas leyes de Partida catalogan pactos prohibidos por tener causa ilícita en el sentido de objeto prohibido por las leyes y las buenas costumbres. La promesa de que uno no demandará a otro por el engaño o hurto que le hiciere (26). La renuncia a pedir que se deshaga la equivocación o engaño que haya podido haber en cuentas (27).

Prohibían las leyes de Partida, del mismo modo y por la misma razón, el pacto comisorio y anticrético unidos al mutuo y que agravan la situación del prestatario.

Actualmente está permitido el pacto de la venta de cosa mueble con pacto de rescate para producir los efectos de la prenda con cláusula comisoria y otros antes prohibidos.

La Ley 14, Título XI de la Partida III, prohibía el pacto de *cuantalitis*, prohibido también por la moral en nuestro ordenamiento. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, no se considera inmoral el pacto, y en el primer folio del proceso consta con frecuencia el contrato con *cuantalitis* entre letrado y cliente.

La jurisprudencia francesa anula los contratos de juego y para casas de juego. Esto no obstante, el juego está reglamentado administrativamente y, por tanto, declarado implícitamente lícito por el mismo Estado.

Los Tribunales franceses persisten en sus declaraciones de nulidad de los contratos que tienen por objeto la explotación de juego, la venta de material, la sociedad de jugadores y el préstamo de juego.

(24) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1940.

(25) Ley 38, título XI, Part. V.

(26) Ley 29.

(27) Ley 30.

La obligación de pagar lo perdido en el juego era, a la luz de la Ley 15, Título XXIII, Libro XII, Capítulo VIII, de la Novísima Recopilación, nula, siendo nulos los vales, escrituras y garantías.

Nulo ha sido declarado el juego de la lotería en Francia (28). Válido es el juego de la lotería en España, reglamentado por el Estado.

Sobre el seguro dice Ripert que “es preciso condenar el contrato...” “de seguro que perdiendo su carácter indemnizante cree un enriquecimiento en provecho del asegurado que le inspire la tentación de lograr la realización del riesgo”. Se refiere a supuesto de derecho marítimo.

Pactos sin antijuridicidad directa.

La limitación se amplía cuando “el concepto de *causa ilícita* permite cobijar no sólo las convenciones ilícitas por razón de su *objeto* o de su *motivo*, sino también múltiples convenciones que no encerrando en sí ningún elemento de directa antijuridicidad son ilícitas por el matiz inmoral que reviste la operación en su conjunto, como sucede en aquellos casos en que se promete determinada retribución a una persona para que ésta cumpla aquello a qué ya está tenida por una obligación anterior jurídica o moral, por lo que existe causa ilícita en la convención mediante lo que se condiciona el pago de una cantidad al rompimiento de unas relaciones inmorales o ilícitas” (29).

Los tribunales franceses y la jurisprudencia de la Corte de Casación admiten las donaciones que “favorecen la ruptura reparando el perjuicio causado e incluso asegurando un porvenir la vida de una desgraciada que tiene derecho al perdón” (30).

Son lícitas las ventas con pacto de reserva de dominio, los pagos a plazos a cuenta del precio de la cosa, con posesión como arrendatario mientras no se pague el precio.

Nuestra jurisprudencia ofrece un catálogo de decisiones que expresan el criterio del Tribunal sobre que “es ilícito el contrato o el pacto...” “o no contrario a la ley, la moral ni el orden público...” en los diferentes temas que han ido sometiéndose a su decisión.

La autonomía de la voluntad está dominada por la declaración de los Tribunales en caso de contienda sobre la licitud o la ilicitud.

No hay norma segura ni protoconcepto fijo que permita saber, a la luz de la moral del contrato, en sentido amplio, cuándo la voluntad va a ser respetada y cuándo va a quedar desplazada.

(28) Por el Tribunal del Sena 30 de julio de 1913.

(29) Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1941.

(30) RIPERT: *La Regla Moral*. Cas. Req. 7 de marzo de 1914.

II

La causa en sentido objetivo.

Para delimitar el ámbito de la autonomía o más bien de la heteronomía de la voluntad, digamos antes lo que importa, sin replantear una vez más el conocido debate sobre la causa.

Este concepto de causa, de indudable abolengo romano, dió lugar a la exégesis de civilistas de los siglos XVII y XVIII, como Domat y Pothier, cuya construcción inspiró, sin duda, el Código civil francés.

“En los contratos “interesados”—dice Pothier—la causa de la obligación contraída por una de las partes es lo que la otra le dé o se oblige a darle. En los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere hacer a la otra es causa suficiente de la obligación que contrae hacia ella” (31).

Gutiérrez, al estudiar el problema del error en el consentimiento, dice: La causa puede ser simplemente *impulsiva* del contrato o de tal modo *inherente* a él que parezca su condición.

La primera no anula el contrato, la segunda, sí. Por ejemplo, si uno comprase una cosa para reemplazar a otra que creía perdida, ésto no vicia el contrato aunque haya error. Pero si uno, creyéndose deudor, garantizase la deuda, semejante error viciaría el contrato por ser la causa que produjo la obligación (32).

Esto es, aparte el error, habría un desplazamiento patrimonial, si se cumpliera el contrato, sin contrapartida; un enriquecimiento sin causa. Un contrato sin causa por falta de contraprestación.

En este sentido, el contrato se basta a sí mismo. En su ámbito está encerrada su validez o nulidad. Objetivamente es fácil precisar si hay o no causa.

En este sentido ha venido pronunciándose nuestro Tribunal Supremo en múltiples sentencias (33).

La sentencia de 6 de mayo de 1902, siguiendo la doctrina, declara que “la palabra causa, en la acepción jurídica de la misma voz, tiene un significado especial y concreto, definido con esmero en el artículo 1.274 del Código civil, según el cual se entiende por causa en los contratos onerosos para cada parte la prestación o promesa de una cosa a servicio por la otra; de donde se sigue que la causa del contrato de compraventa...” “es para el vendedor el precio estipulado y para el comprador la cosa a cuyo dominio aspira; y, por consiguiente, el fin ilícito—defraudar derechos legitimarios—que los contratantes o alguno de ellos se proponga realizar por medio de la venta o de la

(31) *Obligations*, número 42.

(32) Códigos. Madrid 1971. 4º

(33) De 13 de enero y 8 de marzo de 1902, 16 de enero de 1924, 23 de noviembre de 1920, 22 de marzo de 1924.

compra podrá tener sus consecuencias, pero no es causa del contrato ni convierte en torpe o ilegal la verdadera cuando no afecta a la esencia de la misma..."

Queda excluido netamente del ámbito de la causa el móvil, esto es, la finalidad distante y ulterior al contrato.

Giorgi (34), que considera que como requisito separado la noción de causa es hija de un error de los redactores del Código de 1804; y la causa, en ese sentido, como el "cuarto lado del triángulo", presenta el ejemplo del que compra un revólver y paga el precio, con el accidente de emplearlo luego para matar a la adúltera, a la que sorprende.

Podría anularse la venta, según eso, por causa-finalidad ilícita, dada la dificultad de percibir si en el contrato habría ya el móvil de procurarse el arma para el homicidio.

Sin embargo, el contrato de compraventa es perfecto y lícito visto a su propia luz: consentimiento, objeto y causa objetiva.

La causa en sentido teleológico.

El Tribunal Supremo en España ha cambiado la orientación de la doctrina anterior en sus sentencias de 12 de junio de 1944 y 12 de abril de 1946.

El caso resuelto en la última es la nulidad de una compraventa, constante en escritura pública de 1922, inscrita en el Registro de la Propiedad, accediendo a la demanda de 1941 de la mujer del vendedor, que estimaba que encubría la venta una donación en perjuicio de derechos legitimarios (35).

Prescindiendo de la simulación, que permitió alumbrar el contrato subyacente, la donación, lo que interesa es la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la donación disimulada, en relación con el concepto de causa. La nulidad en la simulación no es sustantiva. Vale sólo para examinar el contrato disimulado.

"Considerando: Que el tema tan discutido de la causa en los negocios jurídicos, a la vez que sugestivo e intríngido, fué objeto de examen por esta Sala en múltiples sentencias, entre las que cabe citar como más recientes la de 2 de abril de 1941 y la de 12 de abril de 1944, declarando que, aun dadas las dificultades técnicas para *delimitar el ámbito de la causa del contrato y el móvil que lleva a su celebración*, hay casos en que una y otro se confunden y es procedente aplicar la idea matriz que late en nuestro ordenamiento jurídico al reputar *ineficas todo contrato que persiga un fin ilícito o immoral*, cualquiera que sea el medio empleado por los contratantes para lograr esa *finalidad, apreciada en su conjunto*; por lo que, aplicada al caso de autos esa doctrina que, en definitiva, *proclama el imperio de la teoría subjetiva de la causa*

(34) *Teoría de las obligaciones*. Madrid. "Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1910, tomo III.

(35) Cfr. FUENMAYOR: *Intangibilidad de la legítima*. ANUARIO DE DERECHO CIVIL. I. L.

individual, impulsivo y determinante, elevando por excepción el móvil a la categoría de verdadera causa en sentido jurídico cuando imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio, se ha de ver en el propósito que presidió la donación de burlar los derechos legítimos de la mujer e hijos del donante la causa que domina y la razón de ser del contrato, y ha de ser calificada de ilícita, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.275 en relación con el 636 y con el 806 del Código civil, ya que contraría la prohibición legal enderezada a velar por la defensa de la legítima, según tiene reiteradamente dicho esta Sala en casos análogos, entre otras sentencias en la de 12 de junio de 1941 y en la de 12 de abril de 1944.

Considerando: Que, por lo expuesto, no es correcto el calificativo de contrato con causa falsa que el Tribunal de instancia ha dado a la donación, ni por esta vía se podría mantener la tesis de que el contrato es meramente anulable cuando la causa, aun siendo verdadera, no es lícita, pues la ilicitud vicia sustancialmente el negocio y le vuelve radicalmente nulo...

Considerando: En consecuencia, que por ser radicalmente *nulo por carencia de causa el simulado negocio de compraventa* y *nulo* también absolutamente *el disimulado de donación por ilicitud de la causa*, procede casar la sentencia recurrida por la infracción apreciada de los artículos 1.275, 1.276 y 1.301 del Código civil..."

La posición del alto Tribunal es, por lo expuesto, ahora, totalmente contraria a la de la jurisprudencia anterior. Aunque por vía de "excepción" ha dictado tres sentencias. El camino está trazado para ulteriores resoluciones en el mismo sentido.

La causa tiene a esa luz sentido teleológico.

Causa ilícita por perjuicio a tercero.

En el caso resuelto, la causa es ilícita porque lesiona los derechos legítimos amparados por los artículos 636 y 805 del Código civil.

En las sentencias de 14 de diciembre de 1940, la causa ilícita se caracteriza "por la lesión de un interés general de orden jurídico o moral".

En la sentencia de 1946 el interés general está en función del interés privado del heredero legítimo. Los textos legales que protegen ese interés juegan en la sentencia en función de interés general para calificar la causa de ilícita.

No es el orden público propiamente dicho el afectado. Sino simplemente el interés privado de un heredero que estima lesionados derechos que la ley le reserva y el causante desconoce.

Es ilícita la causa porque el contrato infringe normas legales protectoras de la legitimidad. Es decir, porque la autonomía de la voluntad invadió zona del *patrimonio de tercero*. De tercero, porque el heredero—según lo resolvió ya la sentencia de 1902—no puede accionar como tal contra actos de su causante sin incurrir en contradicción, ya

que sucede al causante en sus derechos y obligaciones y continúa la personalidad jurídica del causante.

Bonet, al referirse a la otra sentencia de 12 de junio de 1944, estima que "hubiera sido oportuno no reconocer la cualidad de heredero legitimario en cuanto parece extraño que asuma la posición jurídica del de *cuius*, cuando es la ley con su autoridad y contra la voluntad del causante quien le atribuye una porción del activo hereditario. Estima que cuando el legitimario, *como tercero*, impugna por simulación un acto lesivo de su causante, *no puede sacar ventaja de la declaración de simulación del acto más que hasta integrar su cuota hereditaria*" (36).

El concepto de "causa ilícita" le emplea el Tribunal Supremo como medio técnico de nulidad radical. La nulidad, no obstante, es posible sólo en cuanto la donación afecta al derecho legitimario. Esto es, en cuanto sea reductible.

La nulidad se declara por fraude a tercero en cuanto la ley protege la legítima de ese tercero. Actuó la nulidad radical aun en la zona en que la ley no protege a la legítima misma. Esto es, en la zona dominada por la autonomía de la voluntad.

Concurrencia del doble concepto de causa.

Para ello eleva "por excepción" "el móvil" a la categoría de "verdadera causa en el sentido jurídico" porque "imprime a la voluntad la dirección finalista e ilícita del negocio..."

Pero antes, para anular la compraventa (sin que considere que hay causa falsa), declara que "es radicalmente nula" por "carencia de causa". Esto es, por carencia de precio, ya que el precio se declara aparente. Por tanto, por carencia de causa según el concepto del artículo 1.274.

Juegan en la sentencia dos conceptos de causa. El objetivo, la finalidad inmediata, como contrapartida, y el subjetivo en sentido teológico, de finalidad distante para *defraudar* a tercero.

Entre en juego el concepto de causa según el artículo 1.274 para anular la compraventa. Sin eso, si la compraventa tuviera precio real, causa, el contrato sería válido.

Pero para anular la donación ya no entra en juego el mismo concepto de causa del artículo 1.274. La causa en la donación parece indudable. El vendedor-donante vivió durante veinticinco años con una mujer y, según la demanda, su mujer legítima vivía con otro hasta el punto de no considerar el vendedor-donante a los hijos de su mujer como sus propios hijos. El *animus donandi* del vendedor-donante a la compradora-donataria se revela como evidente. La donación tiene causa legal según el artículo 1.274.

Las consecuencias en el patrimonio de tercero no le restan la causa

(36) *Revista de Derecho Privado*, 1944.

al contrato, ni la tiñen de ilícita ni anulan radicalmente la donación: la reducen si es inoficiosa. El hecho de afectar al patrimonio de tercero y que la donación sea reductible en la medida en que exceda del tercio de libre disposición, si excediere, o no lo sea si aparte de los bienes donados el legitimario puede integrar su legítima en relación con el total del caudal del causante, todo computado, no es "la causa" ni el concepto de "causa ilícita".

La idea de lesión a un patrimonio no es idea de nulidad radical.

En el caso de la sentencia, la voluntad autónoma de los contratantes quedó desplazada en virtud de la aplicación del doble concepto de causa y de calificar de causa ilícita la finalidad del perjuicio a tercero aun respecto al tercio libre en cuya zona no hay el perjuicio.

III

La autonomía de la voluntad y las circunstancias; cláusula "rebus sic stantibus".

El artículo 1.258 declara que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan "no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la "buena fe", "al uso y a la ley".

A la moral, a la ley, al orden público, "interés general", "orden jurídico", se agrega ahora el concepto de "buena fe" y el de "uso".

El artículo 1.134 del Código francés, al declarar que el contrato "es ley" entre las partes, ordena también que los "contratos han de cumplirse de buena fe".

Esta noción de buena fe del artículo 1.258, enlazada con la de "equidad", ha servido al Tribunal Supremo, en conexión con el concepto de causa, equivalencia, para declarar la facultad de los Tribunales de *modificar el contrato*, si bien referida la doctrina al caso de circunstancias ulteriores a la perfección del contrato.

Son dos sentencias: de 13 de junio de 1944 y 5 de junio de 1945, las que afrontan tan grave problema.

La primera establece esta doctrina:

"... En consecuencia, que al ser planteado este litigio subsistía la obligación que C. y Compañía contrajo por el contrato de compraventa mercantil de 27 de junio de 1936, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora y estimar, por el contrario, que la obligación de entregar el aceite vendido había quedado extinguida por causa de la guerra civil, ha infringido por interpretación errónea el artículo 334 del Código de comercio y el 1.105 del Código civil, y por aplicación indebida el 333 de aquel Código, en concordancia con los artículos 1.122, 1.147 y 1.182 del Código civil."

SENTENCIA DECLARATIVA.—"Que declarada en casación la subsisten-

cia al terminar la guerra civil de la obligación que como vendedora contrajo la casa C. y Compañía, resta por decidir si la obligación es exigible rígidamente en los propios términos en que fué pactada y pudo ser cumplida en aquel momento, o bien se ha de llevar a efecto con alguna moderación, *según se insinuó por la defensa de la parte recurrida en el acto de la vista del recurso...*

“Que ese tema ofrece un doble aspecto, en cuanto roza con la *posibilidad legal de modificar judicialmente la consumación de un contrato* por alteración sobrevenida de las bases previstas por los contratantes...

“Que, atenta nuestra legislación civil al principio de la *autonomía de la voluntad* en régimen contractual, que requiere el cumplimiento de lo pactado en los términos convenidos, admite, sin embargo, ciertas restricciones por razón de la buena fe que preside la contratación —artículo 1.258 del Código civil y 57 del de comercio— y más concretamente por razón del elemento de justicia objetiva, implícito en la exigencia de causa en los contratos, referida esencialmente en los onerosos a la reciprocidad o equivalencia de las prestaciones; de tal suerte, que en algunas, aunque contadas, situaciones, la ley permite mitigar el excesivo rigor de aquel principio, confiriendo al juzgador la facultad de acomodar lo convenido por las partes a las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado al tiempo de ser cumplido lo que se prometió, según es de ver, por ejemplo, en los supuestos que prevén los artículos 1.103, 1.124 y 1.154 del Código civil...”

“Por lo tanto, y no obstante los reparos de algún sector de la doctrina científica, es preciso reconocer la facultad judicial de modificar el contrato, lo que no quiere decir que éste se eleve a rango de principio general, pues no se ha de perder de vista que la ley establece como norma fundamentalmente rectora del negocio jurídico el axioma *pacta sunt servanda*, por lo que sólo con gran cautela y notoria justificación se podrá hacer uso de la citada facultad modificadora...”

La cosa vendida era una importante cantidad de aceite. El Tribunal, en la sentencia de casación, se ajusta al texto legal de ser los riesgos de cuenta del vendedor en la compraventa de cosa genérica.

A falta de normas legales específicas en nuestro ordenamiento sobre las circunstancias sobrevenidas en el momento de cumplimiento del contrato, el Tribunal Supremo utiliza los conocidos medios técnicos para derogar el principio de autonomía de la voluntad, haciendo como una interpretación del contrato conforme al artículo 1.258 del Código civil con la noción de “buena fe” y “equidad”, y a la luz del concepto *causa* en el contrato que lleva un “elemento de justicia abjetiva” de “reciprocidad o equivalencia”.

Descartados los recursos técnicos fundados en la imposibilidad de cumplir la prestación por el riesgo de guerra, “los otros medios técnicos—dice Ripert—a los cuales se ha recurrido para inducir a la jurisprudencia a la revisión del contrato son bien frágiles. Se ha pensado en invocar el artículo 1.134, párrafo 3.^a, del Código civil (la “buena

fe" en el cumplimiento), para imponer al acreedor la ejecución de buena fe. Se ha intentado ensayar la noción de causa para impedir el desequilibrio de las prestaciones posteriores al contrato. Estos procedimientos técnicos no tienen en sí mismos gran valor, pero han sido ofrecidos a la jurisprudencia para permitirle construir una teoría de la imprevisión.

"La jurisprudencia ha resistido. Había tomado posiciones antes de la guerra en circunstancias extremadamente favorables a la revisión del contrato..." (37).

La causa desplazada del momento de perfección del contrato.

El Tribunal Supremo, en la sentencia a que nos referimos, desplaza el concepto legal de causa fuera del ámbito de la perfección del contrato para replantear el problema de la equivalencia de las prestaciones a la luz de nuevas circunstancias. Pero la causa hay que referirla "al momento creador" del contrato.

Así lo ha declarado el mismo Tribunal Supremo en su sentencia de 14 de diciembre de 1940... "siendo la causa, en la concepción de nuestro Código civil, uno de los elementos constitutivos del contrato, necesario para darle nacimiento, hay que referir su existencia a ese momento creador del vínculo y la prolongación de la teoría de la causa más allá del momento de la formación del contrato, invadiendo el terreno de otra figura jurídica más o menos relacionada con aquella, pero que la desplaza de sus términos legales estrictos, aun cuando guarde conformidad con algunas orientaciones de la moderna doctrina científica; no encuentra apoyo en nuestra ley civil vigente..."

La facultad judicial de revalorar las prestaciones.

La sentencia de 5 de junio de 1945 sigue la misma senda:

"No puede negarse sin posible estrago la influencia de una corriente doctrinal que antepone a la antigua teoría de la voluntad la tesis de la declaración y permite frenar por diversos motivos y utilizando muy variados arbitrios el predominio absoluto de la autonomía de la voluntad, ya moderando los efectos de los contratos, ora limitando su obligación riega, según normas de buena fe que son connaturales de la contratación y rectoras de los términos en que lo convenido ha de cumplirse no es menos cierto que el ejercicio de esa facultad, supuesta la posibilidad de que el juzgador se considere autorizado para hacerla valer... cuando quiera que sea el concepto que de causa se tenga, y aunque se identifique y conecte, según su más moderna concepción, con el móvil impulsivo o determinante de la declaración de voluntad que se incorpora al acto jurídico, la inejecución de un pacto por imposibilidad de cumplirlo o simplemente por excesiva y anormal onerosidad de las prestaciones, no constituye, según la traza nuestro Código, un

(37) RIPERT: Obra citada.

caso de desaparición de la causa que por su sola virtud vicié lo que inicialmente tué válido y sigue siéndolo, sino una incidencia del cumplimiento que por eso ni determina la nulidad radical del contrato ni en muchos casos lleva consigo la rescisión del mismo.

Que aunque esta Sala... no ha excluido la posibilidad de construir, en el ámbito del Derecho vigente, la cláusula "rebus sic stantibus" como medio de restablecer equitativamente el equilibrio de las prestaciones, si lo demandasen imperiosa e inexcusablemente circunstancias muy calificadas, y no ha desconocido, en otro aspecto... atisbos y aun aisladas aplicaciones..., sin embargo, la cautela con que en materia tan quebradiza debe obrarse, atenta al designio de que por falta de prudencia en la aplicación o por excesiva y anormal generalización de la doctrina pudiera padecer la seguridad pública de las convenciones tal como inicialmente se establecieron, según la patente e inequívoca voluntad de las partes... porque si en las más modernas ordenaciones positivas que rindiéndose a esta legítima preocupación doctrinal dieron paso a la cláusula en cuestión en los contratos de ejecución diferida, cuidó de subordinarse su aplicación, tanto a la concurrencia de circunstancias extraordinarias e imprevisibles como medio de templar su excesiva onerosidad para el obligado, y aun así las facultades rescisorias, que no siempre se otorgan, pueden enervarse por obra de equitativas modificaciones ofrecidas por el demandado, no puede decirse que en casos como el de autos se haya producido un verdadero e imprescindible desequilibrio. Pues aparte de que los peritos no determinaron... en qué medida afectó a la plusvalía del inmueble el plan de urbanización y otras circunstancias... son tan contingentes y perecederas como una alza eventual de los precios por exceso transitorio..."

Dificultades de la solución como facultad judicial.

"Es muy difícil—dice Planiol, al referirse a la teoría de la imprevisión—dar a los Tribunales un tal poder. Las dificultades de ejecución no constituyen la fuerza mayor liberatoria, y no cabe presumir que las partes no hayan previsto una modificación del estado de cosas en el momento del contrato, porque al contratar a largo plazo pretende cada parte, al contrario, asegurar el porvenir. El motivo de inejecución alegado por el deudor es el de desequilibrio de las prestaciones, pero sobrevenido en momento posterior al contrato. Así como la lesión coetánea del momento de perfección no es anulatoria, la que se produce en el curso de ejecución no puede ser retenida como causa de revisión..." "La jurisprudencia ha rehusado admitir la revisión del contrato..." "La jurisprudencia administrativa (resoluciones del Consejo de Estado que se citan frecuentemente) (38) se inspira únicamente en la necesidad de asegurar servicios públicos y no hacen caer al contrato más que en virtud de esa necesidad..." "sin que queda oponer esas

(38) Suministro de gas en Burdeos y otras análogas.

resoluciones" (las de la jurisprudencia civil opuesta a la revisión y las de la administrativa que la concede) (39).

No es lo mismo—ello es obvio—fundamentar teóricamente una doctrina de la imprevisión para que pueda fijarse en vía legislativa, que suponer que los Tribunales, moviendo resortes técnicos por aplicación de diferentes textos del Código civil, puedan suplir la voluntad del legislador, con toda la incertidumbre que resulta de la inseguridad, reservas y afirmaciones de la doctrina, necesariamente fluctuante, como ha sido cuando se proyecta sobre materia de enorme trascendencia, sin una regla normativa que, por la gravedad misma del tema, parece insustituible (40).

La lesión por desigualdad de las prestaciones.

Todo se reduce a que en el caso concreto de la sentencia de 1945 no se daba, a juicio del Tribunal, "un verdadero e imprescindible desequilibrio", pues "aparte de que los peritos no dictaminaron en qué medida afectó a la plusvalía del inmueble el plan de urbanización y otras circunstancias", "son tan contingentes y perecederas como un alza eventual de los precios por exceso transitorio..."

Lo importante es que el alto Tribunal se reserva el derecho de juzgar sobre si, por el transcurso del tiempo (y ahora, sin caso de fuerza mayor), se ha producido o no "desequilibrio de las prestaciones" en grado suficiente, a su juicio, para provocar la rescisión del contrato de compraventa, luego de dejar establecido que "no puede negarse sin posible estrago la influencia de una corriente doctrinal que permite frenar "por diversos motivos y utilizando variados arbitrios el predominio absoluto de la autonomía de la voluntad..."

El problema está en la potestad del Tribunal para enjuiciar el desequilibrio de las prestaciones, ya con referencia al momento de la perfección del contrato, ya al momento de su cumplimiento. Esto es, la facultad de rehacer o deshacer el contrato.

El Código civil francés admite la lesión en la compraventa de inmuebles con referencia a los siete dozavos en el precio (art. 1.674) (41).

Recogió el Código francés la idea de Pothier "... la equidad debe reinar en las convenciones, de donde se sigue que en los contratos "interésados" en los cuales uno de los contratantes da o hace algo por percibir alguna otra cosa como el precio de lo que da o hace, la lesión que sufre uno de los contratantes aun cuando el otro no haya recurrido a ningún artificio para engañarle, es sólo suficiente" por sí misma para convertir en vicioso el contrato. Porque la equidad en el comercio consiste en la igualdad, y desde que esta igualdad está herida y que

(39) *Traité Elementaire de Droit civil*. París, 1926. tome II.

(40) Cfr. CANDIL: *La cláusula "rebus sic stantibus"*. Madrid, 1946.

(41) Si le vendeur a été lesé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un inmueble il a la droit de demander la rescission de la vente...

uno de los contratantes da más de lo que recibe, el contrato es vicioso porque peca contra la equidad que en él debe reinar" (42).

Pero el mismo Pothier dice que "no es necesario que el precio *igualé* exactamente el valor de la cosa porque el precio *no es tanto el equivalente de su verdadero valor, cuanto la expresión de la cantidad en que le han estimado*, y la estimación puede haberse hecho por bajo; con tal que la cantidad no sea insignificante, sino que guarde alguna proporción con el valor de la cosa, aunque sea inferior, el contrato subsiste como verdadero contrato de compraventa..."

Nuestro Código, como es sabido, declara que "ningún contrato se rescindirá por lesión" (1.293), salvo los supuestos excepcionales del artículo 1.291 y los de la partición.

La doctrina francesa ha podido construir en torno al artículo 1.674 una teoría de la lesión.

En nuestro Derecho normativo no sé cómo puede hacerse la construcción, directa o indirectamente.

La equidad en la valoración.

La fuerza del principio de la autonomía de la voluntad se revela en el hecho, que retiene nuestra reflexión, de que el alto Tribunal para abrogarlo en el caso de las circunstancias sobrevenidas, resuelto en la sentencia de 13 de junio de 1944, ha debido apelar al artículo 1.258 para aplicar el concepto de "buena fe" en el cumplimiento; "más concretamente" al "elemento de justicia objetiva implícito en la idea de causa", identificando "reciprocidad" y "equivalencia" de las prestaciones, con desplazamiento del concepto de causa desde la perfección del contrato al momento de la exigencia de la entrega de la cosa vendida. Y como si todo no fuera suficiente, ha debido poner en movimiento la idea de "equidad": "no sería equitativo descargar sobre el vendedor exclusivamente el daño de guerra".

En la sentencia de casación ha resuelto el Tribunal que el daño de guerra es de cargo del vendedor, ya que al cesar la fuerza mayor "revive la obligación contraída...", llegándose al mismo resultado aplicando al caso la teoría de la transmisión del riesgo, ya que el artículo 334, número 1.^º, del Código de comercio atribuye al vendedor los daños y menoscabos, aun por caso fortuito de la cosa genérica vendida..."

La función de la equidad en el caso es moderar o reformar los efectos previstos en la ley, por estimar excesivamente duro el precepto legal. Esto es, el ejercicio de una facultad de abrogar que la metodología pone a disposición de los Tribunales, puesto que los métodos y sus soluciones son inagotables y contradictorias.

Considera el Tribunal, en último análisis, injusta la norma aplicable al caso, y la modifica mediante los conceptos antes indicados, y

(42) *Obligations*, 23.

ahora mediante el de "equidad". No podría hacer más el Pretor romano.

Los conceptos de buena fe y equidad, en la doctrina, toman un rango de instrumentos de perfección del desarrollo jurídico.

Pero la función de la equidad al aplicarse el concepto por los Tribunales contra la norma legal y para corregir sus defectos, corrigiendo la otra ley, el contrato, entraña serias observaciones.

Los vicios del consentimiento en función de la desigualdad de las prestaciones.

De ahí a considerar la lesión como índice de dolo no hay más que un paso. "La lesión—dice Gutiérrez—es resultado de un engaño y hemos hablado ya del vicio de los contratos por dolo; puede reconocer causa distinta, y decimos que sea la que quiera, influyendo en el *precio* o en las *cualidades* de la cosa y alterando el *supuesto* del consentimiento, hace defectuoso el contrato. La equidad debe presidir en las convenciones..." Es, de algún modo, la idea de Pothier.

El Código civil alemán de 1900 (artículo 138), con referencia a la idea de la lesión, declara que "el acto contrario a las buenas costumbres es nulo. Es nulo en particular el acto por el que alguien, explotando la necesidad, la inexperiencia o la ligereza de otro, obtiene para sí o para un tercero (a cambio de prestaciones) ventajas patrimoniales que, tenidas en cuenta las circunstancias, supongan una *desproporción evidente*".

La Ley de 23 de julio de 1928 en España declara nulo el contrato de préstamo en circunstancias tales que "hay motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales".

Si la rescisión por lesión no está admitida en nuestro ordenamiento, tampoco lo está la "usura" fuera del contrato de préstamo.

Pero el concepto de usura en el derecho canónico era más general que el concepto limitado al contrato de préstamo.

Según San Buenaventura, *usura est sub specie negotiationis alienae rei domino sciente contractatio*.

En Francia, los juristas que construyen la teoría de la lesión en torno al artículo 1.674, para ampliarla en el supuesto de desequilibrio evidente de las prestaciones, hacen entrar la noción de lesión en el principio de la autonomía de la voluntad, y entonces la lesión aparece como un vicio del consentimiento, exactamente como lo hacía nuestro civilista antes citado. "La enormidad del sacrificio—dice Ripert al referirse a esta construcción—revela la debilidad de espíritu del vendedor, la violencia que se le ha hecho, de la cual ha sido víctima..."

Ya hemos visto que Pelayo Hore en España estima que las cláusulas de estabilización en general deben ser miradas con desconfianza,

porque "son siempre o casi siempre *imposiciones* del económicamente más fuerte..."

Roca Sastre, al referirse a las cláusulas de revisión del precio, esto es, a que se revise el precio cada vez que hay alteración del valor del dinero, piensa que "los Tribunales deberán tener en cuenta si pueden estar incursas en los *preceptos de la ley de Usura*, pues no cabe desconocer que, *a pesar de su naturaleza paccionada*, por lo general serán *imposición* de una sola de las partes..." "... *Por tanto, habrá que estar a lo que los Tribunales decidan después del examen de la situación* de hecho en cada caso particular..."

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de abril de 1921, resolvió un caso de lesión económica en una escritura, en cuya doctrina parece haber entrado por la vía indirecta del error y la intimidación la desigualdad sufrida por una de las partes.

Otorgaron en Bilbao escritura la segunda mujer de un señor y cuatro hijos del causante, fallecido abintestato, hijastros de la viuda, "para evitar rozamientos entre los interesados, así como litigios, y con el fin de beneficiar al hijo del causante, don Joaquín, cumpliendo así la voluntad de su padre", "siendo los otorgantes los únicos que deben participar de la herencia", según luego lo confirmó la declaración de herederos abintestato.

Pactaron que todos los bienes existentes a nombre del causante se considerarían propios del mismo y, por tanto, caudal partible, sin liquidar la sociedad conyugal; de la masa se deducirían 27.000 pesetas para el hijo don Joaquín y el remanente se repartiría por iguales partes, en pleno dominio, entre la viuda y los cuatro hijos, siendo la parte de la viuda en plena propiedad en *pago de la cuota usufructuaría y de su participación en los gananciales si pudieran en definitiva existir*.

Firmó la viuda, en junio de 1926, la escritura, luego de haber visitado a su abogado acompañada por uno de los hijastros.

En julio fué requerida notarialmente para que manifestara si estaba dispuesta a firmar la partición según la escritura de junio, contestando que requiriése el mismo notario a los hijos para que dijeran si querían hacer la partición, "pero prescindiendo de la escritura" de 26 de junio.

Demandaron los hijastros a la madrastra, y ella alegó que "era cierto el otorgamiento de la escritura, pero *sin conocer ella el contenido de sus cláusulas y por intimidación* de los otros otorgantes...", "*exigiéndole la firma sin explicarle el contenido, y sorprendiéndola...*", "*consintiendo por error, ignorancia y violencia...*", "*contra su voluntad, debido a la intimidación...*" ("dejarla sin dos reales..."), "pues aunque en la cláusula tercera se decía que el remanente se repartiría por partes iguales, *la igualdad se destruía* por las siguientes, ya que en la cuarta se decía que con la parte correspondiente a la viuda se daría por pagada de su cuota usufructuaría y de la participación en

los gananciales, y en la quinta se decía que ninguno de los interesados colacionaría lo recibido en vida del causante..."

El caudal relicto ascendía a más de 200.000 pesetas. No se probó en el curso del pleito que hubiera gananciales durante el segundo matrimonio, ni nada colacionable. No hubo prueba directa del error o el dolo o la intimidación. El notario y testigos declararon que el otorgamiento fué normal.

La Audiencia declaró la nulidad "por haber sido prestado el consentimiento con error de hecho y sustancial, con intimidación de un mal grave a los intereses de dicha señora".

El Tribunal Supremo rechazó el recurso de los hijastros porque la Sala sentenciadora... "se funda en el conjunto de los elementos de prueba que es obligado aceptar mientras no se demuestre con la evidencia inmediata que requiere la ley la equivocación del juzgador..."

Un examen detenido de esta grave sentencia lleva al ánimo la idea de que no tuvo intervención en el fallo la existencia del error y de la intimidación.

Por lo pronto, no hay indicio de prueba, a la luz de la sentencia, tal como está publicada, relativa a error ni a la intimidación, siendo la intimidación de que se quejaba la viuda la de que los hijos la amenazaron con "dejarla sin dos reales" mediante los pleitos que la escritura justamente trataba de evitar; y siendo el error la "falta de explicación" de las cláusulas del contrato (o falta de lectura), cuya claridad no requiere explicación.

A esa luz del error y de la intervención notarial, como dice De la Plaza, al referirse a la sentencia..., "la acuciosa a la de un testigo privilegiado cuyo testimonio hace fe plena, intervención notarial que arguye la presunción vehementísima de que a la decisión de la voluntad ha precedido la instrucción necesaria. Si el documento es un verdadero acto de fijación de voluntad, lo normal y hasta lo humano será suponer que a la decisión precedió un conocimiento concorde con la realidad de las cosas" (43).

Pero la idea de "desigualdad" alegada por la viuda, infiltrando las ideas de que existían bienes gananciales y bienes colacionables a cuyas ventajas económicas renunciaba, penetró sin duda en el proceso para nutrir la convicción y reparar, con el juego de los vicios de la voluntad, la lesión por desigualdad. Esto es: rescisión por lesión, por vía de vicios de la voluntad.

IV

La medida de las obligaciones contractuales.

Es el tema central de las reflexiones de teólogos y moralistas: la tensión entre las exigencias de una moral abstracta y las leyes de comercio jurídico.

(43) *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, I.

“El problema es de tal dificultad que los teólogos y moralistas renuncian a resolverlo enteramente desde el sólo punto de vista moral. Cuando estudian la medida en la cual el contrato obliga, dicen en general y salvo la cuestión de la lesión, que el deudor está obligado en conciencia en los límites que la ley civil impone a su obligación. La regla moral se declara insuficiente. No puede tener la pretensión de determinar todos los deberes del deudor, ya que hay uno esencial: someterse a la ley que fije los derechos del acreedor” (44).

Las obligaciones están fundamentalmente en “los propios términos del contrato”, porque “el contrato es entre las partes ley”.

En conciencia, el deudor debe cumplir su contrato.

“Los moralistas no han cesado de afirmar que es necesario conservar la fe dada. No pueden tolerar que un contratante sin conciencia desprecie como un “chiffon de papier” el título que constata sus obligaciones” (45).

Pacta sunt servanda.

La justicia en el ámbito contractual.

El criterio deontológico, la justicia económica de las prestaciones, es la incógnita despejada por las partes, dados los términos de la compleja ecuación que es todo contrato sinalgámatico.

Esta consideración debió inspirar el juicio de Kant: “Cuando uno decide alguna cosa en relación con otro es siempre posible que le cause alguna injusticia; pero toda injusticia es imposible cuando uno decide por sí mismo.”

De todas las valoraciones posibles fundadas en la utilidad subjetiva, en la utilidad objetiva, etc., las partes fijan la unidad de medida por sí mismas, luego de los tanteos propios del sistema, y de la lucha de intereses que el egoísmo individual hace propia del tráfico, del cual es el alma misma.

La medida es *su medida*. En principio, la medida es matemáticamente justa.

De ahí la expresión de Fouillet, reproduciendo la idea de Kant: “Toda justicia es contractual. Quien dice contractual, dice justo.”

Para los partidarios de la autonomía de la voluntad, la lesión económica no es causa de injusticia. En nuestro ordenamiento está excluida la rescisión por lesión. Como dice Ripert, refiriéndose al tema, “para los partidarios de la autonomía de la voluntad, la lesión es una consecuencia de la lucha de intereses. El legislador protege a los incapaces y releva a aquellos cuya voluntad está viciada. Que los demás se defiendan por sí mismos...” (46).

(44) RIPERT: Obra citada.

(45) Obra citada.

(46) RIPERT: Obra citada.

El criterio deontológico en el campo extracontractual.

Pero si la ecuación es replanteada fuera del ámbito contractual, los Tribunales habrán de despejar, sin escala de valores, por tanto, la incógnita. Esto es: entrar en el dominio de la economía y de la filosofía del Derecho.

Para Aristóteles, como es sabido, la idea de justicia exige, en una relación de cambio, en un contrato bilateral, que uno reciba tanto como el otro le da. En esa idea se inspiraron, sin duda, Pothier y otros.

Como la igualdad aquí no es identidad, porque la identidad arruinaría a la relación de cambio, la idea de *igualdad* se traduce en idea de *equivalencia*.

Esto es: en el "elemento de justicia objetiva" que, "como implícito en la idea de causa", sirve de norma en la sentencia de 13 de junio de 1944.

A falta de norma de los economistas, el Derecho se encuentra con el problema central de la equivalencia. "Para saber lo que en derecho debe ser tenido por equivalente, precisamos un criterio de valoración...", "esto es, el corazón mismo de una teoría de los valores..." "La idea de justicia tradicional lleva a una zona de problemas radicales en los que se puede fundar este tema de la filosofía del Derecho..."

"Esa misma teoría de valoración jurídica habrá de quedar inserta en el tema primario y radical acerca del sentido del Derecho en una concepción metafísica de la vida..." (47).

V

Escisión de la voluntad contractual.

De Ruggiero (48) encuentra el supremo fundamento de la obligatoriedad del contrato (eliminando la teoría del interés de Bentham, la del pacto social de Pufendorf, la de la veracidad de Giorgi) en "l'unità della volontà contrattuale. Poichè la volontà singoli dei contraenti nel mommesso in cui dichiarate, s'incontrano, perdono ciascuna l'autonomia propria e iondendosi danno luogo ad una volontà unitaria (la volontà contrattuale), sera questa 'que d'ora' inanzi governera entro la esfera prestabilita y rapporti tra le parti, ne le parti ormai potranno pui sostrarsi ad essa perche il suo contenuto e sostrato alla loro libera disponibilità".

(47) RECASÉNS SICHES: *Los problemas de la filosofía del Derecho*. Barcelona, Bosch, 1936.

(48) *Istituzioni di Diritto civile*. Messina, 1926, vol. II.

Pero el sistema de normas del Código civil se pone en movimiento cuando la voluntad contractual se escinde, y una de las partes, rebelde a su propia ley, a la ley del contrato, pide al Estado la tutela jurídica para la violación del contrato, alegando que dicha ley es injusta o que no es tal ley.

“Este ataque por parte del que se niega a reconocer su obligación, en ese sentido exorbitante, es lo notable. Para aceptar tal cosa han de existir razones de suma gravedad; no basta que un interés particular esté afectado, siendo necesario un interés superior a los intereses particulares que no pueden coincidir con ninguno de éstos egoístamente entendido” (49).

Al actor nadie le pregunta cuándo inicia la acción si obra movido por un interés egoísta.

Lo decisivo y calificador es que el interés social no va al contrato de oficio, para censurarle. Salvo el caso de tipicidad delictiva, ningún órgano del Estado tiene la misión de promover la censura, si no la promueve una de las partes o el tercero afectado en su patrimonio por el contrato.

Cuando es la misma parte la que acciona, el interés egoísta, la violación de la propia ley y la petición de tutela invocando un interés social, son círculos inscritos unos en otros.

El actor es dueño de su acción. Será correcto el contrato en la medida en que el actor quiera dejar de ser, o no llegar a serlo. De lo contrario, todo un completo mecanismo revisor por muchas causas anulatorias se pone en movimiento, sin la menor garantía previa, ni la menor exigencia. De ahí, con frecuencia, lo que un fiscal del Tribunal Supremo llamó “el chantaje de la transacción”.

Singularmente, en los pleitos para que se repiense el contrato y se revaloren las prestaciones, la acción tienen todas las trazas de acción “notable”, como dice, Planiol.

La Novísima Recopilación excluyó esa clase de acciones, fundadas, de un modo u otro, en la idea de lesión con referencia a ciertos contratos.

“Porque los oficiales de cantería y albañilería y otros oficiales toman obras de concejos y otras personas, y después de hechos los contratos o rematadas las obras alegan engaño en más de la mitad del justo precio, siendo expertos en sus oficios, de que resulta agravio y dilación, por ende mandamos que de aquí adelante los tales oficiales no puedan alegar haber sido engañados en las obras de su arte”, “ni sobre ello oídos” (50).

(49) PLANIOL.: Obra citada.

(50) Ley 4^a, tít. X, lib. I.

El instrumento público en el proceso de nulidad.

Al romper la ley de Ordenamiento de Alcalá con el formalismo del Derecho romano, del que nunca se desentendió totalmente aquel Derecho, recogió nuestro Código civil, en su artículo 1.278, aquel espíritu, y declara que "los contratos son obligatorios, cualquiera que sea su forma, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez".

El espiritualismo se llevó al punto de que "pareciendo que se quiso un home obligar a otro...", "sea tenido de aquellos a quienes se obligó e non pueda poner excepción que non fué fecha estipulación que quiere decir", "con cierta solemnidad del derecho", "mas que sea valedera la obligación o el contrato que fueren fechos en cualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar a otro o facer contrato con él..."

Salvo ciertas exigencias *ad solemnitatem*, para seguridad del tráfico y en interés de tercero, nuestro ordenamiento está inspirado en ese espíritu.

La importancia creciente de los valores y la multiplicación de los contratos, han traído como consecuencia que la conciencia popular ampare sus declaraciones de voluntad en la fe pública notarial, como medida de seguridad y elemento de prueba, aparte del valor que el instrumento tiene en la vida del tráfico mismo.

El artículo 1.218 ordena que "los instrumentos públicos hacen prueba..." "del hecho que motiva su otorgamiento..."

El "hecho" es un complejo de hechos. Están amparados por la fe notarial, naturalmente, aquellos hechos que el notario comprueba *de visu et auditus sui sensibus* (51).

Pero, aparte de que el *hecho* del otorgamiento está sujeto a discusión, incluso por vía de denuncia por falsedad, sin el procedimiento garantizador de la "inscription de faux" del derecho francés, con sus tres sentencias y sanción para el impugnante, incluso de daños y perjuicios; y aparte también que el *hecho* mismo es contestable por vía civil, mediante las acciones oblicuas de nulidad mixta de falsedad (no recibió el precio, no oyó la lectura del instrumento, etc.), la protección que pretende la voluntad autónoma, contractual, está limitadísima.

La *calificación jurídica* del contrato es trascendente.

Pero la *calificación notarial* no obsta a la interpretación contraria. "La calificación hecha por el notario—dice Castán—entraña una mera presunción *iuris tantum* concerniente a la esfera de la legalidad del acto notariado y que *puede ser impugnada y revisada en juicio...*" (52).

(51) Ley 10, tít. II lib. XII Digesto.

(52) *Función Notarial y Elaboración del Derecho Notarial*. Madrid 1946.

La capacidad del otorgante, aún tratándose de testamentos, en que tiene rango más decisivo, no es definitiva. "La afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador no supone que necesariamente haya de aceptarse ésta como verdad indiscutible, pues *puede ser destruida* por pruebas demostrativas de que en el acto del testamento carecía de esa capacidad" (53).

"Muy análogos son los términos—añade Castán—que ofrece el problema de la aseveración que haga el notario acerca de la *libertad del consentimiento* de las partes. Y también creemos, en principio, que se trata aquí de un *juicio* que podrá ser *sometido a revisión*."

La sentencia de 21 de mayo de 1942 declara que "ha de desplegar eficacia la fe pública aneja al documento notarial, no *habiendo sido demostrada su falta de veracidad*".

La de 20 de enero de 1943 declara que "los contratos celebrados por medio de documentos públicos formalmente perfectos llevan en sí mismos la presunción de su realidad y validez y que aquellos que se apoyen en ellos tienen acreditados los hechos normalmente constitutivos de su derecho, mientras que el vicio o defecto..." "en modo alguno puede presumirse, sino que ha de ser probado por quien lo alega..."

Es un principio reconocido, de modo constante, por el Tribunal Supremo, que la nulidad de los actos y contratos sólo puede obtenerse mediante la declaración de la nulidad misma hecha en el juicio correspondiente, con citación de todas las personas a que pueda afectar la declaración (54).

Claro es que quien demanda la nulidad por un vicio o defecto ha de probarla, puesto que el negocio se presume válido.

No sé si las sentencias del Tribunal Supremo citadas antes añaden algo prácticamente a esto, cuando se trata de contratos que consten en instrumento público, válidos mientras no se demuestre su "falta de veracidad" o "algún vicio o defecto" invalidante. La prueba posible, en pleito, referida a la "falta de veracidad" del instrumento, aniquila el concepto de autenticidad (55).

La escritura, como hecho, y el contenido de la escritura, como cuestión de hecho, pasan al cómputo y valoración de los *hechos* por el Tribunal de instancia, con cierre posible de recurso de casación, ya que el "documento auténtico" que ha de revelar la "equivocación evidente" es por lo común el mismo instrumento, como ocurrió en el caso de las sentencias antes estudiadas.

Esto es, que la voluntad contractual no encuentra, en caso de contienda, en la forma solemne, la garantía que pretende; ni aun en la forma solemne construida por el Notariado español, cuya organiza-

(53) Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1925.

(54) 26 de septiembre de 1904, 2 de agosto y 10 de diciembre de 1903.

(55) La autenticidad se impone en el Derecho francés, salvo "*l'inscription de faux*", único medio, difícil, de destruir la veracidad de lo que está protegido por el instrumento notarial.

ción le confiere facultades de asesoramiento y transformación de la voluntad de las partes para vaciarla en el molde jurídico adecuado.

La voluntad contractual y su interpretación.

Los artículos 1.281 y siguientes del Código civil dan las normas de interpretación de los contratos. "Si los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes", se estará "al sentido literal de sus cláusulas". "Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas..."

Este texto es otra vía de penetración en el ámbito de la autonomía de la voluntad.

La interpretación tiene valor de operación de Semántica. Es problema de entender las "palabras" que expresan el contrato, como dice Domat. En ese sentido están las reglas del Digesto y todas las reglas de nuestra antigua legislación y jurisprudencia. "Para la *inteligencia* de los contratos debe estarse a los *términos* en que se hayan estipulado expresamente" (56).

Fijación de los efectos jurídicos, como interpretación.

Pero la interpretación entra en el dominio de los "efectos jurídicos".

"La Corte de Casación—escribe Planiol—debe cuidar de qué los Tribunales cumplan el artículo 1.134 ("el contrato es ley"), que obliga tanto a las partes como al juez. La Corte de Casación tiene limitados sus poderes por la Ley de 27 de diciembre de 1790 (artículo 3.º). La búsqueda de la intención de las partes es cuestión de *hecho* reservada a los Tribunales de justicia." *Eso no obstante, a fin de impedir un medio muy fácil para el desconocimiento o la modificación del contrato mediante la desnaturalización de la intención evidente de las partes,* la Corte ha venido casando aquellas sentencias que desnaturalizan el sentido de los contratos cuando éste es claro y preciso. Al efectuar este control fundado en el artículo 1.134, la Corte de Casación no procede a la comprobación de ningún elemento de *hecho*, sino solamente al examen de lo resuelto por el Tribunal de instancia y de las conclusiones por él deducidas, y revoca la sentencia por *contradicción interna...*" "Para que ese control sea efectivo, los hechos en que los Tribunales apoyen sus decisiones han de ser precisados en las mismas, en defecto de lo cual serán casadas por falta de base legal" (57).

Nuestro Tribunal Supremo declara que "la interpretación tiene por objeto fijar el contenido de una voluntad dudosa y las condicio-

(56) R. C. de 30 de diciembre de 1864.

(57) PLANIOL: Obra citada.

nes de existencia y validez de esa voluntad. La calificación jurídica del acto, y la *determinación de sus efectos*, aunque guarde relación a veces íntima con la interpretación, no son materia propia de ella".

Casa las sentencias, a veces, que rehacen el contrato (58).

Se trata de investigar, en caso de duda, la *común voluntad*, la "volonta unitaria contrattuale", como dice Ruggiero, al estudiar la fuerza vinculante del contrato.

Capitant (59), en Francia, y Núñez Lagos (60), en España, al construir el concepto de causa, estiman que se contrata por móviles subjetivos variables; pero sólo los que son compartidos por el otro contratante tienen la categoría de fines objetivos y pertenecen a la *declaración de voluntad*, bien de una manera expresa, bien de una manera tácita...

La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1921 es ejemplo típico de libre modificación, por vía de interpretación, de los efectos jurídicos propios de un contrato.

Por documento privado de 1912, el propietario de un establecimiento mercantil hizo donación a dos de sus dependientes del establecimiento, reservándose el 28 por 100 de los beneficios el donante, con obligación de contribuir en la misma proporción a las pérdidas, si las hubiere.

La donación será revocable "por las causas del Código civil y, además, si la conducta pública o privada de los donatarios no fuese digna", "a juicio del donante".

La participación reservada por el donante pasaría a su muerte a su hijo Esteban, "el cual tendría los mismos derechos que el donante".

Los dependientes, además de expresar su reconocimiento por el beneficio que les dispensa don ..., se obligan a respetar las condiciones y a no entablar reclamación contra lo que el donante hiciere o dispusiere.

Fallecido el donante en 1913, su hijo Esteban y demás herederos (sus hermanos y su madre) requirieron notarialmente a los donatarios para que exhibieran la contabilidad. No había libro de Inventarios y Balances. No había "Diario" con formalidades legales. Sólo un "Mayor", visado en 1886, con varios folios en blanco, y en uno de ellos, el 71, una cuenta.

En noviembre de 1914, el hijo que tenía los derechos del padre, y demás herederos, mediante escritura pública, revocaron la donación "por no ser dignos de la liberalidad" al "haber infringido las condiciones a que quedó subordinada la eficacia de la donación", usando al revocar las facultades que el donante se reservó.

Demandaron, en diciembre de 1914, los dependientes a los herederos del donante para que "se eleve a escritura el contrato de dona-

(58) Sentencia de 8 de julio de 1942.

(59) *De les causes des obligations*. París, 1927.

(60) *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*. Madrid, 1934.

ción "remuneratoria" y constitución de compañía regular colectiva" de 13 de mayo de 1912.

Revocando la sentencia del Juzgado, la Audiencia, en 1919, declaró que *por el documento de 1912 se constituyó una compañía mercantil... "a base de las condiciones establecidas en el mismo..."*, y siendo necesaria para el funcionamiento de la compañía la escritura pública, "condenó a los herederos al otorgamiento de dicha escritura..."

Interpuesto recurso de casación por los herederos, fué desestimado por el Tribunal Supremo.

"Considerando que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, cuando las cuestiones... se refieren a la interpretación de los contratos, debe otorgarse preferencia al juicio colectivo formado por la Sala acerca de su naturaleza, calificación, inteligencia y alcance de aquéllos..."

"Considerando que... el motivo principal a que obedeció el primero para ceder a los segundos la explotación de su establecimiento fué conservar éste, evitándose trabajo y cuidados y accesoriamente, o como consecuencia, mejorar la situación económica y social de sus dependientes, asociándoles con preferencia a otros, en atención a sus buenos servicios, y que el verdadero fin que se propuso don ... fué el de obtener un importante lucro."

Estimó el Tribunal que la interpretación de la voluntad de un contratante, sin hechos, le permitía fijar libremente, sin sujeción a la congruencia con las pretensiones deducidas, la naturaleza, calificación, inteligencia y alcance del contrato.

El hecho de la declaración de voluntad y los hechos de la nulidad.

El arbitrio judicial tiene también ámbito de actuación en los "hechos probados" en relación con el juego de la libre convicción.

Suscita la atención frecuentemente el problema de los hechos en la casación y sus problemas cuando la sentencia de instancia cierra el recurso con la fórmula de "apreciada la prueba en su conjunto".

Sobre el particular, De la Plaza observa: "...Mas esta doctrina, que es consecuencia del sistema de libre valoración de las probanzas, es incompatible con las normas que excepcionalmente y en determinados casos condicionan, dentro de ciertos límites, esa libertad...", "no autoriza al Tribunal *a quo* a velar el proceso lógico-jurídico que le permitió hacer la valoración; porque, en tal caso, se usa *torcidamente* de facultades que al Tribunal *a quo* no asisten" (61).

El proceso lógico-jurídico tiene una zona de operación mental. El problema está en la fijación de dos *hechos precisos*.

Puede servirnos de índice también la sentencia, antes citada, de

12 de abril de 1946, tal como está publicada en la "Colección completa" (62).

"Considerando que, en punto a los *hechos procesales*, no se plantea problema alguno en el recurso, pues en éste se acatan los *que la Sala declara probados*, afirmando: a) Que el marido de la demandante otorgó escritura..." "por un *precio aparente* o sin existencia real." "b) Que los otorgantes se *propusieron ocultar* bajo la fórmula de compraventa un contrato de *donación*, encaminado a *burlar los derechos sucesorios...*"

A poco que se reflexione se comprobará que hay en tales "hechos probados" el "concepto jurídico" de que los otorgantes "se propusieron ocultar" el contrato secreto bajo la fórmula de compraventa (la donación) *encaminado a burlar los derechos...*

Esto es, que los "hechos probados" llevan en sí el concepto jurídico de *simulación*, predeterminante de la nulidad de la escritura de compraventa.

Pero, en cambio, faltan los *hechos*, los *sucesos*, determinantes del concepto jurídico. Esto es: 1) porque el *precio fué aparente y no real*; 2) porque tenían los otorgantes la *intención de defraudar* derechos legítimos. Falta la prueba catalogada.

En vía civil son posibles las frustraciones del querer de la voluntad autónoma, sin la fijación de un hecho preciso, anulatorio, con apreciación de "la prueba en su conjunto" y con cierre, por otra parte, el recurso de casación, porque la materia de error, dolo, intimidación, etc., son cuestiones "de hecho" reservadas a la autonomía del Tribunal de instancia.

"Para escapar al control de la Corte de Casación los Tribunales pretenden encontrar frecuentemente en las *circunstancias exteriores* las razones para modificar el efecto natural de las cláusulas más claras (véase, por ejemplo, Cas. 11 de marzo de 1890). Al menos es necesario que *aleguen un hecho preciso...*" "Como dice muy bien M. Huç, "son fórmulas banales que no corresponden a nada"; permiten a los Tribunales modificar a *leur gré* las convenciones de las partes" (63).

Las circunstancias exteriores al contrato, o los elementos de prueba de hechos exteriores al contrato, para anular la declaración de voluntad, es lo decisivo.

Anular una escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad, que implica la previa investigación notarial de la seriedad, sinceridad y licitud, por insegura que fuere la investigación, y por limitada que sea, sin contraponer más que una prueba "apreciada en conjunto", sin referencia a hechos precisos, como sucesos concretos,

(62) *Revista de Legislación y Jurisprudencia*.

(63) PLANIOL y RIPERT: *Traité Élémentaire de Droit civil*. París, 1926., tomo II.

es un modo de cirugía en frío que puede operar en materia orgánica sana.

La presunción *iuris tantum* es de validez. La prueba en contrario, que contrapone el Tribunal para sancionar al contrato con la nulidad, ha de ser del mismo rango y de la misma fuerza (aunque no de la misma especie probatoria) que el hecho del otorgamiento del contrato. De lo contrario, quiebra el sistema de presunciones y su fuerza.

Los hechos no pueden ser condensaciones que lleven en sí, acaso, la libre convicción y la libre apreciación de pruebas no catalogadas, y que, por ello, pueden no existir más que en el ánimo del juzgador que ha llegado a una convicción, con todos los riesgos del impresionismo en materia que está minuciosamente regulada y tasada en la ley.

Las circunstancias exteriores o hechos exteriores, sin concretar y sin precisar, pueden frustrar los efectos de la declaración de la voluntad autónoma en choque con otra autonomía no prevista en el ordenamiento.

Siempre, en la sanción de nulidad de la escritura protectora de la declaración de voluntad, sufre la seguridad jurídica. Esto es, fracasa la fe pública, o sea, en cierto modo, el Estado. Aunque la fe pública haya sido sorprendida, no por ello deja de fracasar en la función investigadora anterior al acto de poner el sello de la legitimidad en un contrato que luego resulta simulado.

Está muy extendida entre un grupo de notarios, escritores sobre temas jurídicos, la idea de que es conveniente dar al instrumento público el valor de autenticidad total y definitiva, salvo tacha de falsedad. Esto es, que el instrumento proteja incluso el negocio autenticado, salvo tacha de falsedad.

El Tribunal Supremo rechazó tales tendencias, como resume Castán: "El Tribunal Supremo tiene reiteradamente declarado que el contenido de la escritura pública o, en otros términos, la exactitud de las manifestaciones que en ella hacen los interesados, no están garantizadas por la fe pública y pueden impugnarse y destruirse por los demás medios de prueba, y con referencia especial a las simulaciones, que la fuerza y eficacia de las escrituras públicas sólo subsiste en cuanto no se demuestre por el resultado de las pruebas aportadas al pleito la simulación del contrato en aquellas figurado (S. 12 de abril de 1916), sin que pueda ser aceptada la tesis de que mientras no recaiga declaración de falsedad hay que reconocer como verdadera la existencia del contrato, puesto que el pleno crédito que se concede al testimonio notarial sólo alcanza a aseverar lo que los contratantes han realizado o declarado en presencia del notario, no a la veracidad intrínseca de tales declaraciones ni a la intención o el propósito que oculten o disimulen, como puede suceder cuando se entrega una cantidad ante el propio notario para simular un préstamo" (S. de 15 de febrero de 1944).

Es, sin duda, irrebatible la doctrina. Pero su valor está condicio-

nado a que "las pruebas aportadas al pleito" existen y existan con referencia a *hechos*. Si los hechos son meras condensaciones de una convicción, y si las pruebas "apreciadas en conjunto" no se refieren a los hechos o no existan catalogadas y precisas, la doctrina cae de su base y queda con todo su vigor la declaración de voluntad y con toda su eficacia presunta, por serlo su validez.

VI

La contraposición empírica.

La contraposición legal indicada en el artículo 1.091 y último concepto del artículo 1.255, que en el Código de Napoleón se contiene en los artículos 1.134 y 6.^º, entre la autonomía y la heteronomía de la voluntad, es a esa luz fácilmente reductible. Descartadas las leyes prohibitivas, los negocios sobre materia prohibida por la moral y las buenas costumbres, ya muy catalogados en las resoluciones y en la doctrina, queda la imprecisión del concepto orden público, a cuyas consecuencias tendrá que someterse la autonomía contractual, puesto que un interés social superior lo impone.

La ampliación del concepto de causa ilícita al ámbito de la lesión económica de un tercero, cuyo derecho está protegido en la ley, al permitir al Tribunal apreciar la "finalidad" del contrato o negocio valorado en conjunto, amplía a su vez sin límites perceptibles experimentalmente el ámbito de la heteronomía de la voluntad.

Se trata, como es visto, de enjuiciar el negocio en su conjunto, y por su finalidad, subjetivando el concepto de causa, con entrada en el dominio oscuro de la intención, para calificar al contrato y sancionarle en su caso como ilícito, si la finalidad fuere lesionar intereses de tercero protegidos por la ley, y sin entrar a discriminar si la lesión a tercero anula total y radicalmente el contrato o le hace simplemente reductible como negocio de transmisión, con decisión de nulidad radical.

Siempre que de la norma objetiva y del criterio objetivo de la norma se desplazan los conceptos, modificándolos, al dominio de la valoración subjetiva del juzgador, la autonomía de la voluntad sólo por ese *poder ser*, ve reducido el ámbito de su actuación. La norma (en este caso la del artículo 1.274) no garantiza nada, porque la norma tiene también otro valor fijado por los Tribunales.

Pero, aparte esa zona, la contraposición tiene relieve en la zona de la economía del contrato, con todas sus secuelas de causa, como equivalencia, lesión por desigualdad de las prestaciones y revaloración de las prestaciones mismas, con sucesivas ampliaciones del ámbito de la heteronomía de la voluntad, hasta llegar a la proclamación de la *facultad judicial de modificar el contrato*, si bien con reservas y cri-

terios de excepcionalidad que, en el terreno de los principios, son inoperantes.

La contraposición empírica ahí conduce a la negación pura y simple del principio de la autonomía de la voluntad como tal principio.

Al propio tiempo, al mover los preceptos legales como medios técnicos para llegar a la modificación del contrato, las reglas normativas, desajustadas, fuera de su centro de gravedad, provocan, vistas a esa luz, una inseguridad jurídica indudable.

Hay discrepancia, fundamental, entre la dirección de la jurisprudencia francesa relativa al principio de la autonomía de la voluntad y la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

No creemos que haya variado en estos últimos tiempos la posición. Lo tradicional y constante ha sido proclamar el vigor efectivo del principio de la autonomía de la voluntad.

“Los contratos son obligatorios tanto para las partes como para los jueces, y los primeros no pueden desconocerlos *ni aun alegando alguna razón de equidad*. La Corte de Casación debe velar porque los Tribunales respeten el artículo 1.134” (64).

Los Tribunales ya declaran que “no pueden, sin atentar a un principio fundamental de nuestro derecho, modificar un pacto que ha sido formado de común acuerdo y que no choca contra ninguna disposición legislativa” (65).

O bien, interviene la Corte de Casación para recordar a los jueces. “que no deben ser ministros de equidad entre las partes” (66).

Nuestra jurisprudencia reciente, al contrario, se encamina directamente al principio de la autonomía de la voluntad, para afectarle en su esencia dogmática.

Atenta nuestra legislación civil al principio de la autonomía de la voluntad..., admite, sin embargo, ciertas restricciones..., y, por tanto..., es preciso reconocer la facultad judicial de modificar el contrato... “No puede negarse sin posible estrago una corriente doctrinal que... permite frenar por diversos motivos y utilizando muy variados arbitrios el predominio absoluto de la autonomía de la voluntad...”

Es el principio mismo en su raíz más profunda el que viene comovido.

Se considera el contrato autónomo como un hecho social que permite una censura en ese aspecto con un criterio transpersonal.

El criterio sociológico, en forma vaga, penetra en la jurisprudencia. Así, en la sentencia tan repetida—por su importancia—de 13 de junio de 1944, se expresa aún como fundamento para la “modificación judicial del contrato...”, “con caracteres más acusados de la posibilidad de moderación de lo convenido se pronuncia nuestra más

(64) PLANOL: Obra citada.

(65) Tr. Sena 27 de febrero de 1907.

(66) Ca. cív., 9 de mayo de 1898, 26 de mayo de 1906, entre otras.

moderna legislación, que, si no estrictamente aplicable al caso marca una tendencia que el juzgador debe seguir..."

El criterio sociológico y analógico de interpretación de normas legales está en su centro cuanto se trata de norma oscura y, sobre todo, de una norma de otro rango.

Pero estamos en el terreno de normas que condensan principios generales del Derecho y principios básicos del sistema, de todo el sistema de contratación.

Ese sistema, fuertemente trabado, no puede decaer, en nuestra opinión, merced a un vago criterio sociológico, ya que sería necesaria una reforma a fondo del mecanismo contractual del Código civil, difícilmente modificable.

El arbitrio judicial, cuyos límites en la práctica, según hemos visto no se perciben fácilmente, no puede llegar, en nuestra opinión, en ningún caso a erigir en principio la facultad de modificar el principio de la autonomía de la voluntad. No hay criterio que pueda autorizar la afección en materia tan fundamental.

La tendencia a considerar el contrato como un hecho social trascendente al orden público aun en la esfera más propia de la libre soberanía de las partes, nos parece francamente errónea.

"La moral manda—dice Ripert—no tratar al contrato como un hecho social del cual el juez pueda sacar estas o las otras consecuencias..."

Los principios fundamentales que expresan el de la autonomía de la voluntad, el sistema todo, condensan los elementos éticos y jurídicos, que en lenta elaboración formativa han ido acumulándose en esa condensación conceptual y normativa.

"El contrato es ley" entre las partes, porque hay un cúmulo de razones, indicadas al principio, para que lo sea. Y no puede dejar de serlo, ni convertirse la regla fundamental en excepción, sin quiebra de todo un sistema.

La tensión es fuerte. Los lenguajes: voluntad autónoma-interés social, son lenguajes diferentes. No se entienden. Lo que para las partes ha sido la justicia, porque ha sido *su* justicia en materia de su soberanía, para el Tribunal no es la justicia por antonomasia. En consecuencia, la justicia del caso concreto, vista desde fuera, anula a la justicia del caso concreto vista desde dentro, que es ángulo de visión de la autonomía de la voluntad exclusiva y excluyente.

Lo mismo sucede cuando la acción, que es de puro dominio privado en nuestro sistema, se desplaza al ámbito del derecho público.

El artículo 359 de la ley Procesal es la frontera entre el derecho privado y el derecho público; o, de otro modo, entre la jurisdicción rogada y el exceso de poder jurisdiccional. Tal es, sin duda, el sentido de la congruencia del fallo. Las diez o doce columnas con lista de sentencias definidoras de la congruencia o incongruencia que se ve en cualquier repertorio de leyes, indica sin más la importancia del tema que no sé si se valora exactamente.

Los principios fundamentales del proceso, regido por el principio dispositivo de las partes en cuanto a la acción, y no inquisitivo en cuanto a la prueba por el juez, marcan una línea fronteriza que, eso no obstante, es fácil salvar, según se comprueba también experimentalmente.

La acción, los hechos, la prueba, todo ese complejo visto desde el ángulo del derecho público, son difícilmente valorables, porque tiene una valoración estricta de derecho privado. Los hechos que no se aleguen, no existen. Las pruebas que no se produzcan, no entran en la convicción decisoria. De ahí el peligro de las condensaciones que sustituyen a los hechos precisos y a las pruebas catalogadas y dan lugar a la libre convicción contraria a los supuestos del sistema.

Como se percibe fácilmente, ya ahora, estamos ante una cuestión de límites jurisdiccionales, en cuanto al principio de la autonomía y de la heteronomía de la voluntad, en derecho sustantivo y en derecho, que se llama, no sé por qué, adjetivo, siendo, en lo fundamental, garantizador del Derecho.

Criterio de superación.

En materia contractual y juego de los principios que expresan la autonomía de la voluntad, no se da la tensión entre el factor estático y dinámico, que es el supuesto de la problemática del libre arbitrio judicial. La ley es rígida e invariable y el fluir histórico obliga, ante la inactividad del legislador, a la readaptación de la norma por el juez.

No es ese el caso. La ley contractual es siempre actual, siempre renovada, al amparo de un principio que diríamos eterno, dado sus raíces profundas en la naturaleza del hombre como ser racional y sociable.

“Desde el momento—como dice Geny—que se deja descender el poder de formular las reglas a la esfera infrangible donde le contiene la plena soberanía de la ley al dominio versátil del juicio individual, hay el riesgo de un *flottement* desconcertante en las decisiones. Desde luego, ¿cómo asegurar a los interesados la confianza necesaria para dirigir sus esfuerzos hacia una finalidad sin cesar desplazada? (67).

“Si se relevara a los órganos judiciales—dice Del Vecchio—de la subordinación a la ley para corregir la lamentada rigidez...”, “se caería en inconvenientes mucho más graves, pues se sacrificaría la certeza del Derecho, su valor objetivo e impersonal” (68).

Nuestro sistema está definido en los artículos 2.^º y 4.^º de la ley Orgánica del poder judicial, atribuyendo a los jueces la función de “aplicar las leyes...”, sin autorizarles para “dictar reglas o disposi-

(67) Obra citada.

(68) *Filosofía del Derecho*. Trad. RECASENS. Barcelona, 1935.

ciones de carácter general acerca de la aplicación e interpretación de las leyes..."

Ese principio le llevó al legislador del Código civil de 1804 al artículo 5.^o

No creemos, según nuestra interpretación, que el principio de la autonomía de la voluntad contractual pueda desplazarse como tal principio ni al ámbito del dominio del legislador ni al ámbito del dominio del juzgador. Es colindante con el ámbito donde está la libertad metafísica del hombre. Es una de sus consecuencias, al producirse la contraposición subjetiva generadora de la relación social, luego relación jurídica.

Los criterios transpersonales son, en este dominio, inadaptables.

Creemos con Renard que "no es el hombre quien existe para el orden jurídico y la sociedad, sino la sociedad y el orden jurídico los que existen para el hombre...", "por cuanto es persona, tiene derecho a su destino y al auxilio de la sociedad y del orden jurídico para alcanzarlo" (69).

A esa luz tiene calado profundo el concepto que se lee en la primera página de este ANUARIO DE DERECHO CIVIL (70). "El Derecho civil...", "en los últimos tiempos, ha adquirido hasta un nuevo valor, el de lema y símbolo en la gran lucha de ideas que divide a la Humanidad; y así, en muchos oídos, su nombre despierta ecos de esperanza, como dique posible contra el tremendo empuje agostador, de la intervención administrativa, y promesa de un futuro vivir en el que la responsabilidad personal y la justicia social sean efectivas realidades..."

Los principios del Derecho civil y los principios del Derecho procesal, que consagran la autonomía de la voluntad, tienen el rango de un sistema, fuertemente trabado, de garantías constitucionales.

(69) *La philosophie de l'institution*. París, 1939, citado por CASTÁN. *Método de investigación e interpretación del Derecho*.

(70) *Propósitos*. I. I.

La teoría del objeto del proceso

JOSE LOIS ESTEVEZ

SUMARIO: I. *Disposición del problema:* a) *En la dogmática del proceso;* b) *En el orden lógico de los conceptos.*—II. *Los precedentes doctrinales:* a) *Teorías subjetivas;* b) *Teorías objetivas;* c) *Intentos eclécticos.*—III. *Apreciaciones críticas:* a) b) c).—IV. *Las directrices resolutivas:* a) *Remisión a los supuestos primarios;* b) *Estructura logística deductiva;* c) *Sistema de corroboración empírica;* d) *Progreso de capacidad abstractiva.*—V. *Revisión metaprocesal del problema:* a) *Definiciones y consecuencias;* b) *Las coordenadas de lo jurídico;* c) *Síntesis constructiva;* d) *Las facetas empíricas y su enseñanza.*—VI. *La superación dialéctica de los términos:* a) b) c).—VII. *Conclusiones.*

I. Disposición del problema

a) En la dogmática del proceso.

1. La ciencia del Derecho procesal, como sistema de conceptos interdependientes, determina los últimos resultados de la investigación desde un reducido núcleo de ideas primarias. La teoría del objeto del proceso es una de estas ideas, porque representa el sentido y la comprensión de todos los actos aislados de que el fenómeno procesal se compone. No sólo es una diligencia preliminar en la definición del proceso, sino también, desde el punto de vista práctico, la clave de la resolución para numerosísimos problemas.

2. El proceso es un hecho de la experiencia, aprehensible por intuición, pero atinente al orden práctico de la vida. Es una categoría del hacer. Y por eso su inteligibilidad excede de la mera inteligibilidad física. Un fenómeno físico queda entendido luego que se conoce a través de su génesis causativa; es decir, después de aparecer evidente como parte de otro fenómeno más general. De ahí que para la ciencia física los efectos adquieran su explicación en la causa. Los

fenómenos jurídicos, por el contrario, no se exclarecen en su *por qué*, sino en su *para qué*. El proceso es una serie de actividades humanas: esto lo sabemos con sólo asomarnos a él, pero no basta. Nadie hace por hacer, sino *por hacer algo*. Aquí lo principal es saber *qué se está haciendo y para qué se hace*. Se hace lo que es *objeto* de nuestros actos. Y se hace con una *finalidad* concreta y por un *motivo* que nos impulsa a obrar.

b) *En el orden lógico de los conceptos.*

1. Toda conducta humana tiene, en el plano de lo consciente, un móvil, como razón de ser, y un objeto. Según eso, para interpretarla con plena comprensión será necesario ajustarla en esas dos perspectivas. Entonces quedará esclarecida en todos sus aspectos, y sólo entonces será inteligible.

Observo a alguien que golpea con el martillo sobre unos listones ensamblados. Para entender su acción lo primero que he de saber es lo que hace. Se lo pregunto, y me contesta que una silla. Yo no sé lo que es una silla, de modo que también tengo que preguntárselo. "Lo que es físicamente, usted lo verá en seguida—responde armándola—. Aunque aquí lo importante es para qué sirve." Como el resultado de su actividad era intuible, el carpintero, con acierto, definió la silla atendiendo al destino, es decir, al objeto para que se hace la silla. Ahora ya, una parte de la actividad del carpintero está explicada. Pero otra parte, no. El construir la silla puede obedecer a varios motivos: para usarla, para venderla, etc.; así, mientras no se sepa cuál es el que a él le induce, no me habré explicado satisfactoriamente todos sus actos. Y esto es predicable al proceso.

Conviene, pues, definir en el orden lógico las nociones tratadas, para eliminar toda vacilación u obscuridad terminológica. Se llama objeto de una acción al resultado que se consigue con ella. Se llama causa al estímulo que inspira la acción. Por último, se llama finalidad a la función genérica que desempeña la cosa producida.

2. Refiriendo al proceso estas ideas, entenderemos por su objeto el resultado inmediato que produce o, en otras palabras, lo que se hace con el proceso. Causa habrá de ser el móvil que incita a cada parte actuante, que puede ser *normal*, si está de acuerdo con el objeto, o *anormal* (*ilícita*) en el caso contrario. Y finalidad será la función que desempeñe el proceso institucionalmente; esto es, la misión que se le encomienda en definitiva sobre la sociedad.

3. Nuestro trabajo se atiene exclusivamente al objeto, que es una parte esencial en la definición del proceso. Los otros dos conceptos son muy útiles como auxiliares de la investigación, sobre todo con efectos argumentativos; pero no les dedicaremos una atención especial. El cenirse estrechamente al tema será un postulado de nuestro trabajo; puesto que para convencer, en cualquier argumento, toda divagación es inoportuna.

II. Los precedentes doctrinales

a) Teorías subjetivas.

1. La teoría del objeto del proceso se establece siempre en relación con el derecho material, representando exactamente el punto de intersección entre el Derecho procesal y aquel otro sistema normativo. Ahora, según se tome el derecho material en sentido subjetivo o en sentido objetivo; esto es, como facultad o como norma, se dará un enfoque distinto al problema. La primera visión origina la concepción subjetiva del proceso; la segunda, la objetiva.

2. La concepción subjetiva presenta el proceso desde el punto de vista del particular que demanda la protección jurídica. La construcción es de una espléndida sencillez. El derecho material es una serie de imperativos que se desdoblan en derechos y obligaciones concurrentes. Cuando una de estas obligaciones no se cumple, la parte correlativa—el derecho—resulta violado. Entonces el titular de ese derecho debe tener algún medio de hacerlo eficaz, o, de lo contrario, la ley material sería estéril. Ese medio es el proceso, cuyo objeto viene a ser, por tanto, la realización de los derechos subjetivos.

3. Históricamente, esta concepción es, dentro de la dogmática procesal, la que aparece primero. Y es natural que sea así, ya que la consecuencia más inmediata de estimar la acción como un derecho que surge de la violación de otro derecho, tenía que ser ésa. Con todo y con ello, ya se habían formulado con anterioridad teorías de otra clase, que se alejaban algo más de la primera manifestación intuitiva de las cosas.

4. Han sido muchas las vicisitudes que ha experimentado la concepción subjetiva, en consonancia con la orientación público-privatística de las ideas; pero, aun en su forma más pura, nunca ha dejado de tener alguna adhesión¹. Recientemente, una voz autorizada se ha alzado de nuevo en tono apologético, afirmando que la tesis publicística es infundada y contrahecha, pues adopta como sistema la línea curva, en lugar de la recta, ya que decir que el Estado tiene interés en la declaración del Derecho, dando la razón al que la tenga, es un rodeo innecesario. Cuál va a ser el objeto del proceso: ¿tutelar el interés de quien tiene derecho o tutelar el interés del Estado en que sea tutelado aquel interés? La última fórmula tiene que juzgarse inaceptable².

1. Vid. HELLWIG: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1903, pág. 2. SIMONCELLI: *Lezioni di diritto giudiziario*, 1905, núm. 2. KISCH: *Elementos de derecho procesal civil* (Prieto), 1940, II y 12, a pesar de inclinarse a la objetiva en su *Beiträge zur Urteilslehre*, 1903, pág. 1. WEISMANN: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1903, pág. 2 (aunque también abre vías a la tesis objetiva).

2. SARTTA: *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, en *Teoria e práctica del proceso*, 1940, págs. 147 y ss. y—presupuesto—en *Diritto pro-*

b) Teorías objetivas.

1. Aun hasta hoy, es de justicia reconocer que la teoría objetiva goza entre todas del máximo prestigio doctrinal y cuenta con el asenso de los más afamados procesalistas³. Al revés que la otra, se coloca en el punto de vista judicial; piensa en quien otorga, no en quien pide la tutela jurídica. Así, es natural que se fije en el deber impuesto al Juez de aplicar el Derecho a los casos concretos cuando ha sido desconocido o violado. Y claro, dadas las posiciones simétricas que ocupan Juez y parte en el proceso, el mismo fenómeno aparecerá desde la nueva perspectiva en su sentido inverso; es decir, por el otro lado.

2. El derecho material establece de un modo abstracto, mediante normas jurídicas, cuál es la voluntad del Estado en la ordenación de las relaciones sociales interhumanas. Ante cada caso concreto en que la ley venga desconocida o violada, se hace necesario actuarla de manera eficaz, tratando de mantenerla vigente. El objeto del proceso es éste, por tanto: concretar la voluntad abstracta de la ley. De este modo, el proceso es un medio para la realización del Derecho⁴.

3. El Derecho procesal científico, construído sobre la base de una relación jurídico-pública, era lógico que se inspirara en una consideración objetiva de la función jurisdiccional. El aspecto privado, que se manifiesta en la justicia rogada, tenía forzosamente que pasar a segundo plano. Y tal importancia llegó a tener la teoría objetiva, y tanto influyó en el tratamiento de los problemas procesales, que, a pesar de las serias objeciones que se le dirigen, se mantiene substancialmente incólume y hace todavía prosélitos en las nuevas generaciones de procesalistas.

4. Hay, entre las opiniones filiales de la precedente, alguna que supone una variante ya notable. Las normas jurídicas—se dice aquí—

cessuale civilis, 1948, pág. 4. Cfr. mi *Perspectivas de regresión*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL (ADC), octubre-diciembre 1948, págs. 1435 y ss.

Una derivación de la teoría subjetiva hace centro de imputación del actuar procesal a la noción de interés. Así: Rocco (Alf.): *La sentencia civil*, 1906, página 28: "El objeto del proceso es la realización de los intereses privados tutelados por el Derecho objetivo". Análogamente: Rocco (Ugo): *Derecho procesal civil*, 1944, pág. 37. ZANZUCHI: *Dirito processuale civile*, I, 1947, págs. 10 y s. JAEGER: *Diritto processuale civile*, 1944; 49 n., si bien los últimos tratan de coordinar el interés privado en el público.

3. Vid. SCHULTZE: *Privatrecht und Prozess*, 1883, págs. 18 y s. WACH: *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, 1885, págs. 3 y ss. BÜLOW: *Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts*, en Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, XXVII, págs. 220 y 221. CHIOVENDA: *Principios de Derecho procesal civil* (Casals), 1930, I, págs. 96 y ss. INSTITUCIONES (Gómez Orbaneja), I, 38 y ss. SAUER: *Grundlagen des Prozessrechts*, 1919, 615. ROSENBERG: *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1929, págs. 2-3. PLAZA: *Derecho procesal civil español*, 2.^a ed., pág. II.

4. Tal es la fórmula de PRIETO CASTRO: *Derecho procesal civil*, 1948, páginas 1 y ss., que es un avance hacia la síntesis de ambas posiciones.

contienen, al lado de la especificación de un hecho, una consecuencia jurídica; es decir, un precepto. Cuando el hecho de que parte la norma se produce en la realidad, entonces el precepto, sin más, queda individualizado: se dirige a una persona concreta. Como es posible que el precepto sea incumplido, la actividad legislativa resulta, a veces, insuficiente. Ahora bien, es preciso para la vida social que no lo sea, y por eso el Estado instituye la función jurisdiccional, que ha de servir de garantía al Derecho. La función jurisdiccional está en correlación con las normas, de modo que la norma, además de señalar las directrices para la conducta, implica una amenaza de represión para quien no la observe y una promesa de ayuda para el que sí. Con esto, el poder del Estado garantiza el cumplimiento de las normas mediante el empleo—cuando proceda—de la fuerza⁵.

c) Intentos eclécticos.

1. Para conciliar el antagonismo de las dos posiciones antecedentes y para superar su unilateralidad, se han imaginado múltiples soluciones distintas. Con el propósito de agruparlas de alguna manera, las dividiremos, atendiendo a su integración lógica, en monistas y dualistas, según que partan de dos principios conjugados, o de una sola noción. Consideraremos, en primer lugar, las doctrinas monistas.

2. Una primera teoría sostiene que el objeto del proceso consiste en aplicar las sanciones previstas en la norma. Y se razona así: El derecho objetivo es un programa para la vida, que implica el deber de acomodarse a él. El programa y el deber son impuestos por el Estado, que hace sentir la imposición mediante una función coercitiva que actúa sobre la transgresión o la inobservancia; pero es indispensable para ello que la norma haya previamente conminado con la sanción. El proceso es el método para la aplicación de las sanciones y, por tanto, su cometido fundamental es ése: aplicarlas⁶.

3. Esta teoría está, desde luego, emparentada en grado muy próximo con la que ve en el proceso una actuación de la voluntad de la ley, pues no cabe desconocer que la voluntad de la ley es imperativa y sancionatoria; sin embargo, ha sido tanta la repercusión que la nueva fórmula ha tenido en los últimos tiempos, que ya es imprescindible dedicarle un lugar aparte⁷.

5. Así CALAMANDREI: *Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo código* (Sentís), Buenos Aires, 1943, págs. 42 y ss.

6. REDENTI: *Profili pratici del Diritto processuale civile*, 1939, págs. 39 y ss., *Diritto processuale civile*, I 1947, págs. 3 y ss. Cfr. mi reseña en ADC, abril-junio 1948, págs. 627 y ss.

7. CONIGLIO: *Lesioni di Diritto processuale civile*, (Il processo di cognizione), 1940, págs. 1 y ss. D'OXOFRIO: *Nozioni di Diritto processuale civile*, 1947, págs. 1 y ss. También, parcialmente, BETTI: *Diritto processuale civile*

4. Aun más recientemente se ha sostenido—entre nosotros—que el proceso tiene por objeto la actuación de una pretensión fundada, mediante la intervención de los órganos del Estado encargados de la jurisdicción. Esta tesis tiende a englobar las posiciones subjetiva y objetiva. En efecto, la actuación de la ley se verifica en cuanto es objeto de pretensión y los derechos subjetivos sólo interesan procesalmente cuando se ha pretendido su tutela⁸.

5. Como el término *actuación*, referido a las pretensiones, era asaz inclinado al equivoco, se sustituyó por estos otros poco después: el cometido del proceso consiste en la *decisión* de pretensiones⁹, según una versión, o en la *satisfacción jurídica* de las pretensiones, según la nueva elaboración de su autor. Una pretensión se satisface cuando es recogida, examinada y resuelta por un órgano imparcial del Estado, tanto actuándola, si es conforme al derecho objetivo, como desestimándola, si es infundada¹⁰.

italiano, 1936 págs. 4 y ss., quien, aunque adopte una posición ecléctica, muestra luego (págs. 7 y ss.) evidente inclinación a REDENTI. También sigue a REDENTI DE MARSICO: *Lesioni di diritto processuale penale*, 1939, pág. 29.

8. GUASP: *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, I, págs. 8 y ss. Esta teoría no es nueva dentro de nuestra Ciencia, pues para el proceso penal se ha sostenido más de una vez. Sin embargo, en nuestra Patria se le ha dado carácter general, refiriéndola a los dos tipos de proceso. Por lo que atañe al penal son partidarios de esta: ROSENFELD: *Deutsches Strafprozessrecht*, 1926, páginas 26 y ss. MANZINI: *Trattato del Diritto processuale penale it.*, 1941, I, página 29. FENECH: *Instituciones de Derecho procesal penal*, págs. 85 y ss.

Cfr. también CARNELUTTI: *Instituciones del nuevo proceso civil it.* (Guasp), página 48.

9. Debo a la amabilidad del Prof. Gordillo el resumen de su Conferencia sobre “*Mi concepto unitario del proceso (ensayo de construcción)*”, pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 30-IV-1948, del cual he podido extractar sus ideas. Gordillo toma como punto de arranque la teoría de Guasp; pero la modifica en dos direcciones fundamentales. Sustituye, en primer lugar, el término *actuación* por el de *decisión* de pretensiones, y después, reaborla aún el concepto de pretensión, observando que está conectado al de acción. Esta es una *potestad jurídica*; aquella el *acto por el que ejercitando una o varias acciones se inicia la formación de un proceso*. Frente a Guasp, estima innecesario que la pretensión se dirija contra persona determinada bastando que sea determinable, aunque de momento no se conozca con exactitud. Para Gordillo el fin del proceso es doble: tutelar el orden jurídico y los derechos de los particulares; su función, la decisión de pretensiones y su objeto, el contenido de la pretensión. Ahora bien, al fijar el *contenido* de la pretensión, Gordillo se verá en la necesidad, si no quiere reincidir en cualquiera de las otras teorías de proclamar que el contenido de la pretensión ha de ser una *interferencia*. Pero lo probable es que derive—dentro del monismo—hasta la tesis que hace objeto del proceso un *supuesto de hecho*. Cfr., p. e., RANTIERI: *Institutioni di Diritto processuale penale*, 1948, pág. 129.

10. GUASP: *Los límites temporales de la cosa juzgada*, en ADC, abril-junio 1948, págs. 439 y ss. Ciento parentesco con esta doctrina, si no en su forma de exposición al menos en su resultado, presenta la tesis de Goldschmidt, según la cual el objeto del proceso es la cosa juzgada. Vid. *Teoría general del proceso*, páginas 33 y ss.

6. La concepción dualista del proceso es muy antigua¹¹, aunque haya estado silenciada durante mucho tiempo. Pero ha resurgido en distintas formas, alguna de las cuales es de extraordinaria fecundidad. Su punto de partida es una observación empírica que demuestra que en todo proceso hay dos personas en posiciones encontradas. De ahí que en una u otra apariencia esté latente la idea de un conflicto. La tan antigua división de la actividad jurisdiccional en contenciosa y voluntaria no era más que un modo de expresar esta consideración del proceso.

7. Una de las teorías más originales y sugestivas del proceso entiende que su objeto es la composición de la litis según justicia; es decir, la composición de un conflicto intersubjetivo de intereses cualificado por una pretensión resistida. La pretensión es la exigencia de que se subordine un interés ajeno al interés propio; la resistencia es la disconformidad con esa subordinación, y se divide en *contestación* y *lesión*.

La paz jurídica, para cuya garantía se establece el Derecho, resulta amenazada por los conflictos de intereses entre los ciudadanos. Por eso es imprescindible un método que haga eficaz el derecho objetivo, componiendo tales conflictos de intereses con arreglo a los preceptos jurídicos. He aquí por qué el proceso tiene por objeto la justa composición de la litis¹².

8. Esta rica visión del proceso, si no ha suscitado sus adhesiones, ha influido profundamente en todos los procesalistas de nuestros días, que, de una manera u otra, muestran diversas huellas de su recepción¹³. Tal vez por eso mismo haya de renacer en los más diversos aspectos, pues sus posibilidades sistemáticas—acaso en gran medida debidas al genio de su autor—han sido suficientemente probadas.

9. Frente a esta y otras opiniones, que ven en el proceso un conflicto singular de intereses o de voluntades o de apreciaciones distintas, conviene tener en consideración también la teoría del doble con-

11. Es la visión clásica del proceso. Ya se encuentra en los juristas romanos. Víd., p. e.: Cicerón, la exposición magistral de cuya doctrina puede verse en la obra de COSTA: *Cic. giureconsulto*, II, 1928, págs. 4 y ss. También nuestros antiguos procesalistas adoptan tal criterio. Por todos: DE VICENTE y CARAVANTES: *Tratado histórico-crítico-filosófico de procedimientos judiciales*, I, 1856, página 352. Para el proceso penal idea semejante ha desenvuelto con suma lucidez GRISPIGNI: *Diritto processuale penale*, 1946 I, págs. 55 y ss.

12. CARNELUTTI: *Sistema de Derecho procesal civil* (Alcalá Zamora-Sentís), Buenos Aires, 1944. I, págs. 11 y ss. *Instituciones*, cit., págs. 31 y ss.

13. Entre otros: BETTI: op. cit., págs. 7 y ss.; JAEGER: *Diritto processuale*, cit., págs. 43 y ss., 113 y ss.; GRISPIGNI: op. et loc. cit. En cierto modo se orientan hacia Carnelutti: ALSTINA: *Traité théorique pratique de Derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1941, I, págs. 234 y ss.; PODETTI: *Trilogía estructural de la Ciencia del proceso civil* (apartado de la Rev. de Der. Proc. Argentina) 1944, págs. 55 y ss. Por su parte, Carnelutti ha recibido evidente sugerencia de Mortara y los clásicos.

ficto. Según ella, el proceso viene a subsanar un supuesto conflicto de normas o bien a dirimir un conflicto de voluntades. Se da conflicto de normas cuando dos de ellas "parecen" regular el mismo supuesto de hecho, y el de voluntades cuando existe desacuerdo sobre la obligación o sobre necesidad de su cumplimiento¹⁴, ^{14 bis}.

III. Apreciaciones críticas

a) Vistas las principales teorías expuestas acerca del tema, procede hacer una estimación crítica de su exactitud de previsión y de su valor explicativo, la que afrontaremos siguiendo la misma marcha que en la exposición.

La primera teoría peca de unilateral. Ha sorprendido una faceta, la más llamativa de la cuestión, y la ha elevado al plano dogmático sin serio fundamento. Empieza por arrancar de un concepto tan poco preciso como el de derecho subjetivo, que es una *variable* de la vida jurídica que no se sabe cómo "sujetar", y termina por desdecir importantes hechos de la experiencia. En efecto: supongamos, para evitarle la tautología¹⁵, que el derecho subjetivo se definiera como un interés con garantía normativa de protección jurisdiccional. En ese caso, el derecho subjetivo es una creación de la norma, y algo, por

14. MORTARA: *Manuale della procedura civile*, 1926, págs. 11 y ss. Esta concepción de Mortara, expuesta en forma brillantísima, constituye el antecedente más genial de las nuevas teorías dualistas y recoge los hechos de experiencia en que aquéllas han de basarse. A mí, junto con Carnelutti, me ha servido Mortara de especial punto de referencia, si bien hay que salvar profundas diferencias metodológicas—fundamentalmente en la formación de los conceptos—y otras discrepancias substanciales.

14 ^{14 bis} Es aquí donde lamentar más intensamente aquellas doctrinas "separatistas", que tratan de negar la igualdad esencial genérica de todos los tipos de proceso. Esto hace que quienes trabajan en el campo del proceso civil y quienes trabajan en el campo del proceso penal se muestren casi siempre de acuerdo en ignorarse recíprocamente, con grave daño para nuestra Ciencia. Tal vez en ningún país como en España—excepto acaso Suecia que en 18-VII-1942 llegó a la elaboración de un Código procesal civil y penal—se pudiera alcanzar una construcción unitaria desde el punto de vista científico, pues nuestras Universidades encomiandan al mismo Profesor ambas disciplinas.

En el Derecho procesal penal la desorientación acerca del objeto del proceso suele ser aún mayor. Y muy pocas veces la concepción del objeto podría ser aplicable al proceso civil, con lo que el valor de las teorías tiene que resultar considerablemente disminuido. Vid, además de los autores citados: BIRKMEYER: *Deutsches Strafprozeßrecht*, 1898, pág. 63, sosteniendo que el objeto del proceso penal es la investigación de la verdad material; FLORIÁN: *Elementos de Derecho procesal penal* (Prieto Castro), que une a esta idea la individualización de la persona del imputado (págs. 49 y ss.), o SABATINI: *Principi di Diritto processuale penale*, I, 1948, pág. 55, que lo cifra en la imputación de un hecho como delito.

15. Vid. CHIOVENDA: *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903, pág. 4. Rocco (Alf.): *La sentenza civile*, cit., págs. 26 y ss. Rocco (Ugo): Op. cit., págs. 27 y ss. GUASP: *Comentarios*, cit., pág. 7. LOIS: *Proceso y Forma*, págs. 75 y ss. ZANZUCCHI, op. cit., págs. 6 y ss.

tanto, que existe con antelación al proceso. Pero entonces la jurisdicción de equidad queda fuera de esta teoría; entonces habrá que reconocer que se den casos en que el derecho subjetivo sea expropiado¹⁶, en lugar de actuado, cuando la sentencia contradiga a la norma; entonces el proceso no cumplirá su cometido en muchas ocasiones; entonces el proceso buscaría siempre la verdad material y la cosa juzgada sería un absurdo, como contradicción del objeto del proceso; entonces los procesos formales, que pueden herir al mismo titular del derecho, serían misteriosamente incomprensibles... Y si para remediar esto se pensara en un derecho subjetivo postprocesal, habría que llegar incluso a desconocer el carácter procesal de la fase de cognición. A todo evento, y fundamentalmente, si el proceso es para la actuación de los derechos subjetivos, no se comprende que pueda existir proceso cuando el derecho subjetivo es irrealizable o inactuable. En tales casos el proceso nada tiene que ver con el derecho subjetivo de la parte.

b) 1. La teoría de la actuación de la ley no es mucho más sólida que la precedente. Falla, en primer lugar, porque la voluntad de la ley no es actuada siempre de un modo espontáneo, como tendría que ser para poder sostenerla¹⁷ con lógica; porque excluye también la jurisdicción de equidad; porque es incompatible con la posibilidad conferida a las partes de invalidar las normas jurídicas mediante transacción, conciliación y compromiso, y, finalmente, porque hay casos en que el Juez está llamado a decidir con facultades discrecionales, en completa ausencia de norma impositiva¹⁸.

2. La teoría de la garantía jurisdiccional no es tampoco más afortunada, puesto que por fuerza se ha de resolver en las dos precedentes. La garantía jurisdiccional del Derecho es, paralelamente, en efecto, o reforzamiento vinculativo de las normas o de la efectividad de los derechos subjetivos.

Por otra parte, afirmar que el objeto del proceso haya de ser la garantía de la observancia de los preceptos jurídicos, resulta paradójico, pues conduciría a la conclusión de que cuantos más procesos, más garantía de observancia tendríamos, lo cual no deja de ser un mucho notable. La garantía jurisdiccional es, sí, un efecto de tantos como produce el proceso, algo que resulta del proceso; pero no es su objeto. Sale del proceso hacia el exterior como un reflejo; pero no es lo que típicamente se trata de hacer.

c) 1. La más consistente, a nuestro parecer, de las concepciones formuladas es aquella que estima como función del proceso la

16. Cfr. Lois: *Teoría de la expropiación procesal*, en *Revista de Derecho privado*, diciembre de 1948, págs. 1107 y ss.

17. Rocco (Alf.): op. cit., pág. 26. ZANZUCCHI: op. cit., et loc. GUASPI: op. et loc. cit. SARATTINI: op. cit., pág. 58.

18. Vid. nuestro Código civil, arts. 495, 1.154, 1.707. p. e. Cfr. RASELLI: *Il poteri discrezionale del giudice civile*, 1935

aplicación de las sanciones de la ley. Ofrece también, sin embargo, algunos inconvenientes graves. Por ejemplo, obliga a considerar como procesal la actividad sancionatoria en sus últimos grados; así, la ejecución de la pena capital o cualquier otra pena corporal o afflictiva. Naturalmente, esto es excesivo. El proceso no concluiría, de este modo, hasta cumplir su cometido, y entonces, en un caso de prisión perpetua, duraría tanto como la vida del reo. Además, la tesis no podría aceptarse por quien sostuviera—como nosotros—el carácter administrativo de la ejecución propiamente dicha¹⁹. Y, finalmente, con tal base no sería posible distinguir el proceso de los procedimientos administrativos, donde se puede ver análoga aplicación de sanciones²⁰.

2. También forzosamente tiene que resultar incompleta la teoría que hace de la pretensión el objeto del proceso. Sencillamente, porque la pretensión es un acto del proceso, y no se comprende cómo pueda ser al mismo tiempo su objeto. Aquí es indiferente la formulación, porque lo que sucumbe es el principio. La pretensión, como acto, ha de tener, por su parte, causa y objeto. Y entonces, en toda lógica, el objeto de la pretensión tiene que ser el proceso, y en seguida salta la tautología. Por lo demás, al fijar la causa de la pretensión, ¿no estaremos fijando el verdadero objeto del proceso? ¿No será la causa jurídica de la pretensión la justificación institucional del proceso?

Aún hay algo mucho más grave. Esta teoría es impredicativa, porque conduce inevitablemente a otra. Al investigar el significado de la decisión o satisfacción de pretensiones comprobamos que es análogo al de dictar sentencias. Y estamos con esto ante algo sobremanera inexpressivo, ya que, una de dos, o lo fundamental en el proceso es la resolución o es la actividad previa investigadora. Si lo segundo, no podría tomarse la resolución como nota característica del proceso; si lo primero, resulta que la sentencia es lo esencial; es decir, el proceso, y en ese caso, el proceso sería el objeto del proceso²¹. Ahora bien, no cabe dudar que la sentencia es la concreción del proceso, puesto que todas las demás actividades que allí se realizan son meramente preparatorias. Luego la tesis no puede sostenerse.

3. La teoría del conflicto de intereses, a pesar de todos sus méritos, tampoco puede ser llanamente aceptada. Tiene, ante todo, el defecto de ser más sociológica que jurídica; pero, además, tampoco acierta a comprender todas las hipótesis posibles. Deja, por fuerza, sin explicación los procesos sin litis²²; no es aplicable al proceso pe-

19. *Teoría de la expropiación*, cit. núm. 10.

20. Rocco (Ugo): Op. cit., pág. 33. JAEGER: Op. cit., págs. 52 y ss. ZANZUCCHI: Op. cit., pág. 9.

21. La misma definición de la satisfacción de pretensiones lleva a ello, pues efectivamente, el proceso no es otra cosa que el recoger, examinar y resolver una pretensión. Luego resulta que se está buscando el objeto del proceso para definirlo *hacia dentro*, en lugar de *hacia fuera*. Y por consiguiente se hace al proceso objeto del proceso, incurriendose en círculo vicioso.

22. ZANZUCCHI: Op. cit., págs. 7 y ss.

nal²³; está construída sobre una noción como la del interés, oscilante e imprecisa en su definición²⁴, y, por último, no cabe hablar de composición, sino de subordinación de una situación a otra²⁵.

4. No es posible tampoco prever todas las contingencias procesales desde la perspectiva de un doble conflicto. A fin de cuentas, el doble conflicto se reduce a uno solo: al de voluntades. Los órganos de la jurisdicción no tienen la facultad constitucional de derogar las leyes, de modo que después del proceso la apariencia de conflicto perdura entre las normas. Por lo demás, el problema del conflicto de leyes, enjuiciado en abstracto, carece de trascendencia procesal, si no se concreta mediante una declaración de voluntad.

Pero esto no es todo. Supongamos formulada una pretensión en un punto sobre el que no existe la convicción de un conflicto entre normas. Y supongamos asimismo la rebeldía o el allanamiento del demandado. Ya no se da tampoco conflicto de voluntades, y, sin embargo, no se puede negar que haya proceso. No es ésta última solución más congruente que las otras. El problema sigue sin resolver, y conviene nuevamente afrontarlo.

IV. Las directrices resolutivas

a) Remisión a los supuestos primarios.

I. No deja de causar extrañeza el hecho de que una cuestión como la presente no haya podido zanjarse a estas alturas, sobre todo teniendo en consideración el volumen de sus fundamentos empíricos. Fácilmente se le ocurre a cualquiera que existe un sistema resolutivo nada complicado. Se hace una lista de todos los procesos, teniendo cuidado de señalar su objeto uno a uno; después, se agrupan por clases homogéneas; a continuación, se comparan las distintas clases, hasta fijar los elementos coincidentes, y, por último, se define el objeto, que

23. El mismo Cornelutti lo reconoce así afirmando "que basta para el proceso penal, a diferencia del proceso contencioso civil, con la mitad de la litis" ... "El proceso penal no trata de componer una litis sino de comprobar una pretensión." *Instituciones*, cit., pág. 48. Vid., sin embargo, sus: *Lesioni sul processo penale*, 1946, donde advierte que si el Derecho penal tiene por objeto el *delito*, el proceso penal tiene por objeto la *pena* (págs. 33 y ss.). Recientemente, en interesantísimo trabajo, vuelve a una construcción unitaria a través de la acción; por lo que nuevamente modifica un poco su teoría sobre el objeto del proceso. Vid, *Saggio di una teoria integrata dell'azione*, en Riv. Dir. proc. it. I, 1.^a parte, páginas 5 y ss.

24. Cornelutti da, desde luego, una rectificación de interés: "La posición favorable a la satisfacción de una necesidad" (*Sistema*, loc. cit.); pero aún así no puede evitar cierto contraste. El interés, considerado objetivamente, tal como lo hace, o subjetivamente, no es la misma cosa. Y esta dualidad tiene que transceder a toda la teoría.

25. ZANZUCCHI: Op. cit. et loc.

por fuerza será válido para todas las clases y para cada proceso determinado.

2. Pero, si quisiéramos llevar a la práctica la idea anteriormente enunciada, nos sorprenderíamos ante una primera y grave dificultad. Al iniciar la lista de procesos, nos encontraríamos con algunos tipos que abarcan una larga serie de supuestos enteramente distintos. Es lo que ocurre, p. e., en nuestra LEC con los procesos declarativos ordinarios. El proceso declarativo ordinario reúne en una forma procedimental una gran variedad de casos. Es, pues, un molde en el que se introducen indiferenciados múltiples objetivos. Quiere decirse que no bastaría hacer ese catálogo ateniéndose a la tipología procesal, sino que sería necesario pasar al Derecho material para hacer el catálogo de las acciones que allí se establecen. Y esto sí que sería sumamente difícil, porque, en último término, cada precepto positivo se reduce a prescribir la posibilidad de una acción²⁶.

3. Para obviar tal inconveniente es menester otra orientación. A nadie se le ocurre ir repasando uno a uno todos los preceptos jurídicos para agotar la vía inductiva; cuanto más cuando esta investigación no se podría dar nunca por conclusa, ya que continuamente surgen leyes nuevas. Entonces, ¿de qué forma intentarla?

Indudablemente, con independencia de los diversos tipos de proceso, la institución procesal puede ser considerada en abstracto. Apurando las cosas, cabe imaginar una legislación con un solo tipo de proceso. Preguntaríamos, en ese caso, cuál sería su finalidad, del mismo modo que podemos preguntar ahora cuál es el objeto a que responde la creación institucional del proceso. El caso es de qué instrumentos valernos para averiguarlo.

4. Somos muy dueños de creer que el Derecho procesal regule otras instituciones además del proceso. Lo que no podemos dudar es que esas instituciones sean de la misma clase, pues sin homogeneidad el Derecho procesal no sería un solo sistema. Igualmente, tampoco podemos dudar que el Derecho procesal venga a satisfacer la misma necesidad que el proceso, puesto que el Derecho procesal no existe más que para regular el proceso y las otras instituciones análogas. Entonces tenemos ya el camino adecuado para llegar a la solución, y la explicación de por qué no fué alcanzada antes. La explicación es que los tratadistas suelen anteponer el concepto de proceso a la definición del Derecho procesal, cuando precisamente el camino para llegar a la definición de proceso tiene que ser una previa determinación de las características del Derecho procesal. Tal habrá de ser el punto de partida para nosotros.

26. *Teoría de la expropiación*, cit. et loc.

b) *Estructura logística deductiva.*

1. Hay algunos problemas científicos que son absolutamente insolubles si se enfocan sólo desde el plano de la experiencia, pero que en cambio ofrecen muy poca o ninguna dificultad enjuiciados mediante reglas lógicas. Así, por ejemplo, si intentáramos averiguar las permutaciones que son posibles para cierto número, algo elevado, de elementos, nos sería completamente imposible lograrlo, aunque consagráramos a la empresa toda nuestra vida²⁷. Esto demuestra que la estructura logística deductiva tiene un valor de previsión que excede con mucho el de los simples datos de la experiencia. Nosotros no podríamos, sin el auxilio de la lógica, reducir a una fórmula unitaria el objeto de todas las acciones de la Ley. Por el contrario, no es demasiado difícil conseguirlo valiéndose de los artificios del lenguaje simbólico.

2. A todas luces conviene; pues, tomar, como punto de partida de esta investigación, un postulado que se admite sin dificultad por cualquiera, para deducir de él, con férrea concatenación consecuencial, cuál sea el verdadero objeto del proceso. Únicamente así cabe asegurar el resultado deductivo, cuya eficacia dialéctica depende, en última instancia, de la legitimidad de tres términos del sistema: 1.^o) el postulado inicial, cuya admisibilidad deberá imponerse por la evidencia; 2.^o) el proceso lógico, que ha de ser impecable y 3.^o) apto para la finalidad a que se aplica. Reunidas estas tres condiciones, los resultados de la investigación serán irrecusables.

c) *Sistema de corroboración empírica.*

1. Una teoría es la enunciación abstracta de ciertos hechos de la experiencia. Por eso, la relatividad de su valor. Frente al tribunal inapelable de la realidad que la desmienta, no sirve de nada alegar la simetría interna y la aparente perfección del razonamiento. De aquí que sea necesario reconocer a la experiencia el privilegio de contrastar la suficiencia o demostrar la insuficiencia de toda teoría.

2. Ante el carácter indefinido de los hechos legislativos sería absurdo pretender que la comprobación de la teoría jurídica hubiera de ser un recorrido de todos los preceptos legales, uno a uno. Esto equivaldría a condonar la Ciencia del Derecho a la más absoluta impotencia. Del mismo modo que la demostración del número de combinaciones posibles entre X número de elementos se puede hacer desde la lógica matemática con toda seguridad, porque es una forma de abbreviar la experiencia, también con la lógica del Derecho sabe llegar al mismo resultado. No hay, en modo alguno, desindentidad de supuestos.

²⁷ El número de permutaciones está expresado por el factorial del número dado ($n!$): 1.2.3.4... n, y su crecimiento es asombroso y rapidísimo. P. e., el número de permutaciones con sólo 12 elementos es: 479001600.

3. Es evidente que si nosotros podemos tratar a priori todas las acciones, instituyendo las formas procesales antes de su ejercicio, es porque sabemos de antemano perfectamente a qué necesidades de la vida da satisfacción el Derecho procesal. Por consiguiente, la ordenación del proceso tiene por fuerza que traslucir su objeto, ya que todas sus partes han de estar forzosamente dispuestas en esta dirección. Para hacer, pues, la corroboración empírica de nuestras investigaciones lógicas, nosotros acudiremos a los datos concretos de nuestro Derecho procesal, pero para conjugarlos de modo que sean universalmente válidos.

4. Entre los diferentes tipos de procesos que existen en cada legislación, hay, sin duda, analogías y diferencias. Pues bien, supongamos que quisierámos reducir el número de figuras procesales a un solo tipo. Tendríamos que ir abstrayendo y suprimiendo sucesivamente todas las diferencias; pero lo podríamos hacer. Entonces en ese proceso único estarían contenidas todas las propiedades esenciales al género. Ya sería posible, por ende, atender inmediatamente a la investigación del objeto, induciéndolo de aquellas propiedades del proceso que no han podido ser suprimidas sin desnaturalizar la institución procesal. Lo que no podemos hacer como legisladores por una reforma de la Ley, podemos lograrlo por una vía abstractiva, suprimiendo propiedades al proceso hasta dejarlo con las esenciales solamente. Tal será nuestro sistema de convicción.

d) *Progreso de capacidad abstractiva.*

1. Una teoría es—como indicamos—la explicación de algunos hechos. De los hechos, en cuanto son referidos o investigados, podemos afirmar la veracidad o la falsedad. Pero, acerca de las teorías, tal aseveración carece de sentido. Una teoría, según su fidelidad descriptiva, podrá ser suficiente o insuficiente, pero nunca verdadera o falsa. Como es un artificio de nuestra imaginación para representarnos cómodamente la sucesión de los fenómenos, es algo convencional y simbólico. La bondad de una teoría depende, pues, en gran medida, de la utilidad que reporta. En la historia de las ideas vemos con frecuencia el brillante papel que han desempeñado teorías hoy abandonadas, lo cual confirma nuestra observación de que la justificación de las teorías es el servir para algún fin práctico.

2. Estas reflexiones no constituyen una disgresión, sino la premissa de un silogismo. En efecto, si las teorías son un artificio representativo, cuanto más simples, más valiosas. Y entonces nos enfrentamos con la necesidad de someter toda disciplina científica a una continua superación. La teoría ha de obedecer siempre a una línea de progresiva capacidad de abstracción. Porque en Ciencia no se admite el “regreso”, cada teoría nueva debe someterse a la prueba de su capa-

ciudad de abstracción. Si no la supera, en lugar de contribuir a la claridad, como es su oficio, contribuirá al incremento del caos. Por tanto, después de haber impuesto a la nuestra las leyes de formación preavivadas, la someteremos aún a esta última prueba definitiva.

V. Revisión metaprocesal del problema

a) Definiciones y consecuencias.

1. Comenzaremos por enunciar algunas definiciones indispensables para el desarrollo logístico del tema²⁸:

*) *Se llama serie (s) a una pluralidad de objetos lógicos enlazados por alguna propiedad común, llamada (Is) índice de la serie.*

**) *Si varias series tienen una propiedad común vinculativa, engendran un sistema (S). La propiedad vinculativa se designa P_o.*

***) *Se entenderá por módulo de diferenciación del sistema (Pd) aquella propiedad que diversifica dos series.*

2. El Derecho es una totalidad, un sistema de N elementos enlazados por alguna propiedad común.

$$SN = a_1, b_1, a_2, b_2, a_3, b_3, \dots a_n, b_n, \dots$$

3. Si dividimos SN en las dos series que lo componen, tendremos:

$$SN = sA + sB = \left\{ \begin{array}{l} a_1, a_2, a_3, \dots a_n, \dots \\ b_1, b_2, b_3, \dots b_n, \dots \end{array} \right. P_o$$

Las dos series conservarán en la propiedad P_o el vínculo de pertenencia al sistema.

4. A la serie A denominaremos Derecho material. A la B, Derecho procesal. Se trata ahora de determinar, con relación a una definición de Derecho, las propiedades que son el índice de cada serie.

5. Definimos, pues, el Derecho como *compatibilización aliorrelativa de la libertad en constante de orden*. Tal definición tiene el suficiente grado de abstracción para ser admitida sin serias objeciones.

6. Hay que investigar cuál de las propiedades contenidas en los términos de la definición es P_o. Para averiguarlo es menester descartar aquellas propiedades que pertenecen a los elementos, para dejar sólo la característica del sistema.

7. La única propiedad que pertenece al sistema y no a los elementos es la constante de orden. Todas las demás son esenciales en cualquiera de las dos series aisladas. Una compatibilización aliorrelativa de la libertad en el orden existe en cualquier elemento que se pueda calificar de jurídico (norma, acto, p. e.); de lo contrario quedaría excluido de esta calificación. Pero mientras los elementos se consideren disgregados del sistema, el orden no podrá ser una constante.

28. Estos principios se desarrollan con más extensión en mi *Teoría de propiedades*, hasta el presente inédita.

8. Se deduce, por tanto, que la constante de orden es una consecuencia de que los elementos formen sistema. Entonces, si $SN = sA + sB$, P_o no pertenecerá ni a A ni a B: será fruto de la conjunción de sA y sB en SN.

9. Exceptuada la propiedad P_o (la constante en el orden), con la demás enunciadas en la definición se comprende igualmente a las series sA y sB. Precisa para diferenciarlas hallar el módulo de diferenciación Pd y, a partir de él, el índice de cada serie (Is).

10. Son propiedades que no pueden asumir formas diversas: el orden, la libertad y la aliorrelatividad; porque son modos de ser y no modos de hacer. Por consiguiente, sólo la compatibilización podrá ser Pd. Con relación a ella habrá, pues, que determinar Is.

11. Para precisar adecuadamente debemos definir el término. Compatibilización es—y, naturalmente, aludimos a la compatibilización jurídica—: la coexistencia posibilitada de libertades ininterferidas. Ahora bien, la posibilidad de la coexistencia puede lograrse de dos modos: a) contando con la libertad; b) prescindiendo de la libertad. En el primer caso, es espontánea; en el segundo, coactiva.

12. La compatibilización para ser espontánea ha de producirse únicamente por medio de *normas*: sólo así se mantiene el principio de autodeterminación. Por eso el Derecho material resulta una serie de normas para la compatibilización espontánea de la libertad en el orden.

13. En cambio, el Derecho procesal ha de ser una serie de *actividades* para la compatibilización coactiva, pues sólo mediante el desarrollo de alguna actividad suplementaria cabe realizar la compatibilización sin contar con la voluntad llamada a actuarla.

14. Sabido esto, y recogiendo datos anteriores, se puede escribir:

$$P_o = f(SN) = f(sA + sB)$$

Entonces P_o con relación a sA será función de sB, y con relación a sB, función de sA. Luego el Derecho procesal, con relación al Derecho material, tiende a producir la *constante de orden*.

15. En consecuencia, el Derecho procesal supone la alteración del orden como condición de su funcionamiento. Con esto, llamando a la alteración del orden *interferencia*, podremos decir que el objeto del Derecho procesal es la conversión de la interferencia en orden jurídico.

16. Pues bien, como el objeto del Derecho procesal se realiza a través de las instituciones que lo componen, es evidente que el objeto del proceso tiene que coincidir con el objeto del Derecho procesal. Ahora, para entender plenamente el sentido de la expresión lógica, es necesario penetrar con profundidad en el concepto de interferencia. La experiencia jurídica tiene que proporcionar los datos necesarios.

b) Las coordenadas de lo jurídico.

1. La experiencia jurídica nos enseña que el Derecho representa el ritmo social de la conducta transitiva: una propiedad de nuestras

acciones que les da carácter de *normalidad*. Por eso mismo es insensible. El Derecho "no se nota", sino cuando falta. Ahora bien, el fenómeno jurídico, como una transición imperceptible que se nos evade por todas partes, necesita ser retenido por un sistema concreto de ordenadas de referencia. Se recurre, por eso, a los dos momentos-límite de la vida del Derecho, que son el orden y la interferencia. A través de este máximo y de este mínimo, la evolución del fenómeno queda gráficamente reflejada.

2. Para abrirnos camino hasta la definición de interferencia, ¿será imprescindible averiguar antes en qué consiste el orden jurídico? La cuestión es de suma importancia, porque si se resuelve afirmativamente, el método para la investigación es distinto que si se resolviera de modo negativo. Todo estriba en saber cuál de los dos conceptos es establecido por contraste con el otro. E, indudablemente, hay que deducir que si bien el contraste permite la intuición de los dos, el de orden se hace patente por el de interferencia. Pues bien, ¿qué es entonces la interferencia?

3. El Derecho material y el procesal son—como hemos visto—dos series compenetradas sistemáticamente; pero el ámbito de aplicación de la una es distinto y sucesivo que el de la otra. Es decir, el Derecho material y el procesal funcionan conjugados uno a continuación de otro. Y precisamente cuando aquél es ineficaz, éste debe ponerse en movimiento. El punto de conexión que enlaza los dos ordenamientos, señalado el tránsito entre su respectiva intervención, es la interferencia, que por eso tiene que estar formada con elementos de cada uno.

No es difícil averiguar empíricamente cuáles son estos elementos. Una vez determinado que el ejercicio de una *pretensión* marca el instante en que se inicia todo proceso, no es insolito deducir que la pretensión ha de ser parte de la definición de interferencia.

4. Ahora bien, si la pretensión es el aspecto procesal de la interferencia, ¿cuál es su aspecto material? La *causa* de la pretensión nos remite a él inmediatamente.

Cuando se solicita la intervención de un organismo jurisdiccional es porque una "exigencia", fundada en el Derecho material, no puede hacerse valer a causa de interponerse un equivalente jurídico (estado de hecho protegido). Es decir, normalmente la pretensión se deduce cuando acontecen dos hechos: 1.^º) que el obligado—en cualquier forma que sea: por abstención o por acción, voluntaria o involuntariamente—se pliegue a la exigencia; 2.^º) que no esté permitida la autotutela. Lo que ocurre en estos casos es que una conducta, que se juzga lícita, resulta impedida por la protección que otorga la Ley a cualquier equivalente jurídico (pues, al fin, la prohibición de la autotutela está en todo caso ligada a los equivalentes jurídicos). Hay, por consiguiente, dentro de la pretensión los elementos siguientes: una exigencia frustrada, un equivalente jurídico incompatible con ella y la petición al órgano para que decida.

5. Aparentemente, desde que la exigencia es irrealizable por la oposición de algún equivalente jurídico²⁹, debiera hablarse de interferencia. Sin embargo, es errónea la suposición. Mientras la pretensión no se deduzca se tratará sólo de una exigencia inactiva, que ningún efecto jurídico puede producir. En esa hipótesis existe una especie de avenencia, la avenencia pasiva de aceptar la intangibilidad de las cosas. No hay, pues, desorden. Y el Derecho se limita a presumir en tanto una renuncia.

6. La interferencia forma, por ende, unidad indisoluble con la pretensión, y se la puede definir desde este punto de vista. Será, en consecuencia, "la incompatibilidad de que subsistan simultáneamente una pretensión y un equivalente jurídico". Así, en los términos de la definición, quedan también recogidos los casos anormales en que la pretensión carezca de causa. La organización procesal requiere que al iniciarse la litis se deponga todo prejuicio, de modo que, hasta la resolución definitiva, nada se sabe de fijo sobre los fundamentos de pedir. No obstante, queda por entonces interferida la libertad de las partes.

c) *Síntesis constructiva.*

1. Habíamos logrado saber anteriormente que el objeto del proceso como institución consistía en reducir a orden jurídico la interferencia. Esta apreciación dejaba planteado el problema del significado que, ante una interferencia concreta, debía tener el concepto de orden jurídico. No es difícil averiguarlo con tal de no olvidar dos cosas: una, que el proceso es el desarrollo—fase a fase—de la actitud jurídica compatibilizadora; otra, que el orden y la interferencia son contradictorios, de modo que mutuamente (hay que entender en el caso concreto) se excluyen.

2. Si consideramos las actividades que se realizan en el proceso, nos encontraremos con que revisten tres formas. Una primera se dirige únicamente a la *reproducción de la interferencia*; es decir, a dar a conocer al Juez cuál sea la situación interferida sobre la que ha de pronunciarse. La segunda tiende a determinar la preferencia de las dos situaciones en pugna; esto es, a la *discriminación de la interferencia*. Y la tercera, cuando es necesaria, persigue la eficacia práctica de la decisión discriminativa, o, en otras palabras, la *discriminación eficaz*.

3. Es evidente que la discriminación eficaz de una interferencia equivale al restablecimiento del orden, porque, cualquiera que sea el resultado de la resolución judicial, se retira el fundamento de la pretensión o se anula la fuerza del equivalente jurídico. Y en cualquiera de las dos hipótesis, el choque entre la libertad y el orden queda suprimido. Así, pues, el objeto del proceso es la discriminación eficaz de una interferencia. Esto es lo que se hace con el proceso—con cada

29. Cfr. *Proceso y forma*, cit. pág. 67.

proceso—; pero simultáneamente, por eso mismo, se va logrando también el restablecimiento del orden jurídico.

d) *Las facetas empíricas y su enseñanza.*

1. Si examinamos la estructura de los diferentes tipos de proceso encontraremos que todos ellos desenvuelven, con algunas variantes, unos mismos principios. Abstraídas las diversidades accidentales, se puede establecer una igualdad con los resultados. En efecto. Bien considerado, el proceso no es más que un modo de poner en práctica dos principios, que se creen necesarios para que la discriminación de la interferencia se haga de acuerdo con la Justicia formal. Estos principios son el de *contradicción*, o *audiencia bilateral*, y el de *disparidad*. Vamos a verlo.

2. Es un hecho, que puede demostrar la experiencia, que todo proceso se inicia con una pretensión, dirigida a un órgano judicial; pero contra una persona determinada. Desde el comienzo se impone, pues, la *dualidad de partes*. El demandado podrá adoptar la actitud que quiera, desde el allanamiento hasta la rebeldía; ahora bien, es un dogma inconcusso del Derecho procesal, en todos los países civilizados, que el ordenamiento positivo tiene que concederle la oportunidad de contradecir y defenderse. Y es tal en este punto la sensibilidad del hombre moderno que la privación del derecho de defensa se considera como un atropello. Nadie admite sin sublevarse que falte al proceso esa condición esencial³⁰. Por ello, todas las formas procesales son manifestaciones distintas del principio de contradicción; modos de llevarlo a la práctica según las necesidades diversas que haya que atender. Cada tipo de proceso es función, según eso, del acomodamiento del contradictorio a los matices peculiares del objeto.

3. Las leyes procesales demuestran una constante preocupación por el mantenimiento equilibrado del principio de audiencia bilateral³¹. Ahora bien, supuesta la efectividad del principio, ¿qué conclusiones cabe deducir? En primer lugar, no puede discutirse que el proceso esté dominado por una idea dualista que le es consustancial. Luego el objeto del proceso ha de concernir necesariamente a un mínimo de dos personas. En segundo lugar, el concepto de contradicción implica una incompatibilidad presunta. De lo contrario sería improcedente la bilateralidad de la audiencia. ¿Qué se opone, pues, a la pretensión del actor que haga la contradicción jurídicamente necesaria? El principio de disparidad resuelve el problema.

4. Aunque parezca paradógico, las dos partes que intervienen en el proceso, aunque dispongan de oportunidades equilibradas, no se en-

30. Una buena prueba la tenemos en la tempestad internacional que ha suscitado el reciente caso del Cardenal Primado de Hungría.

31. Vid. PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal*, cit. pág. 198.

cuentran nunca en situación de paridad. Si seccionamos transversalmente el proceso una y otra vez, en cualquier punto en que se verifique el corte, comprobaremos que una de las dos partes está en condiciones ventajosas con relación a la sentencia; es decir, si quisieramos decidir el litigio, en cualquier estadio procesal hay elementos suficientes para que la resolución no sea neutra. ¿A qué se debe este fenómeno? No hay manera de explicarlo, a no ser acudiendo a la teoría de los equivalentes jurídicos.

Mientras el actor no aporte al proceso un equivalente jurídico de rango superior al inicial del demandado, éste obtendrá una sentencia favorable. En virtud de esta superioridad, que deriva de la protección formal provisoria ³², queda claro que el obstáculo que interfiere la pretensión es un equivalente jurídico. El proceso se transforma así en un medio para la jerarquización de los equivalentes jurídicos. Y como el valor de éstos no es nunca igual, el principio de disparidad gobierna el proceso y es la ley que distribuye la carga de la prueba.

5. La experiencia viene así a confirmar el punto de vista deductivo. Por la conjunción del contradictorio con el principio de disparidad queda probada la existencia de una incompatibilidad entre la pretensión de una persona y el equivalente jurídico de otra que se opone a su viabilidad. Sólo cuando la pretensión se apoye en equivalentes jurídicos de grado preferente corresponderá destituir al demandado de la protección provisional. Al fin del proceso se sabrá la calidad de los equivalentes aportados por cada parte.

VI. La superación dialéctica de los términos

a) 1. Habíamos dicho que para la construcción y corroboración de los conceptos jurídicos eran necesarias las siguientes operaciones: 1.^a) Deducir con rigor desde una definición previa de Derecho. 2.^a) Comprobar experimentalmente el valor de los resultados teóricos. 3.^a) Demostrar que la nueva tesis contiene, en superior abstracción, los restantes puntos de vista. Hasta ahora se han realizado las dos primeras operaciones. Procede ya enfrentarse con la definitiva.

2. Sin ninguno de sus riesgos, la teoría subjetiva está comprendida y superada en la consideración del proceso como medio para la discriminación eficaz de una interferencia. Desde el punto de vista del actor sigue siendo el objetivo de sus actos no la realización de algún derecho subjetivo, lo que sería erróneo; pero sí el convertir su pretensión en acción ³³; es decir, el Derecho preprocesal en Derecho postprocesal. Con esto quedan eludidos todos los inconvenientes predichos, porque la discriminación de una interferencia es predictable de cualquier especie de jurisdicción; porque la pretensión es actuada con

32. *Proceso y Forma*, loc. cit.

33. *Teoría de la expropiación procesal*, loc. cit.

independencia del posible derecho subjetivo; porque la interferencia es inevitablemente discriminada y, en fin, porque no hay ninguna oposición antes y después del proceso.

b) También la teoría objetiva, imaginando que el proceso es el medio para la actuación de la Ley, es sobrepasada y mejorada desde nuestro punto de vista. En efecto: así, el proceso aparece actuando la voluntad de la Ley; pero actuándola como instrumento de su objeto. La cuestión queda reducida a su verdadero ámbito. Ya no existe el problema insoluble de las jurisdicciones de equidad, porque si el objeto ha de ser *uno*, los instrumentos pueden ser diversos. Tampoco el de que la actuación de la Ley haya de ser pedida³⁴, puesto que la interferencia es ya imposible sin el ejercicio de la pretensión. Y, en fin, también se elude otra objeción muy importante: que el Estado admita la substitución de sus normas por otras: en la transacción, conciliación, etc. En resumen, la Ley se actúa en el proceso, en cuanto la interferencia ha de ser objeto de una discriminación legal. Sin embargo, no puede colegirse de ahí que tal actuación sea el distintivo de la función jurisdiccional, como la teoría objetiva pretende.

c) 1. El mecanismo de la discriminación de una interferencia lleva, de la misma manera, consigo, pero transformada convenientemente, la doctrina de la aplicación de sanciones. En efecto, la interferencia se discrimina eficazmente concediendo una acción a cualquiera de las partes. Entonces el proceso aparece actualizando la potencia coactiva: haciendo inminente la amenaza de sanción. Así se explican, sin apariencia paradójica, todos los fenómenos procesales y se conserva, en cuanto tiene de verdadera, la teoría de la aplicación de sanciones.

2. No puede ofrecer tampoco muchos resquicios a la duda el hecho de que la teoría de la pretensión como objeto, en su aproximación exacta, esté de la misma manera absorbida en la nuestra. La interferencia supone una pretensión, aunque no como objeto, sino como medio para propulsarlo: tal es el aspecto empírico de los hechos. Y no es posible tomar la pretensión en otro sentido sin desnaturalizar la función que desempeña en el proceso.

3. También, por último, las teorías conflictualísticas son comprendidas, en tanto que dualísticamente afrontan los problemas de la dogmática procesal; ahora bien, sin que se incurra en sus mismos reparos, porque no se piensa en un conflicto—simple o doble—de voluntades, ni de intereses, ni de normas, sino en el conflicto, que plantea una exigencia legitimada de obrar frente a un equivalente jurídico, que se le opone con o sin la voluntad del titular favorecido. Y esta situación es universal en el proceso, pues, cuando hay que acudir a él es al estar prohibida la autotutela, a causa de la protección dispensada a un estado de hecho.

4. Podríamos prolongar indefinidamente esta comprobación con

34. Vid. GUASP: *Comentarios*, cit. pág. 6.

las restantes doctrinas; pero como no suele haber ya más que diferencias de matiz, no es necesario extenderse excesivamente. Basta lo alegado para inferir que el último tramo de la demostración jurídica queda superado con éxito en cada uno de los casos.

VII. Conclusiones

En este punto es posible explicar inteligiblemente el sentido de todas las actividades humanas que se despliegan en el proceso. El proceso tiene como finalidad institucional la *constancia en el orden jurídico*; es decir, el procurar su preservación, conservación y mantenimiento³⁵. Tiene como causa el *no-orden*; esto es, la interferencia; cosa evidente de por sí, ya que si imaginamos por un momento una sociedad sin interferencias, reinando el orden, arrebataremos al proceso toda razón de ser. Y, finalmente, tiene por objeto la *vuelta al orden*, forzando la ejecución de las actividades compatibilizadoras, ya al realizar una declaración³⁶, ya al mover por la imminencia de la coacción potencial la voluntad del obligado, ya al actuar ejecutivamente en sentido estricto. El objeto resulta así emplazado, como ha de ser en buena lógica, entre la causa y la finalidad, sirviendo de puente entre una y otra.

35. Cfr. BERNHARDT: *Rechtsstreit*, 1939, págs. 1 y ss. DE BOOR: *Rechtsstreit*, 1940, págs. 11 y ss. En esto están acordes todos los autores: en que el proceso, en último término, está dispuesto para la salvaguarda del orden jurídico.

36. Al realizar una declaración—y con esto contestamos a objeciones que nos ha dirigido el Prof. Gordillo en su conferencia citada—el proceso convierte en *título de acción* un equivalente jurídico. De ahí que siempre encontraremos en todo proceso cuestionada la jerarquía de algunos equivalentes jurídicos. Y como tampoco falta la pretensión, no es posible dudar de que existe una interferencia.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

En torno al artículo 168 del Código civil

MANUEL RAVENTÓS NOGUER

Prof. Adjunto de la Facultad de Derecho
y Abogado del I. C. de Madrid

Conveniencia de incorporar al Derecho civil español general el principio de Derecho foral aragonés de que la madre viuda que contrae segundas o ulteriores nupcias no pierde la patria potestad sobre sus hijos.

Las Observancias del Justicia Martín Díaz Daux afirman: *De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*, lo que significa la negación del concepto romano (poder absoluto del padre) de la patria potestad.

El Derecho histórico español presenta una dualidad en la regulación de la patria potestad. En el Fuero Juzgo y sobre todo en el sistema jurídico familiar desenvuelto en los Fueros municipales se halla la raíz de la patria potestad como poder conjunto y solidario del padre y de la madre; en el Código de las Siete Partidas se adopta el sistema de la patria potestad romana.

En nuestro Derecho corresponde la patria potestad, en primer término, al padre, y sólo en su defecto a la madre, principio rígido que, gracias a la elaboración jurisprudencial, se interpreta adaptándolo a la realidad de la vida, en el sentido de no desconocer la autoridad de la madre para ejercer todos aquellos actos conducentes a la educación y formación de los hijos, es decir, los jueces y magistrados españoles—honor y gloria de la ciencia jurídica española—, al interpretar los preceptos de la ley, han recogido el sentido de la patria potestad como autoridad conjunta del padre y de la madre, representación suprema de la íntima comunidad de vida entre marido y mujer, que constituye la base fundamental de la familia.

El concepto romano de la patria potestad que informa nuestro Código civil se refleja en el artículo 168, que subordina la patria potestad de la madre viuda a la condición de que no pase a segundas (I) nupcias. Esta severidad tiende más a castigar a la viuda que contrae

(I) Más precisa hubiera sido la redacción del artículo 168 si añadiera: “o ulteriores”.

nuevo matrimonio que a proteger la persona del menor; prueba de ello no sólo la excepción que el propio artículo 168 ha establecido al principio en él consagrado, cuyo único fundamento se encuentra en un *perdón*, a nuestro juicio prematuro y poco elegante, del marido difunto, sino que dicho precepto no alcanza a los casos en que al contraer matrimonio la mujer tuviere descendencia natural (2).

Los derechos y deberes que la relación necesaria de la maternidad produce entre hijo y madre, al hacerla depender de la voluntad del padre difunto, crea una confusión absoluta entre las relaciones necesarias reguladas por el Derecho natural, con las relaciones voluntarias reguladas en el Derecho positivo; así lo hizo notar en la discusión parlamentaria a que dió lugar el Proyecto de Código civil el señor Azcárate, y aunque pretendió negarlo D. Germán Gamazo al defender el Proyecto, mostró su conformidad al declarar que el problema de si debía o no reconocerse la patria potestad sucesiva de la mujer lo había resuelto la Ley de 1870 "de completo acuerdo" con su modo de pensar. En ella se introdujo por primera vez en nuestro Derecho común la patria potestad de la madre, aun en el caso de ulterior matrimonio.

Los Motivos de la Ley de 18 de junio de 1870, redactados por el entonces Ministro de Justicia D. Eugenio Montero Ríos, dicen de manera inmejorable a este propósito: "Consiste la segunda innovación en otorgar a la madre, en defecto del padre, la potestad sobre sus hijos. Tiempo es ya de borrar en nuestra legislación las huellas del derecho pagano de Roma, que vino a herir de muerte el Evangelio, elevando a la mujer al puesto que le corresponde en el seno de la familia. Sea o no cierto que la legislación visigoda otorgase a la madre la potestad sobre sus hijos, es innegable que en aquel Código se aspira una más elevada doctrina sobre la mujer que la modelada en las leyes romanas, y que esa misma doctrina vaga en nuestra legislación foral con formas más o menos concretas. Más que de innovación, por lo tanto, la disposición del Proyecto bien merece el nombre de último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipación jurídica de la mujer y el reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia; teoría cuyo germen fué arrojado al mundo con el Evangelio, desarrollándose después lentamente en nuestra legislación nacional con la institución de los gananciales y con los derechos otorgados a la madre sobre los hijos y sus bienes, hasta llegar a su plenitud con lo que se dispone en el Proyecto, que no rechazará nadie que conozca cuánta ternura, cuánta previsión, cuánta prudencia puede atesorarse en el corazón de una madre, cuya vida se encuentra en el bienestar y en el porvenir de sus hijos." Concepto bien diferente al sustentado por Alfonso X al decir en su Código: "Si el huérfano tuviese madre que fuese mujer de buena fama, bien podrá el juez

(2) Sentencia de 18 de octubre de 1947, dictada por la Sala primera del Tribunal Supremo, siendo ponente D. Vicente Marín Garrido.

darla el hijo para que lo críe, y ella lo tendrá mientras permanezca viuda. Si se casare, se sacará aquél, desde luego, de su poder; porque, según los sabios, la mujer suele amar tanto al nuevo marido, que no tan solamente le daría los bienes de sus hijos, más aún que consintiera en la muerte de ellos, por hacer placer a su marido."

Las razones alegadas por el señor Gamazo al defender la pérdida por la madre de la patria potestad al pasar a nuevas nupcias fueron bien débiles (acababa de confesar noblemente su completo acuerdo con la Ley de 1870 en esta materia). Dijo: La patria potestad, aun en el caso de segundo matrimonio, dentro de la Ley de 1870, "no dejó de suscitar reclamaciones y de ofrecer complicaciones y dificultades el ejercicio de esta patria potestad a la unidad familiar y a la sumisión que la mujer debe por nuestra legislación a las órdenes del marido. Y a este problema responden los autores del Código volviendo a nuestro Fuero Juzgo, manteniendo la patria potestad sucesiva, pero sólo durante la viudez, y todavía adicionaron el Fuero Juzgo, estableciendo por una presunción racional la patria potestad en el caso de segundo matrimonio, cuando el padre de los hijos del primero, previsor y conocedor del carácter de su mujer, no temiera que ésta, al pasar a segundas bodas, pudiera perjudicar a sus hijos". Estas palabras de D. Germán Gamazo nos afirman en nuestra posición de estimar la excepción del artículo 168 como un perdón del marido y el principio que él consagra como un castigo a la viuda; pues acaso, por la previsión del padre de los hijos del primer matrimonio, desaparecen las complicaciones y dificultades, en que se ha pretendido fundamentar la pérdida de la patria potestad de la madre bimuba?

Mas la potestad materna no es falsa creación del legislador, sino que brota por la fuerza misma de los hechos. El que fué Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, D. José de Aldecoa, refiriéndose a ella, dice: "... tales obligaciones no son ni pueden ser subsidiarias para con la madre cuando el padre no exista, siendo, como son, naturales, superiores en tal sentido a todo precepto positivo, inherentes al consorcio establecido para la generación humana y conformes con la privativa influencia que dentro del hogar ejerce la madre"; por esta razón, a los profesionales del Derecho nos consta el escasísimo arraigo que ha tenido en nuestras costumbres el precepto del artículo 168 del Código civil y en la realidad, con incumplimiento del mismo, la madre al contraer nuevo matrimonio ha continuado ejerciendo la autoridad sobre sus hijos, y son escasísimos los casos en que se constituye la tutela, lo que crea una situación mucho más difícil que la pretendida evitar.

La Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932, en su artículo 21, dispuso: "El hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado, en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto, no será por sí solo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole. Esto no obstante, el juez podrá determinar

lo contrario, a virtud de instancia de parte y cuando, a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge bínubo, sobrevengan motivos que razonablemente justifiquen esta resolución. En todo caso en que el segundo o ulterior matrimonio fuere contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes, absoluta o relativa, el padre o madre bínubos perderán la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda. En este supuesto, se nombrará judicialmente un gestor del patrimonio de los hijos." En franca oposición este artículo de la Ley del Divorcio con el artículo 168 del Código civil, resultaba de peor condición la viuda que contraía nuevo matrimonio que la divorciada; mientras que aquélla perdía la patria potestad sobre sus hijos, ésta la conservaba. Por Orden de 4 de octubre de 1932, el Ministro de Justicia resolvió con carácter general el conflicto, en el sentido de que la madre bínuba viuda conservaba la patria potestad sobre sus hijos con arreglo a lo establecido en el artículo citado de la Ley del Divorcio. Derogada esta Ley y las disposiciones complementarias de la misma por la de 23 de septiembre de 1939, se halla vigente el artículo 168 del Código civil.

"Es preciso admitir de buen grado y con reconocimiento cuanto haya de sabio y útil, sea quien quiera el que lo haya investigado o pensado" (3); tal ocurre con la disposición del artículo 21 de la Ley del Divorcio referida a la madre viuda que contrae nuevo matrimonio.

El Derecho foral de Aragón, en el que con tanta amplitud se desenvuelven las relaciones jurídico familiares, reconoce la potestad materna aunque la viuda pase a otro matrimonio; principio que debe reincorporarse al Derecho civil español general. La actual redacción del artículo 168 del Código civil podría sustituirse por la siguiente, en la que, teniendo en cuenta los precedentes citados, se procura dar amplio campo al arbitrio judicial y respetar los derechos y deberes naturales que nacen de las relaciones paterno filiales:

El padre o la madre viudos que pasen a segundas o ulteriores nupcias conservan la patria potestad sobre sus hijos. Esto no obstante, el juez podrá determinar en todo momento, a virtud de instancia de parte o del Ministerio fiscal o cuando a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge viudo sobrevengan razones o motivos que a su juicio lo justifiquen, la pérdida de la patria potestad o de la administración de los bienes de sus hijos; en este último caso se nombrará judicialmente gestor del patrimonio de los hijos a la persona a quien correspondería desempeñar el cargo de tutor.

El padre o la madre viudos que contraigan ulterior matrimonio perderán el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos, y al cesar en la administración darán cuenta de su gestión a éstos o a quienes representen su derecho.

(3) LEÓN XIII: Encíclica *Aeterni Patris*, de 4 de agosto de 1869.

VIDA JURIDICA

Vida jurídica.¹

I. NOTICIAS

A) NACIONALES

Por Juan HERNANDEZ CANUT

Política para Corregidores *Conferencia de don Manuel de la Plaza*

El d'a 31 de marzo en la sede del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, pronunció una interesante conferencia el Excmo. Sr. D. Manuel de la Plaza, Fiscal del Tribunal Supremo; su discurso versó sobre "Política de Corregidores" (comentarios sobre dos textos clásicos).

Consideramos, en primer lugar, de interés el destacar la personalidad del conferenciante y la importancia del tema. Don Manuel de la Plaza, aparte de ocupar tan alto cargo en la Administración de Justicia, es un jurista que siente una constante preocupación por la perfección de las instituciones, en particular de las judiciales. El tema son unos comentarios o, mejor, unas verdaderas glossas a unos textos clásicos calificados de "breviarios del saber nacional", y todo ello lo hace con "miras de general adoctrinamiento". Se basa el tema en unas obras de la época de esplendor—siglos XVI y XVII—de nuestra literatura jurídica, tan olvidada aún por nuestros científicos del Derecho. Son obras clásicas que encierran no sólo testimonios de un pasado, sino enseñanzas para el presente y el futuro.

El Sr. De la Plaza califica su conferencia de "meditación intrascendente", y, efectivamente, cuando hemos llegado a su final hemos podido comprobar que se trataba de una "meditación" y aún algo más; era meditación en general para todos los juristas asistentes y meditación más específica para aquellos que participan en funciones tan honrosas como las de administrar justicia—Magistrados, Jueces, Fiscales—, que en gran número asistían al acto.

Antes de entrar concretamente en el tema nos situá históricamente la figura del Corregidor como funcionario real, hablándonos de la pugna entre reyes y concejos o soberanías feudales siendo los Corregidores y Adelantados los principales instrumentos reales, que, entre otras funciones, tenían la de administrar justicia en nombre del poder central. Destacan Corregidores en empresas guerreras, pero también en judiciales; en las crónicas de los Reyes Católicos se les asigna, igualmente, una misión de paz. Sin embargo, la mayor parte de la literatura de la época ridiculiza a los corregidores de capa y espada.

En torno a esta justicia—Jueces y Corregidores—surge a lo largo de los

¹. En esta Sección se publicarán informaciones sobre los más diversos aspectos del vivir jurídico.

siglos XVI y XVII, toda una literatura que podríamos calificar de "política judicial", y de la que son muestra el *Regimiento de Jueces*, de Salgado Correa o el *Dechado de Jueces*, de Alfonso de Heredia, o el *Espejo de Jueces*, de Ortiz Lucio, y otras. Destacan, entre todas ellas, la célebre *Política para Corregidores*, de Castillo de Bobadilla y la *Instrucción política y práctica judicial*, de Alonso de Villadiego, los dos textos bases de esta conferencia. A través de los mismos, como señala el Sr. De la Plaza, se puede muy bien "aprender a amar a la justicia y a los Jueces". A continuación se analizan ambas obras, indicando que la de Castillo Bobadilla es un verdadero tratado de Deontología, en donde en todas las épocas se puede aprender; la de Villadiego sólo dedica al corregidor una parte, llena de muy "sabrosos" conceptos; y tras de darnos unos certeros rasgos de la personalidad de cada uno de ellos, entra concretamente en la materia.

Los textos de ambos autores los agrupa en distintos apartados, tratando, en primer lugar, de la *formación del Corregidor*; fué esta una de las preocupaciones de los reyes en la Edad Moderna y así en la pragmática de Barcelona de 1493 se exige a los letrados los estudios de Civil o Canónico en cualquier Universidad; y en la pragmática de Sevilla de 1500 se fijan las funciones de los Corregidores; y la cultura jurídica necesaria a todos los dispensadores de justicia. También este tema fué tratado con amplitud por Castillo Bobadilla, el que decía que "el Juez que no tiene ciencia y entendimiento para alcanzar el punto de la justicia, poco aprovecha que tenga voluntad para dar la hacienda a cuya es...", y en otro lugar, "no tan solamente querría yo que nuestro Corregidor fuese docto en la ciencia... pero también, si fuese posible, en las otras ciencias y artes liberales..." y tras de leer otros párrafos en torno a esta cuestión, hace una aplicación de todos ellos a la actualidad, indicándonos la tendencia que existe de superar la oposición en la carrera judicial, por procurar a nuestros jueces un "máximo de cultura jurídica y un mínimo de cultura general".

Después pasa rápidamente a señalar cómo apreciaban en aquella época la edad y presencia del Corregidor, e inmediatamente entra de lleno en una cuestión fundamental: *La rectitud y justicia del Juez*. Nos indica cómo, para C. Bobadilla, justicia es como una virtud general igual a la moral y a la santidad, y esta justicia exige "proporcionalidad, igualdad", rectitud. Y discerniendo de dónde puede venir el fracaso de la justicia o de sus realizaciones, sostiene Bobadilla que para que el Juez dé a cada uno lo suyo es necesario que "ni el odio, ni el furor, ni el temor, ni el interés, tuerzan o falseen la balanza de la justicia", haciendo después un bello símil con los cristales de colores y el sol. Idea esencial ésta y casi la base del libro, en el que expone, más tarde, los peligros humanos que acechan al Juez en su difícil misión de juzgar.

Es necesario, pues, que los Jueces tengan siempre la virtud de la fortaleza, para que ni la ligereza, ni la falsa piedad, ni el parentesco, ni el favor, ni el temor puedan abrir brecha en ella y resultarle peligrosos.

A continuación subdivide la materia en diversas partes en las que tras de leer párrafos de ambos textos referentes a los distintos problemas, hace una aplicación de ellos a la actualidad. De todos, vamos a destacar los que creemos de más interés. En primer lugar, nos señala un párrafo de Castillo de Bobadilla relacionado con que el Juez no debe desdeniar el consejo de los hombres de ciencia y experiencia, aunque después nos da un alerta, atendiendo a quién se debe

consultar y el cómo y el porqué, y en este sentido Castillo daba este consejo a sus compañeros: "Advertan en particular los Corregidores y Jueces de evitar la frecuente comunicación de unos hombres que hacen grandes reverencias, importunos, risueños, melosos en sus palabras, aduladores, habladores y entrometidos que frecuentan las casas de los Jueces..." para "querer saber los secretos y en público no les llegan a hablar en sus orejas. Estos se loan y publican que el Corregidor hizo por ellos tal y tal cosa, y les comunicó este o el otro secreto, para que el pueblo entienda y crea que son hombres que valen con aquella justicia; lo cual usan algunos Abogados, Escribanos y Procuradores para acreditarse y aparroquarse en sus oficios, y algunos Corregidores por sus intereses partculares". De gran aplicación, en todo momento, es este párrafo de la obra de este insigne Corregidor, que termina, después, un tanto amargamente, refiriendo cómo, cuando se retire de sus oficios, ya no le conocerán ni saludarán ninguno de estos que tanto pululaban a su alrededor.

Otro punto de interés en torno a la conducta y rectitud de los jueces nos lo resume Villadiego, en su tratado, y es el de que al Juez no le debe inducir a hacer injusticia, ni el favor del poderoso, ni la ira, ni la venganza, ni el amor de las mujeres, ni la amistad..., reglas que se encuentran desarrolladas con amplitud en el de C. Bobadilla. Este último trata a continuación de la ya entonces plaga de las recomendaciones, revolviéndose contra los Jueces que "por una carta del Consejero, del Oidor o del Grande se ufanan tanto que son para ellos carta de ejecutoria y a tuerto y a derecho la obedecen". Vitupera a los Presidentes y Consejeros y a las personas que pueden dañar o ayudar al Corregidor y aun a los Príncipes, que emplean medios reprobados y perjudiciales, porque en "derecho estas cartas son reputadas por mandatos y preceptos, aunque en ellas se use de palabras blandas y rogativas"; e incluso señala los peligros de la intervención en estos asuntos de la esposa o de los hijos del Juez. Poco después, sin embargo, advierte que en el rogar se debe considerar sobre quién ruega, a quién y en qué tiempo y negocio, e indica que en todo caso se debe hacer justicia aunque se ruegue, "porque la justicia se dispensa no tanto por acatar el ruego, sino por poner en ejecución lo que es justo y conveniente a su oficio", acabando el párrafo consignando cómo el buen Juez siempre en lo que sentencia debe ser justo, y en lo que le ruegan alguna vez humano.

Hay en la obra de Bobadilla otra cuestión de gran ejemplaridad y es cuando advierte que el Juez no puede desviarse de la justicia por seguir la razón de Gobierno o Estado, porque "esto es muy peligroso cuando mayormente se atrae perjuicio de tercero, y son menester muchos requisitos para que el albedrío, en los casos de Estado y Gobierno, no degenera y tuerza de la justicia". Posición ésa que se puede tomar como modelo de equilibrio y ponderación y solución acorde con las ideas jurídicas y políticas de su época.

En otro apartado, el conferenciente, nos expone las ideas que en torno a la equidad profesaban estos dos juristas, deteniéndose en lo referente a la piedad en el Juez, que tanto Villadiego como Castillo la aceptan con ciertas reservas, pues, según el primero el Corregidor no se debe mover por ruegos y lágrimas, mas en duda, debe inclinarse a favorecer al huérfano, a la viuda, al pobre...

Después hace referencia a otros pasajes de ambos textos, que se relacionan con la mansedumbre e ira del Juez, destacando como cualidad que debe carac-

terizarle la de serenidad de ánimo frente a la demasiada ira. Más tarde, señala el modo de comportarse en las apelaciones.

En resumen, a lo largo del pensamiento de ambos juristas nos encontramos con una admirable lección, para todos los Jueces, llena de una sana filosofía, prudencia y sagacidad.

Si al principio se calificaba al tratado de Castillo de Bobadilla sobre Corregidores como una obra de Deontología, lo mismo podemos decir nosotros de esta interesante conferencia, que sobre la base de dos textos clásicos de Derecho su autor, ha construido toda una Deontología judicial para la actualidad.

Joaquín CERDA

«Capitalismo y Derecho mercantil»

Una conferencia del Profesor Garrigues

El pasado día 17 de mayo disertó en el Colegio de Abogados, sobre el sugerente tema "Capitalismo y Derecho mercantil", el ilustre catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Central don Joaquín Garrigues y Díaz-Cañavate.

Cuanto apuntamos a continuación pretende resumir, lo más fielmente posible, el contenido de su magnífica disertación, sin omisión que trunque la clara línea de su pensamiento, ni comentarios que puedan difuminarla. Entendemos con ello, rendir un buen servicio al lector, que podrá así encontrar, a cada paso, sin ajenas interferencias, abundantes sugerencias y no pocos puntos de meditación. No nos parece justo privarle de ello, ni mucho menos conveniente.

Permitásenos tan sólo dejar aquí consignada la íntima y legítima satisfacción del discípulo que se encuentra esencialmente identificado con el pensamiento del maestro en el modo de ver y entender la disciplina común, que, modesta, pero apasionadamente, proclamamos sin reservas.

El título de la conferencia descubre cierta conexión entre un sistema económico y otro jurídico. Todos los juristas se hallan de acuerdo en que el Derecho mercantil moderno es de signo capitalista. Algunos lo han calificado como la "quintaesencia del capitalismo". La discrepancia aparece en lo que toca al origen y sentido de la mencionada relación.

Desde el campo del Derecho público se ha sostenido la tesis de que el Derecho mercantil es el resultado de la transformación del Derecho civil patriarcal en la época del capitalismo, tachando a los mercantilistas de "gentes atrincheradas en esquemas mentales ahistóricos", a pesar de que, si existe alguna rama del derecho en que la investigación histórica sea más seria y profunda, es la del Derecho mercantil.

La pretendida relación paternofilial entre Derecho mercantil y capitalismo es falsa históricamente, toda vez que el Derecho mercantil es anterior al capitalismo, a menos que se pretenda que el capitalismo ha existido siempre. Ultimamente se ha sostenido que la concentración capitalista no tiene su origen en la economía ni en la técnica, sino en los privilegios concedidos por el Estado

a la Sociedad anónima, tesis opuesta a la que ha venido siendo dominante. Así, el Derecho mercantil es, para unos, hijo; para otros, padre del capitalismo. Para nosotros, continuó el profesor Garrigues, "el capitalismo no ha creado el Derecho mercantil, pero lo ha transformado profundamente en sus instituciones más representativas". La transformación ha sobrepasado los límites del propio capitalismo y está socavando los mismos fundamentos liberales en que el capitalismo se asentaba. Y precisando la significación del término "capitalismo", subraya, por su fuerza expresiva, la concepción de Jacobo Fugger sobre la ganancia como fin de la vida y no como medio de vida, es decir, la ganancia por la ganancia misma, poniendo de relieve la influencia del protestantismo sobre esta mentalidad y la tesis católica, basada en abundantes textos, que abomba el deseo immoderado de riqueza.

La mentalidad capitalista ha ejercido una evidente influencia sobre las instituciones de Derecho mercantil, de las que se apoderó deformándolas en vez de reformarlas, engendrando una nueva concepción del dinero como instrumento de señorío, poder y fuerza.

La Sociedad anónima no ha nacido como instrumento del capitalismo, sino de la política económica del Estado. El capitalismo, al convertirla en pieza esencial de su sistema, ha tenido que traerla al seno del Derecho mercantil y liberarla del Estado, transformándola en institución privada. No puede decirse que la Sociedad anónima sea una creación del capitalismo. Por diversas razones, ya en el siglo XX, siglo del capitalismo, los hombres de negocios se acuerdan de la Sociedad anónima y la convierten en máquina de acumular capitales. A pesar de ello, los juristas siguen llamando "contrato de compañía" a algo que ya no es ni lo uno ni lo otro. La libre negociabilidad de la acción, que es el paso decisivo del capitalismo, sólo se logra a través de una evolución, en que la impronta de la mentalidad capitalista es clara. El espíritu capitalista ha dado un sentido nuevo a la transmisibilidad de las acciones, que se adquieren con un propósito de ganancia en la reventa no por el deseo de ingresar en la sociedad. Con ello, queda barrenado el concepto jurídico de la sociedad basado en una *affectio societatis*.

Por otro lado, la propiedad se ha transformado en simple derecho de crédito. El propietario que, huyendo del Fisco, aporta sus bienes muebles o inmuebles a una Sociedad anónima, deja de ser propietario para convertirse en acreedor con un crédito a la cuota de liquidación, de cuantía siempre problemática. La profunda subversión psicológica del sentido del disfrute de la riqueza es clara.

Los conflictos derivados de las relaciones entre capitalismo y Estado son conocidos. Desde que se suprimió el régimen de autorizaciones gubernativas, las Sociedades anónimas han proliferado ampliamente, participando muy a menudo, a fin de evitar la concurrencia, unas en otras. Hoy las sociedades de cartera son instrumentos inexcusables de la concentración capitalista. Lipmann las considera como causa de la concentración, debido a los privilegios concedidos por el legislador a la Sociedad anónima, y asegura que en tal virtud el capitalismo ha dejado de ser liberal.

El conflicto con el Estado conduce a la nacionalización y al socialismo, como consecuencia de una actitud de recelo ante las concentraciones capitalistas, que,

tan poderosas como el propio Estado, se sitúan frente a él. El remedio en algún país ha sido volver al sistema de autorización gubernativa, pero es siempre ventajoso sustituir por una ley el puro arbitrio ministerial.

Es curioso observar cómo el Estado hace objeto a la Sociedad anónima de una presión fiscal más rígurosa que a otras Sociedades; toma participación, como accionista, en las sociedades de interés económico nacional, constituyendo las empresas mixtas. La última etapa de este proceso consiste en que el Estado se convierte en empresario, desplaza al capital privado y sobreviene la nacionalización, que hoy es un hecho en grandes países liberales, como Francia e Inglaterra.

Aun cuando las nacionalizaciones han fracasado, el hecho existe, por lo menos como amenaza de otros ensayos. Ripert afirma que la nacionalización es una fórmula perezosa; pero es también, además, poco justa.

Quizás sea llegada la hora de considerar la posición de aquellos patronos a quienes no sólo les guía el espíritu de la ganancia, sino el noble deseo de defender lo que con tanto esfuerzo ha creado el capital liberal y hacerles ver que también el ansia desmedida de dominación puede conducir a la servidumbre. Si el capitalismo deja de ser liberal para hacerse despótico y opresor, no podrá el día de mañana alegar buenas razones, cuando injustamente se le despoje del atributo que él mismo no supo respetar: la libertad.

E. VERDERA

Emancipación plena de los indígenas de los territorios españoles del Golfo de Guinea

Trascendental cambio en el sistema de concesión de la emancipación plena a los indígenas de Guinea instaura la Ley de 21 de abril de 1949, de la Jefatura del Estado, publicada en el *Boletín Oficial* número 133, de 23 de abril de 1949.

Aunque su contenido trasciende del campo del Derecho privado, su evidente interés nos hace recogerla en esta Sección.

En lo sucesivo, la emancipación plena a los indígenas de Guinea se concederá en base de los siguientes supuestos:

a) Por acuerdo del Patronato de Indígenas y otorgamiento de Carta de emancipación plena, previo expediente instruido por iniciativa de la Administración o a instancia del interesado. Todo acuerdo relativo a la emancipación requiere para su validez la aprobación de la Dirección General de Marruecos y Colonias.

b) Justificando poseer un título profesional o académico expedido por Universidad, Instituto u otro Centro oficial español.

Al adquirir la emancipación el indígena ejercerá sobre su esposa e hijos legítimos los derechos y deberes propios de la autoridad matinal y de la patria potestad, de acuerdo con la legislación española, y sustituyendo en esta función al Patronato de Indígenas, el cual sólo volverá a ejercerla

cuando el cabeza de familia emancipado falleciese o no cumplierse sus deberes, ello sin perjuicio de que esposa e hijos puedan adquirir la emancipación por sí mismos de acuerdo con las normas establecidas.

B) EXTRANJERAS

Primer Congreso internacional del notariado latino

El Notariado de tipo latino, a pesar de sus muchos siglos de historia, jamás se había reunido en un Congreso internacional. Muchas naciones, incluso España, habían celebrado Congresos y reuniones nacionales. Legislaciones y doctrinas notariales se habían influido recíprocamente, rebasando un país y unas fronteras. Mas los notarios no habían llegado a organizar nada en el ámbito internacional.

La iniciativa de esta primera etapa internacional corresponde al Colegio Notarial de Buenos Aires. Logró reunir el "Primer Congreso Internacional del Notariado Latino", en Buenos Aires, en la primera quincena de octubre último. Bélgica, España, Francia, Italia y Suiza representaban a Europa (Portugal formaba parte del Congreso, pero su delegación no pudo desplazarse en la época prevista). Además de Argentina, Canadá, México, Cuba, Puerto Rico, Costa Rica, Ecuador, Colombia, Perú, Chile, Bolivia, Brasil, Uruguay y Paraguay enviaron nutridas delegaciones. La española estaba compuesta por los notarios españoles D. Rafael Núñez Lagos, D. Manuel Amorós Gozálbez, D. Tomás Forns Contera, D. Mario Armero Delgado, D. Gaspar Dávila Dávila y D. José Antonio García de Cortázar.

Del 20 al 30 de septiembre empezaron a llegar a Buenos Aires todas las delegaciones. La española se retrasó unos días por averías en el avión en que viajaba. Esto impidió que en el acto de la apertura solemne (2 de octubre) el Presidente de la Delegación española, Sr. Núñez Lagos, contestara, en nombre de todos los congresistas, al discurso del Presidente de la República Argentina, General Perón, como estaba previsto. El discurso del General Perón fue una loa para el Notariado en general, y en especial para el de tradición hispánica, que llegó a América con los conquistadores y aun hoy, en gran parte, se rige por las leyes de Partidas, vigentes como Derecho supletorio, entre otros países, en la Argentina. El Congreso aprobó su propio estatuto, y se organizó en siete Comisiones:

1) Comprobación de poderes.—2) Organismos internacionales.—3) Derecho y legislación notarial.—4) Cultura.—5) Inscripción y publicidad de los Derechos reales.—6) Derecho internacional privado.—7) Derecho fiscal y administrativo.

El 3 de octubre empezaron a trabajar las Comisiones con tal intensidad, que el 4 pudieron tomar acuerdos los plenos. La habilidad del Presidente del Congreso, Sr. Negrí, distribuyendo parcialmente el personal de cada delegación en las Comisiones hizo posible simultanear el trabajo de las Comisiones

con el de los plenos. En todo momento el Congreso fué un modelo de organización.

* * *

Los acuerdos del Congreso fueron los siguientes:

A) ORGANISMOS INTERNACIONALES.—Se crean tres instituciones internacionales:

- 1) El Comité permanente del Notariado latino, con sede en Buenos Aires. Fué nombrado Presidente el notario porteño Sr. Negrí, y Vicepresidente primero, el madrileño Sr. Núñez Lagos.
- 2) Oficina internacional permanente de intercambio internacional, con sede en Montevideo.
- 3) Revista Internacional del Notariado.

B) DERECHO Y LEGISLACIÓN NOTARIAL:

a) El notario latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.

b) Es su aspiración que todos los actos de jurisdicción voluntaria, en el sentido dado a esta expresión en los países de habla castellana sean atribuidos, exclusivamente a la competencia notarial.

En todos los países, para obtener un Notariado de tipo latino bien organizado, el legislador deberá imponer a quienes aspiren al ejercicio de las funciones notariales un conjunto de condiciones que los habiliten y los hagan aptos para llenar esas funciones con todas las garantías deseables. Para ello, fijará, principalmente, como condiciones:

- a) Poseer idoneidad conforme a lo aprobado por el Congreso al respecto.
- b) Haber alcanzado una edad mínima, recomendándose determinarla, según las costumbres de cada país, en forma de asegurar la suficiente ponderación de juicio y reflexión necesarias para ejercer estas funciones y nunca inferior a aquella en que se adquiere la mayoría de edad civil, según esas mismas legislaciones.
- c) Tener ciudadanía por nacimiento o naturalización en el país en que se ejerce la profesión.
- d) Acreditar buena conducta para el ingreso al ejercicio profesional, tratándose que los Colegios o Cuerpos Notariales tengan intervención preponderante en la calificación de esa conducta.
- e) Determinar como causas de inhabilidad todas aquellas que atenten contra el eficiente ejercicio profesional o lesionen o puedan lesionar la dignidad del Notariado.
- f) Considerar como causas de incompatibilidad todas aquellas que pongan en peligro el criterio imparcial que debe observar el notario en el ejercicio de su actividad.
- g) Propender a la limitación del número de actuantes, la que debe relacionarse con los habitantes de la jurisdicción territorial del lugar de ejercicio,

de manera que se asegure al notario una existencia independiente y honorable.

h) Adoptar un sistema que tenga en cuenta que las Notarías deben proveerse, según las características o tradiciones de cada país, asegurando:

1.^o La permanencia de las Notarías, desde el punto de vista de su vinculación, con el público contratante.

2.^o La formación de notarios de vocación.

3.^o La elección de los más aptos y honorables bajo el control de las autoridades de la profesión.

i) Propender a que el gobierno y disciplina del Notariado sean regulados y controlados por los Colegios o Cuerpos Notariales.

j) Propender a la creación de cajas de retiros y jubilaciones a cargo de los Colegios o Cuerpos Notariales, remitiéndose a lo que acuerde la Comisión de Derecho fiscal y administrativo sobre la organización y funcionamiento de esas cajas.

k) Mantener la retribución de los servicios notariales dentro del sistema de honorarios a cargo de las partes, asegurándose ingresos decorosos sobre la base de aranceles fijados por los Colegios o Cuerpos Notariales.

l) Estimar que ni el sistema de las adscripciones ni el de las congruas son características indispensables de una buena organización legal del Notariado.

C) CULTURA.—Establecer normas relacionadas con estudios notariales y cultura jurídica y especializada del notario en materia de:

a) Clase de estudios y extensión de los mismos;

b) Estudios especializados y doctorado notarial;

c) Organización de bibliotecas especializadas.

a) Los estudios deberán ser universitarios, y abarcarán la totalidad de las disciplinas jurídicas.

b) Sin perjuicio de lo enunciado, se reputa necesaria e indispensable la especialización por medio del estudio sistematizado del derecho, en los aspectos que son de aplicación por el notario en el ejercicio de sus funciones.

c) En consecuencia, es de vital importancia para el cumplimiento de los fines del Congreso la difusión de las legislaciones notariales latinas no sólo entre países de Notariado latino, sino de los que posean otro tipo de legislación, y de estudios e ideas a través de la organización de bibliotecas especializadas; la edición de revistas y de otros elementos de publicidad y el intercambio de publicaciones y trabajos.

El Primer Congreso Internacional del Notariado Latino recomienda que en los países en el mismo representados y en los que se adhieran a sus acuerdos se promueva la adopción de medidas oficiales que tiendan a asegurar la conservación y a facilitar el uso de los registros y archivos notariales que, por razón del largo tiempo transcurrido desde las fechas de sus respectivos documentos, tienen carácter eminentemente histórico, procurando que, en lo procedente y posible, sean utilizados para este doble servicio los Archivos Nacionales.

D) INSCRIPCIÓN Y PUBLICIDAD DE DERECHOS:

I. El Registro de la Propiedad debe llevarse por el sistema del folio real,

esto es, abriendo una cuenta corriente a cada finca perfectamente individualizada. No hace falta, sin embargo, llegar al llamado sistema de casilla.

II. En el Registro de la Propiedad se inscribirán el dominio y todos los derechos reales, las prohibiciones de enajenar, las incapacidades o interdicciones y las decisiones judiciales, incluso preventivas.

III. El Registro de la Propiedad debe respetar íntegramente el Derecho civil en cuanto a adquisición, transmisión, modificación, gravamen y extinción de los derechos reales.

IV. El único título inscribible en el Registro de la Propiedad debe ser siempre un instrumento notarial o judicial.

V. Los títulos sujetos a inscripción y no inscriptos no perjudicarán al tercero que inscriba.

VI. La calificación del registrador debe limitarse a la concordancia entre el título y el registro.

E) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—Se aprueba, en general, el trabajo del Sr. René Dechamps, representante de Bélgica.

En disidencia parcial: Las delegaciones argentina, uruguaya y canadiense no coinciden en lo relativo al testamento mancomunado o recíproco.

En principio, se está de acuerdo en la validez internacional de las escrituras públicas. Respecto de las legalizaciones debe tenderse a la supresión de muchas de ellas, a fin de que, con toda simplicidad, puedan servir su objeto de autenticidad del acto.

La delegación de Suiza, apoyada por la de Cuba, declara que, sobre este último punto es necesario distinguir con claridad el concepto de fuerza probatoria del de fuerza obligatoria del acto quedando incluido en el concepto de esta última el de fuerza ejecutiva.

Después de explicar la delegación cubana la obligatoriedad en su país de la protocolización de los instrumentos públicos extranjeros, se resuelve aconsejar la necesidad de incorporar dichos instrumentos en protocolos o registros notariales.

F) DERECHO FISCAL Y ADMINISTRATIVO.

A) *Derecho fiscal:*

I. La vinculación de la función notarial con el Derecho tributario debe circunscribirse—en el aspecto fiscal-administrativo a controlar y fiscalizar los impuestos; y, en el aspecto fiscal-substantivo, debe referirse a la prestación o negación de la función pública notarial al contribuyente infractor.

II. El desplazamiento de las funciones fiscales de la Administración hacia el Notariado sólo es procedente en casos rigurosamente necesarios e indispensables, debiendo estatuirse y estar en consonancia, además, con la propia jerarquía de la función notarial; desechándose, a su vez, toda traslación funcional ordinaria y sistemática.

III. No debe perturbase ni distraerse el normal y regular ejercicio de la función pública notarial con obligaciones fiscales administrativas extrañas al ministerio de la prestación de la fe pública, tales como la tarea de recaudación de impuestos, de contralor contable, etc.

Ni con obligaciones fiscales-administrativas intrascendentes, como las de "transcribir" recaudos de pago.

IV. No deben desviarse los principios básicos de la imposición mediante la sistemática y directa conversión del escribano en sujeto pasivo de adeudos tributarios ajenos, sin agotar los medios legales de coerción contra el contribuyente.

V. Deben facilitarse al escribano medios eficientes y rápidos para ejercitarse la acción de reembolso (contra el contribuyente) y la acción de repetición (contra la administración) respecto a todas aquellas prestaciones fiscales que coactivamente es obligado a cumplir por cuenta de otro.

VI. Debe generalizarse el reconocimiento de la potestad notarial—ejercitable personal y directamente—de calificar los hechos imponibles y de aplicar la norma positiva sin perjuicio de la acción.

VII. Que en la estimación y juzgamiento de la conducta del escribano en el Derecho tributario deben aplicarse principios similares a los que regulan la conducta del propio agente del órgano público administrativo.

VIII. Debe propiciarse una sistematización racional y armónica de los regímenes preventivos y represivos fiscales notariales.

IX. Debe admitirse la probanza del "error de derecho" como eximente de responsabilidad.

B) *Mutualidades notariales:*

I. Es un anhelo del Congreso el establecimiento con carácter general de sistemas autónomos de seguridad social que amparen a los notarios y sus familiares de conformidad con las particularidades de cada país.

II. Haciendo honor al definido espíritu de solidaridad que une entre sí a los integrantes de los Cuerpos Notariales, tales sistemas deben organizarse mediante Institutos dotados de plena autonomía, con participación obligatoria de todos los notarios, y cuya administración esté a cargo de los propios afiliados.

III. Como reconocimiento expreso a la abnegada y meritísima labor que desempeñen los empleados de Notarías, los Institutos, de ser posible, deberían amparar también a éstos, e igualmente, y por las mismas causas, a los empleados de los Colegios y Asociaciones de notarios.

G) OTROS ACUERDOS:

1) *Extensión de invitaciones. Proyecto de reglamentos.*—El Comité Permanente cumplirá la misión de:

1.^o Extender la invitación a otras naciones con organizaciones de tipo latino o similares, que podrán ser indicadas al Comité o directamente aceptadas por el mismo.

2.^o Proponer un proyecto de reglamento para el cumplimiento del Estatuto del Congreso, y, en particular, para el desenvolvimiento de la labor de las Comisiones y de las sesiones plenarias, proyecto que deberá ser entregado a los invitados para su consideración y aprobación por el Segundo Congreso, en su primera sesión.

Los participantes al Primer Congreso quedan invitados a formular observaciones y propuestas al respecto hasta el 31 de agosto de 1949.

2) *Día del Notariado.*—Instituir como día del Notariado latino el 2 de

octubre y recomendar a todos los Colegios Notariales su celebración con actos culturales en los que se pongan de relieve las aspiraciones de mancomunidad de propósitos y de ideales que han movido a los organizadores del Primer Congreso Internacional del Notariado Latino, como una forma efectiva de propender al desarrollo evolutivo de las altas y delicadas funciones notariales.

3) *Segundo Congreso*.—El Segundo Congreso Internacional del Notariado Latino se celebrará en Madrid, el año 1950.

4) *Comité Permanente*.—Se designa, hasta que en la reunión de Madrid se renueve, a los señores Negrí (Argentina), Presidente; Núñez Lagos (España), Chaine (Francia), Ruiz (Méjico), Vicepresidentes; Quagliata (Uruguay), Tesorero; Arce Castro y Arata (Argentina), Secretarios.

* * *

Haciendo un alto en sus trabajos, el día 5 de octubre, el Congreso se trasladó a Montevideo; el 7 estuvo en la Plata, y el 9, en Mar de Plata. El 11 hubo una recepción en la Universidad de Buenos Aires, en la que pronunció un documentado discurso el delegado italiano, Sr. Giullani. El 15 recibió en audiencia a los congresistas doña Eva Duarte de Perón, rodeada de altos funcionarios argentinos y del Ministro de Asuntos Exteriores español, en visita en Buenos Aires, Sr. Martín Artajo. El mismo día 15, por la noche, hubo el más brillante acto del Congreso: el banquete internacional del Notariado latino, de cerca de quinientos cubiertos, en el regio comedor del Hotel Plaza, de Buenos Aires. A los postres, el Presidente de la delegación española, hablando *en nombre de todos los congresistas*, marcó el momento culminante y de más emoción del Congreso, al definir el concepto *latino* y al evocar con frases plásticas el lejano solar español. El Congreso se llamaba latino, y tenía que llamarse así englobando a belgas, suizos, franceses e italianos. Núñez Lagos supo darle un ortodoxo contenido a ese vocablo para que quedara constancia precisamente en las actas del Primer Congreso. He aquí sus palabras:

EXCMO. SR. MINISTRO DE JUSTICIA.

SEÑORAS Y SEÑORES:

Permitidme tres palabras, sólo tres palabras, en mi triple condición de europeo, de español y de notario.

Corro europeo, yo os traigo los ecos seculares de mis latitudes latinas de la vieja Europa, de esa Europa que un día organizó aquella unidad de pensamiento llamada la Cristiandad, y hoy sin unidad ninguna, vive perpleja en la encrucijada de su destino, dolorida y maltrecha, en litigio entre Oriente y Occidente. Perdonad, pues, que, bien a mí pesar, además de mi reverencia como europeo, no os traiga, entre cadencias de vals, los perfumes de la dulce Francia, las delicias del antiguo vivir en Versalles, la gracia manuelina de Portugal, el júbilo matinal del Renacimiento en Florencia, la alborada gloriosa de la cultura de Occidente. Están muy cerca los últimos ecos de los cañones y muy lejos las burlas de Arlequín.

La Edad Media, llena de intimidad y recogimiento, sobrecojida por el terror cósmico de los milenarios, ante el peligro de la Media Luna, se hizo flor de le-

yenda en las Cruzadas, y, al mismo tiempo, rezó en los claustros ojivales, y estudió sin cesar en las Universidades. El fragor de las armas no fué estorbo para la sabiduría; los doctores siguieron sus estudios, sobreponiéndose a la inquietud de cada hora. En estos momentos, así procedemos nosotros, los notarios de la doliente Europa: sublimamos una incertidumbre con el estudio de los problemas del Notariado, que son problemas de una Magistratura de la Paz.

Como español, mis acentos tienen específica hondura sentimental. En esa comovida Europa, según decía el Padre Mariana, "la postrera de las tierras hacia donde el sol se pone es nuestra España". La Península Ibérica es el índice geográfico que señala el camino de América. Por eso, a América vinimos, antes que otros europeos, españoles y portugueses, guiados por el genio iluminado de Cristóbal Colón y el destello clarividente de una Reina excelsa: Nuestra señora doña Isabel de Castilla. Fué una predestinación geográfica, un designio providencial. Fué, también, un rescate para la latinidad.

Los españoles, un día estrujados entre la cordillera cántabro-pirenaica y el empuje del Islán, sueltan el resorte de su fe y su heroísmo, y bajan de Covadonga y San Juan de la Peña hasta llegar, en etapas gigantes, a la vega granadina, para, una vez recobrada España para la Cristiandad, surcar los mares, llegar al Nuevo Mundo y rescatar también para la misma Cristiandad estas benditas tierras de Ibero-américa. La epopeya de América, a cargo de portugueses y españoles, fué el segundo rescate para nuestra cultura, una confirmación de nuestra reconquista frente al alma oriental; en una palabra, el ensanche de tierras y espíritu para la latinidad.

Aquí trajimos todo el calor de nuestro hogar: sangre y espíritu, canciones y rezos, amor y lengua, misión y universidad, sacrificios y júbilos, una fe religiosa y una concepción del mundo y de la vida. En resumen: os trajimos raza y cultura latinas.

Como notario, antes que nada, he de proclamar mi gozo. Por primera vez, los notarios de veinte naciones latinas nos hemos reunido en Asamblea internacional, movidos por un noble afán de perfección.

Todos los notarios aquí congregados tenemos un denominador común; pertenecemos a un mismo grupo notarial: al Notariado latino. El Notariado es un producto tan latino tan de la Europa del Renacimiento, que ciertos sucedáneos funcionales de otros pueblos es muy dudososo que puedan denominarse, *strictu sensu*, Notariado. Hay que recordar con firmes acentos que existe un mundo latino, con caracteres eternos e indelebles, y que correlativamente, a su imagen y semejanza, hay un Notariado, único y superior, llamado por antonomasia "Notariado latino".

El mundo latino nace en la Alta Edad Media, hablando el bajo-latín, imponiendo la civilidad y el Derecho romano a las costumbres de los bárbaros, formando sus propios idiomas—francés, portugués, italiano, español—por derivación y evolución de fonemas latinos. El mundo latino creó un día la Cristiandad, cuando la fe se hizo piedra en las catedrales, y el Derecho, catedral en Bologna. El mundo latino nos ha legado la latinidad. La latinidad es el resto insoluble, el radical compuesto de valores insuperados que nos ha quedado como residuo vivo de la antigua Cristiandad después de su mutilación: hacia el Oriente, por el cisma griego y la invasión turca; y al Norte, por la Reforma y

por su consecuencia intelectual, la filosofía critica alemana. La latinidad es una concepción rítmica y equilibrada de la vida y de la cultura, inmersa en tradición católica, perfumada de santidad y heroísmo, hija de la Edad Media y del Renacimiento, sin brumas en el pensar, sin balbuceos en el decir, sin desproporción en sus construcciones, con líneas claras de regla y compás en el arte y en la filosofía, con la luminosidad radiante del Mediterráneo en su espíritu, siempre entre cauces clásicos de armonía y buen gusto. Os recordaré una de las infinitas creaciones de esa latinidad: el concepto latino de la personalidad, hoy desconocida y hollada en muchas latitudes de la Europa no latina. La personalidad es mucho más que la libertad, porque sin el resalte y relieve de la personalidad no hay soporte humano para ninguna clase de libertades; porque la misma libertad proclamada en la Revolución francesa no fué más que el transplante al Derecho público del libre albedrío cristiano y de la personalidad del Derecho privado medieval. La personalidad latina es un cordón de dos hilos: el tejido del dualismo del Renacimiento, con sus raíces medievales, que exigen y gritan la salvación del alma singular y un destino individual ultraterreno; y con su vida exuberante en pleno regusto de paganía grecorromana, que impone la individualidad tangible del cuerpo humano entre límites somáticos perfectos. Con alma individual y cuerpo diferenciado, se destaca el concepto latino de personalidad, subrayado por su preeminencia substantiva y aislada, que, con el nombre de libertad, se hace lema en la "Revolución francesa", estatua en Nueva York y carne viva en el corazón de todos los americanos. Fuera de los países latinos, la personalidad del hombre se diluye entre nieblas panteísticas y teogonías orientales.

Ese concepto latino de personalidad ha configurado el Notariado latino. La libertad civil y de comercio, la autonomía de la voluntad, la libertad de pacto, la técnica del Derecho subjetivo, el espiritualismo en la contratación y en sus formas, consecuencias del concepto de personalidad, han sido los postulados, los ingredientes que ha manejado el Notariado latino desde sus orígenes. Somos los receptores de la auto-afirmación del hombre como individuo unitario y libre.

El Notariado latino, como buen hijo del Renacimiento, heredó y mantuvo un dualismo medieval y romano; de un lado, funcionario público, heredero de actividades judiciales de documentación; y de otro, profesional y perito, con su ejercicio privado al servicio de los particulares y de la libertad del público; en un aspecto, en la esfera de los hechos, preconstituyendo auténticamente la prueba; en otro, en la esfera del Derecho, estableciendo, por la redacción del documento con arreglo a la ley, con eficacia interna y carácter constitutivo, relaciones jurídicas válidas y firmes. El Notariado latino tiene así contornos fijos y substancialidad propia. Sin personalidad plena en el sujeto del derecho, sin autoridad de la voluntad, sin libertad de pacto entre los contratantes, sin ejercicio privado en el notario, no hay Notariado latino. Pero sin el carácter y fuerza de documento público, sin su investidura de función pública y su consiguiente estrecha reglamentación por el Poder público, tampoco hay Notariado latino. Ni profesión libre, ni estatificación burocrática. Sabiduría de siglos entre límites de autoridad, puente entre la soberanía del Estado y la libertad contractual de los particulares.

En esta materia, como en tantas otras, la nueva ley orgánica argentina ha guardado el supremo equilibrio de lo clásico: discreción política y prudencia histórica cautiva en la prosa y los artículos de un texto legal. Veréis, señores, que esa ley para la capital federal y los territorios nacionales, en cierto modo complementaria del Código civil, por fuero y brío de su propia perfección, conquistará las lejanías diáfanas de las provincias argentinas y será motivo de inspiración y acicate de reforma entre propios y extraños.

La trascendencia de este Congreso sólo a los muy poco perspicaces puede escapar. Por el número de naciones latinas que participan en él y por la densidad histórica de sus Notariados el Congreso viene a ser el cauce de una de las más grandes tradiciones de la cultura de Occidente. En un momento trascendental y grave para la evolución del espíritu latino, la República Argentina, con maravillosa intuición de la oportunidad y del futuro, ha convocado y organizado este Congreso. La iniciativa y mérito de este Primer Congreso pertenece exclusivamente al Ilustre Colegio de Escribanos de Buenos Aires, que ha sido secundado, con alteza de miras y generosidad inigualada, por el Poder Ejecutivo de la nación argentina. Yo, señores, que no pertenezco a ese Colegio más que por el profundo afecto que le tengo, con verdad de notario, he de proclamarlo a los cuatro vientos. El Colegio de Escribanos de Buenos Aires merece, y yo se la doy sin límites, la más entusiasta enhorabuena por la feliz iniciativa y por la perfecta organización. En adelante, siempre les acompañará la gratitud de todos los notarios de la latinidad.

En este camino sentimental de los agradecimientos sinceros, ahora cumple y es de ley que, en nombre de todo el Notariado español, os haga llegar la emoción profunda, pero espontánea y leal, de nuestra más rendida gratitud, por las amables deferencias que habéis tenido para con mi patria, por esas Vicepresidencias con que me habéis distinguido, no por méritos propios, sino por mi cualidad de español; por la elección de Madrid para la sede del próximo Congreso; en una palabra, por el cariño y las atenciones que constantemente me habéis dispensado. No midáis nuestra gratitud, la gratitud de todo el Notariado español, por mis cortas palabras. Pensad que, además de mi corazón, los de los notarios de quince Colegios de España tienen sus más hondas fibras estremecidas por la gratitud y la adhesión hacia vosotros, y esperan, con los brazos abiertos, que amanezca el día venturoso de vuestra llegada para envolveros en la eterna alegría de Madrid, la ciudad sonrisa, bajo el sol de España, que alumbría la piedra dorada de templos y palacios, joyeles de arte y de historia, y paseáros por mágicas ciudades—Santiago, Burgos, Salamanca, Avila, Toledo, Granada, Sevilla—que conservan en sus callejas la fachada y el rincón, la silueta y el fantasma de los siglos pretéritos, re-creándose en un hechizo perpetuo de arte y de ensueño. Tal vez entre torres feudales, en las austeras tierras de la meseta, sintáis el resuello del caballo del Cid Campeador, a cuyo galope se ensancha Castilla; pero al mismo tiempo, entre vergeles y fontanas, entre encajes de piedra y el ataurique maravilloso de los monumentos árabes, os parecerá escuchar los suspiros de amor de Lindaraja, o los sones apagados de la música del harén, o los clamores de rebelión y venganza de zegríes y abencerrajes. Toda el alma de España, con sus siglos de historia, con el espíritu de su arte, con su señorío de príncipes destronados, se os entregará con la profunda emo-

ción y la gentil cortesía que vosotros merecéis y nosotros muy alto proclamamos.—He dicho.

* * *

La emoción de la concurrencia—entre la que había muchas damas—y los aplausos fueron enormes. Fué un momento españolista, sensacional, inolvidable.

Todos los miembros de la delegación española tuvieron su papel en el Congreso. Aparte de plenos y Comisiones, el Sr. Amorós hizo resonar la voz de España en los salones del Colegio de la Plata, y a cargo del Sr. Armero estuvo el discurso de clausura en el último pleno. El Sr. Dávila tuvo una intervención en el pleno, llena de habilidad, tacto y sutileza el día de la elección de cargos para el Comité Permanente y de la sede para el siguiente Congreso, consiguiendo, sin pedir nada, la primera Vicepresidencia para Núñez Lagos y la designación de Madrid para la celebración del Segundo Congreso. Forns fué un magnífico jefe de etiqueta y protocolo, y Cortázar, el gran agregado de Prensa.

En días posteriores, clausurado el Congreso, los que no se ausentaron inmediatamente, tuvieron fiestas y excursiones sin cuenta. La delegación española fué singularmente agasajada no sólo por los argentinos, sino por franceses e italianos, que se desvivieron en dar preferencia y sitio de honor a nuestro Núñez Lagos en sus banquetes y fiestas particulares.

R.

Proyecto de reforma notarial portuguesa

Durante los últimos meses toma cuerpo en el ánimo de los juristas portugueses la necesidad de revisar en lo institucional y en lo funcional el vigente Código Predial, haciendo más flexible y moderna la función de los fedatarios públicos.

Después de las Ordenanzas de D. Dionis y de las Manuelinas y Filipinas, fué publicado el primer Estatuto notarial del país vecino por el Decreto de 23 de diciembre de 1889, modificado en 1900, liberándolo de las fórmulas imprecisas y nebulosas del antiguo tabelionato. Y aunque en él se instituye el Consejo Superior del Notariado y se separa la fe pública extrajudicial de la judicial, sus defectos parecen haber sido numerosos, que no se corrigieron en el ordenamiento vigente.

En términos generales, las reformas que se solicitan hacen relación a la conveniencia de flexibilizar la unidad de acto, que dificulta en muchos casos la actuación del Notario, la fe de conocimiento del otorgante u otorgantes y testigos y la competencia de los auxiliares del fedatario en la redacción y expedición de las copias.

Se pide, además, que se reconozca la existencia de una Magistratura Notarial y la equiparación de la escritura pública a la sentencia, en cuanto a determinados efectos. Las sentencias notariales, se dice, buenas o malas, no pueden ser corregidas en virtud de ningún recurso, ni admiten apelación. Por ello, el Notario no puede tener dudas ni dificultades; ha de estar provisto de un gran bagaje jurídico para resolver inmediatamente los múltiples problemas que pue-

den presentársele. Consecuentemente, afirma la *Revista de Notariado e Registro Predial*, la función notarial es difícil, delicada y de gran responsabilidad. No quiere decirse con esto que sea más fácil la del Juez. Por el contrario, es más difícil y delicada; es en los Tribunales donde se presentan los grandes problemas de derecho y las cuestiones de alta indagación jurídica, mientras que en el Notariado sólo hay aplicación de las leyes, no función de investigar y juzgar. Pero ambas Magistraturas han de ser ejercidas con preparación, inteligencia y buen criterio. Por ello, parece injustificada la inferioridad del Notariado, colocado como institución de segundo o tercer orden, en el sistema jurídico del país.

En consecuencia, se solicita del Ministerio portugués de Justicia una pronta reforma del sistema que permita elevar el nivel cultural del Notario para colocarle en el lugar que dignamente le corresponde.

A. G. R.

II. DICTAMENES

Dictamen acerca de los requisitos necesarios para inscribir la transmisión a tercero de un inmueble adquirido por mujer casada, con metálico que se confiesa ser parafernado.

HECHOS

Doña A., asistida de su esposo don B., compró a don C. una finca rústica X., conforme escritura pública, autorizada en Z., por el Notario don N., el día 10 de agosto de 1940. En dicho instrumento, el marido don B. declaró ser de naturaleza parafernado el dinero que la esposa satisfizo como precio, sin demostrarse en otra forma la certeza de dicha afirmación. La escritura causó en el Registro de la Propiedad de Z. la correspondiente inscripción, en la que se hizo constar la aseveración del marido con relación a la procedencia del precio.

Posteriormente, el 15 de febrero de 1943, fallecía el marido sin haber otorgado testamento, careciendo de herederos forzosos por no tener descendientes ni ascendientes vivos y correspondiendo su sucesión abintestato a un hermano y unos sobrinos, que no se trataban desde luengos años ni con el difunto ni con la esposa del mismo. No consta que éste hubiese dejado a su fallecimiento bien alguno, ni privativo ni ganancial.

Actualmente la viuda tiene concertada la venta de la referida finca rústica X. con don D., y se consulta:

Si será necesario para la inscripción de la correspondiente escritura pública de compraventa en el Registro de la Propiedad a favor de don D. que los herederos del marido de la vendedora presten su consentimiento o reconozcan la certeza de la aseveración de su causante, de que el precio con que adquirió doña A. era privativo de la misma.

DICTAMEN

Para la resolución de la cuestión consultada hay que partir de que en el supuesto expresado el Registro de la Propiedad no puede prejuzgar la naturaleza ganancial o privativa de la finca en cuestión. Al efecto, la antigua jurisprudencia de la Dirección General de Registros y del Notariado, que consideraba registralmente como gananciales los bienes adquiridos constante el matrimonio a título oneroso a nombre de la mujer sin más justificación del carácter parafernado del precio de la compra que la aseveración del marido en dicho

sentido, debe entenderse rectificada con la nueva redacción del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Este artículo, en su regla "segunda", dice así:

"Si no se demostrase la procedencia del dinero, se consignará en la inscripción esta circunstancia, indicándose, además, si el marido asevera o no que el precio o la contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer, sin que prejuegue la inscripción, la naturaleza ganancial, o privativa de tales bienes."

Ciertamente que el artículo 1.401 del Código civil dice que "son bienes gananciales: 1." Los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos". Y que el artículo 1.407 del mismo cuerpo legal afirma que "se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenezcan privativamente al marido o a la mujer".

Pero el artículo 1.232 del mismo Código civil declara: "La confesión hace prueba contra su autor", aunque añada en párrafo segundo: "Se exceptúa el caso en que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes." Cuestión de la que luego nos ocuparemos.

Tanto es así que, tratándose de bienes adquiridos a título oneroso durante el matrimonio e inscritos a nombre de la mujer, sin justificarse que el precio o contraprestación sea de su exclusiva propiedad y libre disposición, como bienes parafernales o dotales, el párrafo segundo del artículo 95 del Reglamento Hipotecario no acepta la inscripción de actos y contratos de disposición otorgados por el marido. Apartándose así de la presunción de que tales bienes son gananciales. Pues de aceptarlo como presupuesto, no podría excluir la regla general del artículo 1.413 del Código civil, que determina que el marido "podrá enajenar y obligar a título oneroso los bienes de la sociedad de gananciales sin el consentimiento de la mujer".

El referido artículo 96, en dichos supuestos, concede a la mujer la disponibilidad registral, aunque le exige que cuente con el "consentimiento del marido".

Fallecido el marido, ¿necesitará la mujer el consentimiento de los herederos del mismo para que se inscriban tales enajenaciones por ella otorgadas?

Lo que, ya *prima facie*, indiscutiblemente no es necesario en la adjudicación previa de dichos bienes a la mujer al liquidarse la sociedad conyugal, puesto que el Registro no presume que sean gananciales. Y respecto a la cuestión de que sea o no necesario que los herederos del marido hayan de prestar su consentimiento para que puedan inscribirse los actos o contratos de disposición que de dichos bienes realice la mujer en estado de viuda, conviene que hagamos algunas distinciones.

El artículo 95 del Reglamento, ante los supuestos de no demostrarse la procedencia del precio de la compra, distingue según el marido "asevera o no que el precio o la contraprestación es de la propiedad exclusiva de la mujer".

La distinción—que excepto respecto al posible juego de la acción de enriquecimiento injusto por el precio, caso de no intervenir el marido en la compra—carece de interés en las regiones forales en las que se aplica el Derecho romano; es, en cambio, de extraordinaria importancia en el régimen del Código civil.

En efecto, en Derecho romano, la presunción Muciana (Digesto XXIV-I,

frag. 51) sólo admitía demostración en contrario no proveniente del marido, pues su fin no era proteger a terceros, sino "evitar a la mujer una torpe ganancia", como dijo Pomponio repitiendo el dictamen de Quintus Mucius Scaevola. En cambio, tal presunción sólo se aplicaba a las cosas que la mujer pretendía simplemente que fuesen suyas, sin demostrar la existencia de un título adquisitivo en cuya virtud las hizo propias. En este último caso, varios textos del Codex sientan la distinción entre el precio de la adquisición y la cosa adquirida, abriendo una grieta en el principio de la subrogación real. Así, la Ley 6.^a (IV-50) dice que "si verdaderamente tu mujer compró en su propio nombre y le fueron entregadas las cosas, y de éstas no fué nada a tu poder, tú no tienes contra ella sino acción por el precio, por cuanto tú te hiciste más pobre y ella más rica". Y conforme dice la Resolución de 17 de septiembre de 1895, "en virtud de un Senado Consulto del tiempo de Caracalla (F. 32, tt. I, libro XXIV del Digesto), en el Derecho romano Novísimo y, por tanto, en Cataluña", el título según el que la mujer casada compra sin justificar la procedencia del dinero "es inscribible, ya que, aun entrañando una donación entre cónyuges, el acto es eficaz mientras no sea revocador (1). O sea, resumiendo, en Derecho romano Novísimo: 1.^o La declaración del marido, en contra la presunción Muciana, no era eficaz pues el fin de ésta no era proteger a terceros, sino evitar a la mujer una torpe ganancia. 2.^o Los bienes comprados a nombre de la mujer se consideraban propiedad de ésta, hubiera o no hecho el marido declaración alguna respecto a la naturaleza parafernial del precio. 3.^o A lo único que daba derecho al marido era a reclamarle el precio. Si él no intervino en la compra, en virtud de la acción de enriquecimiento sin causa. Y, si la autorizó, porque las donaciones entre esposos eran nulas; y siendo el dinero con que se pagó el precio del marido y la cosa comprada de la mujer, es que hubo donación del precio. 4.^o Si el marido fallecía sin revocarla, dicha donación se consolidaba, luego veremos cómo, en virtud del expresado Senado Consulto de Severo y Antonino.

En cambio, en el Código civil: 1.^o La declaración del marido en contra de la presunción del artículo 1.407, es eficaz contra el mismo y contra sus herederos. 2.^o Los bienes comprados a nombre de la mujer, si nada se dice de la procedencia del precio, se han de reputar gananciales, en virtud de lo declarado en el número 1 del artículo 1.401 del Código civil (a no ser que el marido expresamente declare querer sean del dominio de la mujer), mientras que si el marido asevera que el precio de la compra pertenecía privativamente a su mujer, los bienes comprados deberán reputarse, frente al marido y sus herederos, como propios de la mujer. 3.^o No hay base para presumir que el dinero que aquél aseveró era de la pertenencia exclusiva de la mujer, se lo hubiese donado a la misma. 4.^o Sólo frente a los legítimarios y acreedores del marido, a los que tampoco afecta la confesión por aquél verificada, podrá reputarse que la compra hecha a favor de la mujer supone un desplazamiento injustificado de bienes de la sociedad conyugal al patrimonio de aquélla. 5.^o También veremos que, aunque se demostrase que la confesión del marido encubrió una donación,

(1) Sobre el sentido y valor de la presunción Muciana v. la diáfana exposición de Roca Sastre, *Derecho Hipotecario*, t. III, págs. 194 y sigs., y la magistral conferencia de Virgilio Sorribes, recientemente pronunciada en el Colegio Notarial de Barcelona.

ésta, radicalmente nula *inter vivos*, se consolidaría *mortis causa*, en caso de premorir el marido sin haberlo revocado.

Vamos a intentar demostrar estas afirmaciones:

A) La declaración del marido en sentido contrario a la presunción, *iuris tantum*, del artículo 1.407, es eficaz contra el mismo y sus herederos.

El propio Código civil, en su artículo 1.232, nos confirma esta idea: "La confesión hace prueba contra su autor." Ciento que el párrafo segundo de dicho artículo añade: "Se exceptúa el caso en que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes." Pero ¿qué leyes pueden incumplirse con esta confesión? Si es verdadera, ninguna. Y, si fuese falsa—cosa que habría que demostrar—, tal vez la norma del 1.334 del Código civil. Mas sobre esta última cuestión ya discutiremos más adelante.

Con esta confesión no se causa perjuicio alguno a terceros, por la sencilla razón de que no les afecta. Se trata de una prueba que sólo juega contra su autor. Frente a él queda desvanecida la presunción del artículo 1.407. En cambio, para sus acreedores y legitimarios, tal presunción sigue en pie. El reconocimiento del marido no hace prueba contra ellos.

En cambio, sí que afecta a sus herederos, en virtud de la confusión de su personalidad con la del causante (2).

A ello, que es así por el valor de la confesión contra su autor y los continuadores de su personalidad—como acepta Roca Sastre—, se llegaría igualmente aplicando la doctrina de los actos propios, como propugna selecto sector de nuestra doctrina.

Así, Cabello de la Sota (3) nos dice: "Honradamente, el cónyuge que afirma pertenecer él dinero al otro, tiene que seguir afirmando siempre esta circunstancia, porque es verdad y no puede impugnar su propia declaración; la doctrina de los actos propios se lo impiden, y para desdecirse necesita probar que la aseveración encubrió una donación nula...", y, además, es válido para los herederos del marido, por confusión de personalidad entre el causante y los herederos desde la aceptación pura de la herencia y su repercusión en la partición de bienes decisiva.

Este valor de las confesiones del marido respecto los derechos de la mujer nos lo confirma el artículo 1.344 del Código civil. Al disponer que la confesión por el marido de dote, cuya entrega no constare o constare sólo por documento privado, no surtirá más efecto que el de las obligaciones personales. O sea—aplicando a este caso el artículo 1.237, párrafo primero—, sólo jugará contra el marido y sus herederos, que es lo que literalmente decía el artículo 1.293 del Proyecto de 1851 (antecedente directo del artículo 1.344): "La confesión hecha en otra forma (es decir, la no verificada y prometida en capítulos, y cuando no constare la adquisición de los bienes confesados por la mujer en documento público) únicamente surtirá efecto contra el marido y sus herederos. Si éstos fueren forzados no les perjudicará en su legítima rigurosa."

B) Los bienes comprados a nombre de la mujer, si nada se dice de la procedencia del precio, se han de reputar gananciales en virtud de lo declarado

(2) Sent. 13 junio 1899, 31 marzo y 7 diciembre 1911, 12 y 17 noviembre 1920, 19 mayo 1932, etc.

(3) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, abril 1947, p. 234.

en el número 1.º del artículo 1.401 del Código civil (a no ser que el marido expresamente declare querer que la cosa comprada sea del dominio exclusivo de la mujer, en cuyo caso habría una donación de las previstas en el artículo 1.334 del Código civil). Mientras que si el marido asevera que el precio de la compra pertenece privativamente a su mujer, los bienes comprados, como hemos dicho, deberán reputarse frente al marido y a sus herederos como pertenecientes a la mujer.

No obstante lo afirmado, no es ilógico que en el primer caso el artículo 96 del Reglamento Hipotecario conceda a la mujer, con autorización del marido, la disponibilidad, a efectos registrales, de los bienes adquiridos a título oneroso y constante el matrimonio a nombre de la misma, aunque el marido no haya aseverado la pertenencia exclusiva a aquélla del precio satisfecho. Pues, como Pedro Cabello indica en su expresado trabajo, el acto del marido de poner los bienes comprados a nombre de su mujer "bien puede suponer una seguridad dada a ella de que el marido no dispondrá de la finca sin que la mujer intervenga en la venta". "Esta seguridad—prosigue este autor, miembro de la Comisión redactora del propio Reglamento Hipotecario—no es renuncia del marido a su derecho, porque el marido no puede renunciar a su cualidad de jefe de la sociedad conyugal (art. 1.412 y sig. del Código civil), pero sí es un acto perfectamente lícito y válido; que puede incluirse dentro del significado de los actos propios y hasta estar conforme con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1.413 (toda enajenación en fraude de la mujer no perjudicará a ésta ni a sus herederos). Aunque el fraude a que se refiere este artículo es el fraude material, cabe una extensión al fraude moral de la seguridad adquirida por la esposa de que su marido no ha de enajenar la finca sin su intervención en la venta, y por muy jurídico que sea es poco elegante que, inscrita una finca a nombre de la mujer, comparezca sólo el marido y disponga de ella por su libre voluntad, con posibilidad de que la enajenación sea en fraude de la mujer, al querer ocultarse de la intervención de ésta en la venta."

Ni tampoco es ilógico, aun cuando el marido hubiere aseverado totalmente que el precio de la compra era privativa de su mujer, que luego el Reglamento exija a ésta para la inscripción de las enajenaciones de fincas adquiridas en dicha forma no sólo la licencia, sino la expresa autorización de su marido. Porque, a mayor abundamiento, supone una garantía para evitar la impunidad de cualquier eventual violación del artículo 1.334. Que, si no puede presumirse, no está demás que se prevea. Al marido le resta siempre la posibilidad de impugnar su confesión (4). Puede probar que la aseveración encubrió una donación *mér. vivos*, nula conforme al artículo 1.334, cosa que haría ineficaz su cesión conforme al apartado segundo del artículo 1.232 del Código civil. Y no está de más que el artículo 96 del Reglamento Hipotecario garantice que dicha impugnación no se verá frustrada por una disposición a título oneroso de la mujer, que haga surgir la figura de un tercer adquirente registralmente protegido al que no alcance la impugnación entablada por el marido. La necesidad de la

(4) Aparte del caso de haber estado viciada su declaración de error o intimidación. Cosa que, hipotecariamente hablando, no tiene la Ley por qué prevenir. No previniéndose registralmente en ningún otro caso ni negocio, no vemos que aquí haya razón que, en este supuesto, justifique excepción alguna a la regla general.

simple licencia marital no cubre totalmente de la eventualidad, porque a la mujer pueden otorgársele licencias generales y previas.

Se trata, pues, de un privilegio especial, que exclusivamente a favor del marido concede el artículo 96 del Reglamento Hipotecario.

C) No puede presumirse que el dinero que el marido aseveró pertenecía exclusivamente a su mujer hubiese sido donado por aquél a ésta. No hay base legal para ello. El marido es quien debe, en su caso, probar que hubo tal donación. Lo contrario sería contradictorio con el hecho aceptado de que la confesión del marido es eficaz contra éste y sus herederos.

D) Con relación a los acreedores no hace falta presumir donación alguna, puesto que, como se ha dicho, tal presunción no les afecta.

Precisamente, por esto último, es muy justo y muy lógico que, pese a la confesión del marido, el Registro no prejuzgue la naturaleza de los bienes comprados. Si en el Registro los bienes adquiridos se inscribiesen como parafernales, la presunción del artículo 38, es decir, al manto protector del principio de legitimación acompañaría tal aseveración registrada. "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." Cosa que traería como consecuencia que la presunción de la naturaleza parafernial de los bienes se impondrá no sólo al marido y a sus herederos en virtud de su confesión, sino, *erga omnes*, con evidente perjuicio para los legitimarios y los acreedores del marido y de la sociedad conyugal. Pues, con ello, la carga de la prueba se invertiría. Los acreedores y los legitimarios tendrían necesidad de probar la inexactitud del asiento y, por lo tanto, que los bienes no eran privativos de la mujer. Cosa que sería injusta y antijurídica, porque la confesión de un hecho no puede perjudicar a terceros, y perjuicio es tener que cargar con una prueba que normalmente corresponde a la parte contraria.

Fallecido el marido, no varía la situación de los acreedores. Igualmente pueden dirigir su acción contra tales bienes mientras éstos no pasen a manos de un tercer adquirente a título oneroso. Lo mismo que en vida del esposo. Y ninguna garantía supondría para aquéllos que dicha posible enajenación por la mujer debiesen autorizarla los herederos del marido. Como no la supone durante el matrimonio que la autorice el mismo marido. Para los acreedores da igual que venda la mujer sola o asistida o autorizada. Contra el tercer adquirente sólo tendrán acción si, conforme al artículo 37 de la Ley Hipotecaria, se dan los presupuestos de la acción Pauliana, hayan intervenido o no en la enajenación el marido y sus herederos autorizando a la mujer o la haya realizado ésta por sí sola.

En cuanto a los legitimarios, no necesitan más prueba de la inoficiosidad del desplazamiento que el hecho evidente de la inscripción a favor de la mujer y la afirmación de que no han quedado en la masa hereditaria bienes suficientes para cubrir su legítima. No necesitan demostrar que hubo error o falsedad en el reconocimiento verificado por el causante, ya que la confesión no perjudica a terceros, y este carácter tienen los legitimarios en cuanto su respectiva legítima, conforme reiteradamente tiene declarado el Tribunal Supremo (5).

Para ellos, mientras no se pruebe por otros medios la certeza de dicha con-

(5) Sentencia de 12 abril 1944, entre otras.

fesión, sigue en pie la presunción del artículo 1.407 del Código civil. La inscripción materialmente se ha realizado a favor de la viuda; pero el Registro no prejuzga que le pertenezcan a ella, aunque tampoco lo contrario. El principio de legitimación registral no actúa en este punto. Queda respecto a él como adormecido. Los legitimarios sólo tienen que borrar una declaración material, pero no necesitan luchar contra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

No se arguya que el reconocimiento es totalmente nulo frente a los legitimarios. Lo único que sucede es que no les afecta en cuanto perjudique sus derechos, igual como el reconocimiento o confesión por el marido de dote, cuya entrega no constare en documento público, no surtirá efectos contra tercero, como las obligaciones personales. Recordemos que con mayor claridad que el artículo 1.344 vigente, se expresaba el Proyecto de 1851 en los dos últimos párrafos de su artículo 1.293, en los que precisaba: "La confesión hecha en esta forma únicamente surtirá efecto contra el marido y sus herederos. Si éstos fueren forzados, no les perjudicará en su legítima." Sólo una diferencia existe entre este supuesto y el estudiado: la confesión de dote no se inscribe, porque sólo supone el reconocimiento de un crédito, y éstos no tienen acceso en el Registro de la Propiedad.

Para evitar que la viuda perjudique a los legitimarios en sus derechos, enajenando la finca de que se trate, les bastará anotar su demanda de rectificación material. En un proceso en el que nada tendrán que probar, sino invitar a la parte contraria a que pruebe la certeza de lo confesado por el marido. En este aspecto, su situación no es peor a la que corresponde a cualquier legítimo frente a la inscripción de las donaciones inoficiosas otorgadas por su *decuónus* a favor de tercera persona. Y ciertamente no existe razón para que se les otorgue mayor protección en el supuesto que estudiamos, en el que, además, cabe aún que la viuda pruebe la certeza de la confesión de su marido.

E) Aun cuando se demostrase que la confesión del marido encubrió una donación, ésta, si bien radicalmente nula *in' er vivos*, se consolidaría *moriis causa* en caso de premorir el marido sin haberla revocado.

Esta convalidación, que ya se dió en el Derecho romano y en nuestro Derecho histórico, puede ampararse no sólo en las tradicionales razones lógicas que la han justificado durante siglos, sino también en la letra del mismo artículo 1.334.

Pero antes de analizar ese precepto conviene que rechazemos un tópico que en nuestra doctrina es corriente, tal vez por culpa de precipitadas afirmaciones de alguno de los primeros comentaristas del Código civil.

Así, Mucius Scaevola (6) escribió, comentando el indicado artículo 1.334:

"El legislador español, apartándose del criterio de algunos Códigos (7) permisivos de las donaciones bajo determinadas circunstancias y queriendo, sin duda, aproximarse a las tradiciones patrias en la materia, proclama la nulidad sin más atenuaciones que la del párrafo segundo del mismo artículo."

"No habrá aquí, por tanto—añade—, revocación de algo que produjo sus efectos en un principio, si no carencia de eficacia en todo tiempo del propósito

(6) Vol. 21, pág. 355.

(7) Francés, art. 1.695; portugués, arts. 1.178, 1.180 y 1.181, y mejicano, arts. 2.114 a 2.117.

de donar. Declarada la nulidad de una obligación, dice el artículo 1.303 del presente Código, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio, con los intereses..."

Y concluye unas líneas más abajo: "No podrán ser confirmables (ártículo 1.309) por el vicio original de que adolecería la donación y porque constituiría el quebrantamiento y la nulidad del precepto prohibitivo. Son nulas *per se* y para siempre, sin posibilidad de ser purificadas ni por el transcurso del tiempo ni por la acción de una voluntad encaminada a lavarlas de la mancha original de nulidad."

Ciertamente que el Código francés (art. 1.096) y el portugués de 1867 (ártículo 1.178) aceptan la validez inicial de las donaciones entre esposos, pero disponiendo que éstas pueden ser libremente revocadas en cualquier tiempo. Pero éste no era el sistema del Derecho romano, a partir de la Constitución de Severo y Caracalla, ni el de nuestro Derecho histórico.

Tanto en uno como en otro ordenamiento, las liberalidades entre marido y mujer eran completamente nulas como donaciones *inter vivos*. Pero, en cambio, resultaban válidas como donaciones *mortis causa*, "como si por el testamento haya sido confirmado lo que se donó" tal como concluye en su oración el emperador. Arangio Ruiz (8), nos explica que "el contraste en que se encuentra esta convalecencia con el principio de la nulidad absoluta ha dado no poco que discurrir a los intérpretes; pero la tentativa de eliminar el conflicto rechazando la nulidad ha fallado completamente, y más bien es de creer que los antiguos habrían concebido hábilmente la donación no revocada en vida como tácitamente renovada *mortis causa*". Esa misma idea la vemos en Antonio Gómez, al exponer nuestro Derecho anterior al Código civil (9), cuando nos dice que las donaciones entre cónyuges eran nulas *ipso iure*, pero se confirmaban con la muerte del donante sin haberlas revocado.

Es natural que si un cónyuge puede donar *mortis causa* a su consorte y le quiere donar *inter vivos*, es decir, para que el objeto donado se haga de su consorte tanto en vida del propio cónyuge donante como después de la muerte del mismo, ya que la donación *inter vivos* es perpetua, tal donación, si no vale en su aspecto actual, valga, por lo menos, en su segundo aspecto. Es decir, para después de la muerte del donante, si entonces vive aún el donatario, y aquél no se arrepintió.

La misma letra del artículo 1.334 puede servir de aval para mantener la actual persistencia de esta solución clásica. En efecto:

1.º Este artículo *no dice que entre cónyuges sea nula toda donación "otorgada durante el matrimonio"*, como, en cambio, dispone el artículo 1.335 respecto a las donaciones otorgadas a favor de los hijos que el otro cónyuge pudiera tener de anterior matrimonio o de las personas de quien el consorte del esposo donante fuera presunto heredero. Se limita a decir que *será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio*. Por eso es ciertamente la interpretación más lógica considerar que si el cónyuge donante muere sin haber modificado su disposición, *desaparece el obstáculo legal que había hecho*

(8) *Institutioni di Diritto Romano*, p. 581 in fine 582.

(9) *Varias Resolutiones Juris Cœlitis, communis et Regii*, t. II, cap. IV, núm. 23.

nula la donación hasta aquel momento, es decir, *durante el matrimonio*. Y que ésta queda convalidada si el cónyuge donatario vive y tiene la suficiente capacidad en el momento de la muerte de su esposo donante.

2.^o La expresión *durante el matrimonio* sería redundante si el artículo 1.334 ordenase la nulidad absoluta de todas las donaciones entre cónyuges. Bastaría haber dicho: "son nulas las donaciones entre cónyuges". Pues para que una donación sea otorgada entre cónyuges es ineludible que se verifique durante el matrimonio. Otorgadas por las mismas personas fuera del matrimonio ya no serían donaciones entre cónyuges. En cambio, sí que tiene sentido aplicando dichos términos "durante el matrimonio", no al otorgamiento, sino al tiempo al que se limita la nulidad o ineficacia de las donaciones entre cónyuges. Con lo cual vemos que el sentido más lógico de este precepto concuerda con el que más adecuado resulta a la recta interpretación sintáctica del mismo, conforme hemos razonado en el argumento anterior.

Esta solución es, además, la más equitativa y justa. Pues ciertamente el heredero que reclame a la viuda lo que a nombre de ésta compró su esposo "es duro y avaro", como dijo en su Oración el Divino Severo.

La afirmación de Scaevola de que lo que es nulo al inicio no puede convalidarse, está mal aplicada al caso. Es verdad que como la donación intervivos es nula "ipso iure", realmente ésta no puede confirmarse. Y, por lo tanto, no cabe aplicarle, como tal donación entre vivos, ni las reglas de la confirmación de los artículos 1.310 y siguientes del Código civil ni la prescripción sanatoria del artículo 1.301. En el presente caso de lo que se trata es de una confirmación impropia o, más exactamente, de un caso "conversión" sustancial. Lo que es nulo "ipso iure" como donación intervivos, vale como donación "mortis causa". Que, por tanto, será efectiva si el cónyuge donante premuere al donatario sin haber revocado su disposición. Es decir, es eficaz en las mismas condiciones que para su plena efectividad requiere cualquier donación por causa de muerte.

Tampoco es aceptable como argumento alegar los términos distintos empleados en el artículo 1.335 y afirmar que el sentido del artículo 1.334 debió ser el mismo. Asegurando que este último, si bien dice que "será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio", quiso decir, como el 1.335, "que será nula toda donación hecha durante el matrimonio". No aceptamos este argumento:

1.^o Porque, en principio, no puede presumirse que el legislador haya incurrido en incorrección en su expresión más que cuando el sentido lógico de la frase contradiga el literal.

Y aquí, en el artículo 1.334, hemos visto que su sentido literal es el que más de acuerdo se halla con los antecedentes históricos nacionales y, desde luego, vigentes hasta el momento de entrar en vigor el Código civil. Que además es el que resulta más en armonía con la justicia.

2.^o Precisamente las expresiones diferentes que en ambos artículos se emplean suponen que el legislador resolvió dichos supuestos, que no son iguales, en forma lógicamente distinta. Y ciertamente la "ratio" de ambos artículos no es la misma. En efecto, la seguridad jurídica podría quedar perjudicada con el hecho de que fuesen convalidables las donaciones otorgadas a favor de los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o a las personas de quienes sea heredero presunto al tiempo de la donación. Se daría con ello cierto valor

a una apariencia de donación perfecta, pero que era nula "inter vivos" aunque convalidable "mortis causa". Que además de hacer incierta la propiedad podría producir engaño a tercero. Mientras que esta inseguridad carece de trascendencia externa en las donaciones entre cónyuges, en las que no cabe engaño a tercero, pues la evidente necesidad de la autorización del marido a la mujer para que ésta pueda disponer, en la mayoría de los casos y siempre lo reducido del ámbito familiar eliminan dichos inconvenientes.

3.^o Además de que no tiene nada de particular que el legislador en esta norma nueva—la del 1.335—sea más severo con los que indirectamente y en "fraudem legis" tratan de burlar sus prohibiciones—queriendo hacer inmediatamente eficaz una disposición que sólo puede ser efectiva por causa de muerte—que con aquellos que directamente otorgaren un acto al que el legislador le señala una eficacia más reducida que la querida por las partes—caso del 1.334—.

Tampoco es de peso la alegación de Manfesa (10) de que las donaciones "mortis causa" sólo pueden otorgarse en testamento. En primer lugar, no creemos aceptable la interpretación que él propugna del artículo 82º C. civ., y que durante varios años ha sido la común, tal vez por afrancesamiento de nuestra doctrina en el siglo pasado y luego por el peso de la sacrosanta rutina (11). Pero, además, aunque no fuese así, cabría perfectamente que el artículo 1.334 representase una excepción a la regla general, excepción que tendría un fuerte apoyo en el Derecho histórico de Castilla vigente hasta la época de la codificación. Ciñaremos sólo la opinión de Antonio Gómez (12), que refiriéndose a la "donación pura y simple que al principio no vale y se confirma con la muerte, como la que se hace entre padre e hijo, marido y mujer", considera imprescindible la insinuación—"pues de otra suerte serían inválidas en la parte excesiva"—y los requisitos formales de la Ley 4, Tít. XVII, Libro X, de la Novísima Recopilación. Queriéndolo explicar con el siguiente argumento: "la donación "mortis causa" tiene fuerza de cosa relictá, ya que su efecto se confiere después de la muerte, y, en cambio, la donación que se confirma con la muerte es simple en Derecho y por esa razón nula sin la insinuación". Es decir, sin la formalidad que entonces requerían las donaciones intervivos.

Resumiendo, podemos sentar las siguientes

C O N C L U S I O N E S

1.^o Que el Registro de la Propiedad no presume que sean gananciales los bienes comprados a nombre de la mujer.

2.^o Que la aseveración del marido de que el precio de la compra era privativo de su esposa hace prueba contra éste y contra sus herederos.

3.^o Que la necesidad de que la mujer cuente con la "autorización" y no sólo la simple "licencia" de aquél para disponer de los bienes adquiridos e inscritos con dichas circunstancias es un favor especial que la ley otorga al marido, justificado por razones antes expresadas.

(10) *Comentarios del Código civil español*, 4.^a edición (II, IX y 231).

(11) Así intentamos demostrarlo en nuestra conferencia "Modalidades vigentes de la donación "mortis causa" en el Código civil", pronunciada en Santander durante la II Semana Nacional, organizada por el Colegio de Burgos.

(12) O. y loc. cits., dict. núm. 108, al principio.

4.^º Que este favor no puede aplicarse a los herederos del mismo. En primer lugar, porque, como tal privilegio, no puede extenderse a personas no previstas en la norma que lo concedió. Y, además, porque, tratándose de los herederos, no se da la razón que lo justificaba tratándose del marido.

5.^º Exigir la autorización de los herederos para que la mujer disponga de la finca en cuestión puede significar favorecer una verdadera inmoralidad o chantaje si éstos pretendan especular con dicha necesidad—aunque no decimos que sea así en el presente caso—. Además no es útil respecto a dichos herederos, frente a los que hace ya de prueba plena la confesión de su causante. Y no representa garantía alguna para los posibles acreedores de la herencia.

6.^º Consta la inexistencia de legitimarios. Pero aunque existiesen tampoco habría razón para exigir a la mujer que contase con su autorización para disponer, puesto que ni siquiera la exige la ley a ningún donatario para disponer de los bienes donados una vez fallecido el donante. En los supuestos de posible inoficiosidad, siempre queda a los legitimarios el recurso de anotar preventivamente su respectiva demanda, como si se tratase de una donación inoficiosa otorgada a favor de cualquier otra persona.

7.^º Y aun cuando la confesión encubriese una donación de las comprendidas en el artículo 1.334 habrían sido revalidado "mortis causa" por la premociencia del pretendido donante sin haberla revocado.

Por todo lo cual, el Letrado que suscribe estima que no es necesaria autorización alguna de los herederos del marido para que se pueda inscribir en el Registro de la Propiedad la pretendida venta otorgada por la viuda de aquél.

Juan VALLET DE GOYTISOLO
Notario.

III. SENTENCIAS DE INSTANCIA

Arrendamientos urbanos. No aplicación de la legislación especial.

SENTENCIA DE 10 DE ENERO DE 1949 (1)

I. ANTECEDENTES DE HECHO.—D. B., propietaria de una casa y titular de una expendeduría de tabacos, arrienda verbalmente a J. C. el local y la expendeduría, en el año 1940.

J. C. amplía el negocio a otros artículos, tales como objetos de escritorio, y, más adelante, sigue ampliándolo hasta convertirlo en frutería y pescadería.

Al morir J. C., su viuda, D. A., sigue con el negocio hasta que es demandada de desahucio por D. B., basándose en que la cesión fué debida a enfermedad de la demandante, que le impedia atender el estanco.

La demandada contestó a la demanda diciendo que, el estanco fué puesto a disposición de la demandante tan pronto como ésta le requirió para ello, por tratarse de una cesión prohibida por las disposiciones que regulan el establecimiento de expendedurías de tabacos. Pero que el resto del negocio (la parte más productiva, sin duda) había sido establecido por la demandada y que se negaba a abandonar el local, salvo que mediare la justa indemnización a que creía tener derecho.

Entre las pruebas solicitadas por la demandante se pide la de reconocimiento judicial, que admite el Juez, con el fin de demostrar que el local donde, debido a lo anterior, ha tenido que ser instalado el estanco no reúne las circunstancias de decoro suficiente.

II. RESOLUCIÓN.—El Juez de Molina de Aragón, ni accede al desahucio ni lo desestima; se limita a ordenar que la pared divisoria de ambos locales sea corrida noventa y cinco centímetros hacia el lugar que, actualmente, ocupa la tienda de D. A., basándose en la siguiente doctrina:

A) Que las cuestiones fundamentales que plantea este pleito son: Primera, delimitación del contrato existente entre J. C., fallecido y su esposa, D. A., de una parte, y de la otra, D. B.; segunda, delimitación de derechos adquiridos por parte de la actual arrendataria, D. A.; tercera, posibilidades de cumplimiento o de resolución, por ambas partes, del contrato en cuestión.

B) En cuanto a la primera cuestión, que el local arrendado por D. B., comprendiendo la expendeduría de tabacos, a J. C., lo fué en virtud de un contrato ilícito, puesto que el artículo 8.^o de las Normas Acordadas por el Consejo de Administración de la Tabacalera, S. A., de 19 de julio de 1946, normas que se contenían también en el estado anterior, cuando dicha Sociedad se denominaba "Compañía Arrendataria de Tabacos", prohíben *terminantemente* el arrenda-

(1) Remitida por el Sr. D. Pascual Marín Pérez, Juez de Molina de Aragón.

miento o cesión temporal de expendedorías, prohibición que tuvieron que conocer, por igual arrendador y arrendatario, y, a pesar de ello, llegaron a una inteligencia fraudulenta, originada con dolo de ambos, para burlar las normas que, dado el carácter administrativo de la citada Compañía, pueden perfectamente ser consideradas como de orden público, a tenor de lo dispuesto en las leyes administrativas, en relación con el inciso final del artículo 1.255 del Código civil, pretendiendo ahora que una Ley como la de Arrendamientos Urbanos, de tan acusado carácter social, proteja una situación dolosa, incompatible con los criterios rectores de toda ley, siendo así que ambos contratantes incurrieron en dolo, dando lugar a la *coexistencia de culpas*, tan precisamente delimitada, así como sus efectos, en la sentencia de 18 de enero de 1936, siendo, por tanto, incompatible pretender acogerse a la ley nueva, de tan eminente carácter social, como lo es la de Arrendamientos Urbanos de 31 de diciembre de 1946, que no puede amparar, en modo alguno, y en virtud de los más elementales principios de justicia, situaciones ilegales creadas al amparo de otras anteriores, también ilegales.

C) Que D. A., al morir su marido, G. C., se encontró con un único medio de vida, cual fué el comercio establecido por éste, ampliéndolo a otros artículos, formando una *clientela* propia, elemento esencial en un establecimiento de comercio, que el Derecho ha de proteger, como demuestra la multitud de normas fundamentales dispersas por todo el ordenamiento jurídico protectoras del pequeño comerciante, e incluso la misma Ley de Arrendamientos Urbanos, que, aunque no se pueda citar como básica en el caso controvertido, por las razones expuestas en el considerando anterior, sí se puede tener en cuenta a los efectos de ver el espíritu que palpita en sus artículos 1, 9, 10, 76, 90 y otros de la misma, que autoriza, por lo demás, en su artículo 13 el uso de la *analogía*, preceptos todos en los que está insrito ese espíritu general de protección que anima multitud de disposiciones legales del nuevo Estado, no existiendo motivos para dejar de apreciar en D. A. las circunstancias protectoras aludidas, puesto que no hubo dolo por su parte, ya que los conceptos de dolo y culpa contrariales son eminentemente subjetivos, según se deduce de relacionar los artículos 1.269, 1.107, 1.104 y concordantes del Código civil.

D) Que, según se deduce de los dos considerandos anteriores, aunque no hubiese mala fe por parte de D. A., es lo cierto que entró a formar parte, subrogándose en la situación jurídica afectada, en los derechos y obligaciones de su marido, J. C., que le afectan también a ella, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código civil, estimando el juzgador que, al no poderse amparar la situación viciada, aunque no con vicio esencial, en una nueva Ley como la de Arrendamientos Urbanos, y encontrarse, a estos mismos efectos D. A. con una serie de derechos adquiridos dignos de toda protección, como determina la disposición transitoria primera del Código civil, extendida a una aplicación general en relación con la trece, en los casos de colisión de leyes en el tiempo, según ha declarado la numerosa y constante jurisprudencia a este respecto, el pleito queda reducido a un caso de resolución de obligaciones, sin especialidades, del artículo 1.124 del Código civil, en el que el juzgador puede resolver, aunque se trate de un caso especial como el presente, amparándose en el artículo 13 de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos.

E) Que el texto del artículo 1.124 del Código civil, según se desprende de su propia letra y de la constante y numerosa jurisprudencia que le ha interpretado, aboga, en primer lugar, por el cumplimiento, ya que es principio general de todo el ordenamiento jurídico contractual español que los contratos han de cumplirse en todas sus cláusulas, pactadas y derivadas, según el artículo 1.258 del Código civil, y sólo cuando no haya lugar al cumplimiento se debe acudir a la resolución, como remedio excepcional, estima el juzgador que es perfectamente legal, por responder a los más rigurosos principios de justicia y de equidad, tender a compaginar los intereses de los contratantes y sólo en caso extremo ordenar la resolución.

F) Que del reconocimiento judicial practicado en el local del estanco de D. B. se deduce que no reúne éste las condiciones de decoro necesarias a esta clase, de establecimientos que, a pesar de haber contratado en las condiciones señaladas en los considerandos anteriores, el mantenimiento de la situación actual constituiría un caso claro de abuso de derecho, cuyos contornos han quedado encuadrados en el marco del artículo 1.902 y sus concordantes del Código civil, después de la formidable doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 14 de febrero de 1944, en contra de D. B., por D. A., imponen al juzgador la obligación ineludible de delimitar claramente la situación jurídica reconstruida por esta sentencia, haciéndose necesario en ella una delimitación clara y precisa en el fallo de los derechos de ambos litigantes, y sólo en el caso extremo de no acuerdo acudir a la resolución.

G) Que el artículo 13, en relación con el 137, apartado b), ambos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, permiten al juzgador el uso de la *analogía*, en las condiciones de aplicación general señaladas en nuestras leyes y en la jurisprudencia.

H) Que no es de apreciar temeridad ni mala fe en ninguno de los litigantes..., etc.

III. JUSTIFICACIÓN.—La lectura de esta sentencia, hecha fríamente por cualquier jurista, tiene forzosamente que parecer, a primera vista, incongruente. Pero lo cierto es que ninguna de las dos partes, pudiendo hacerlo por sus medios económicos, además de por su derecho, la apeló, sino que, por el contrario, fué consentida y ejecutada por ambas partes.

El Juez, al dictarla, estabá casi convencido de que si la sentencia era apelada sería, probablemente, revocada por quienes por no haber vivido los hechos tal vez la estimaran incongruente. Pero también estabá completamente seguro (con la siempre relativa seguridad de las cosas humanas) que haciéndolo así *administraba justicia*. Si, por el contrario, haciendo gala de sus conocimientos técnicos (en este caso elementales), sentenciaba con arreglo a las más estrictas y rigurosas normas procesales, referentes al "petitum", concediendo o denegando el desahucio simplemente (en cuyo caso estaba seguro de que la sentencia se habría apelado por la parte vencida, fuese una u otra), *no administraba justicia*. El dilema era claro; el Juez de Molina de Aragón optó por la primera de las soluciones, porque tuvo en cuenta, antes que nada, que *había jurado administrarla*.

He aquí un caso claro de aplicación de la equidad por el juzgador.

IV. NOTAS CRITICAS

1. Una nueva posición en orden al problema de las transformaciones del Derecho privado

PASCUAL MARÍN PÉREZ

Juez de Primera Instancia y Profesor-Adjunto de Derecho civil
en la Universidad Central

I. Consideraciones previas

El Profesor de la Universidad de Madrid D. Francisco Javier CONDE publicó un brillante artículo (vol. IV, núm. 11, de la "Revista de Derecho Mercantil", año 1947) sobre las transformaciones del Derecho patrimonial en la época del capitalismo en el que el insigne sociólogo y traductor de Derecho político realiza, según él mismo nos indica, "una audaz incursión en campo ajeno", que envuelve su profesión de fe en orden a varios problemas importantes de naturaleza jurídico-privada. El trabajo toca por igual al campo del Derecho civil y al del Derecho mercantil pues si bien desde un principio el objeto del mismo parece venir constreñido a dar una nueva explicación de cuál es el contenido propio del Derecho mercantil el hecho de que vea éste, precisamente, siendo el resultado de la transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo determina el que las consideraciones de CONDE tocan también, con insistencia, un problema de Derecho civil: justamente el de su transformación bajo la influencia del capitalismo, que, si bien limitado a la esfera de lo patrimonial, tiene para nosotros un significado importante.

Intentaremos, pues, examinar, si bien con forzada rapidez por impedírnoslo el normal espacio de una nota crítica, la doctrina de CONDE sobre el particular, y, como conclusión, expondremos a continuación las inevitables consideraciones críticas que su apreciación nos sugiere.

II. La transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo

Toma CONDE como punto de partida de su brillante trabajo la afirmación, recogida por GARRIGUES en su reciente *Tratado de Derecho mercantil* (fomo I. volumen I, pág. 36), de que "todavía no se ha inventado en la ciencia jurídica un modo de pensar las relaciones de carácter patrimonial entre los particulares que no pueda encajar en las categorías conservadas secularmente por el Derecho civil", afirmación en que, a su juicio, se enuncia veladamente un hecho inegable: pese a los últimos y denodados esfuerzos de los mercantilistas por

construir su disciplina científica sobre la base autónoma de la Empresa el Derecho mercantil no ha logrado construir un cuadro de categorías formales propias, pues aquellas con las que opera, para configurar su sustancia, son reducibles al sistema de categorías del Derecho patrimonial clásico. ¿Cuál puede ser la razón de tan embarazosa y acaso insoluble dificultad?, se pregunta seguidamente CONDE. Tratando de buscar una respuesta a las soluciones ofrecidas al problema del contenido del Derecho mercantil reduciéndolas a dos esenciales que, si bien son visiblemente contradictorias, sostiene tienen entre sí un rasgo común: "la convicción gnoseológica de que lo que constituye propiamente una disciplina como ciencia autónoma es la existencia de un campo de la realidad sobre el cual incide la ciencia en cuestión". "La diferencia—añade—estriba en que para unos el ámbito de la realidad propio del Derecho mercantil está determinado por la urdimbre de un tipo de actos específicos: los llamados actos de comercio, mientras para otros ese ámbito es el perímetro que cierra un mundo de unidades económicas organizadas a las que todos convienen en llamar Empresas." Despues de rechazar, tras breve examen, ambas soluciones como inapropiadas al problema del Derecho mercantil, debido a que ninguna de las dos consigna un concepto unívoco de su contenido propio: los actos de comercio, en el primer caso; la Empresa, en el segundo, se pregunta CONDE si la razón de ser de este resultado desfavorable no radicará en que "ninguno de los dos caminos ensayados sea propiamente la directa vía por donde el Derecho mercantil pueda discurrir con ese paso firme que KANT llamaba "la verdadera andadura de una ciencia". y razonando en este sentido llega a la conclusión de que, en efecto, así sucede: aquel resultado desfavorable a que se llega con las doctrinas de los actos de comercio y de la Empresa, en sus construcciones jurídicas, debe su razón de ser a la invalidez de su propio método, que es necesario poner en tela de juicio en pos de una tercera y más directa vía de acceso a la realidad mercantil. Esta, prosigue CONDE, "no es sino un tipo específico de realidad económica en cuanto económica humana y en cuanto humana histórica..." "Es una realidad económica, eminentemente histórica vinculada en su nacimiento a una forma concreta e histórica de la economía: el capitalismo." En su virtud, afirma CONDE como conclusión lógica de su pensamiento que "el Derecho mercantil es, en realidad, el resultado del proceso de transformación del Derecho civil patrimonial en la época del capitalismo". En el acto mercantil, substratum de la organización económica del capitalismo, tienen que darse, por consiguiente, como elemento dominante las notas históricas que definen y diferencian los actos económicos de signo capitalista. Pero, ¿cuáles son éstas? CONDE las va perfilando a través del estudio (prodigo de síntesis a la par que de precisión científica) de que hace objeto las doctrinas de SIMMEL, SOMMART, von MARTIN y MAX WEBER. Al llegar a este último se detiene de forma especial para analizar, con la mayor finura, su tesis del capitalismo como estilo de vida y sistema económico resultante de dos principios históricamente cualificados: la expectativa de lucro considerado como deber vocacional y modo singular de racionalismo, que estriba, ni más ni menos, en la operación de cálculo que, simultáneamente con el acto en cuestión, realiza el actor al establecer la comparación entre el resultado que va a conseguir (estimado cuantitativamente

en dinero) y lo que tiene al iniciar el acto (con la misma estimación cuantitativa). Claro que dicha operación de cálculo es más o menos racional. El caso óptimo de racionalidad se da en el tipo de cálculo que WEBER llama de capital. El cálculo de capitales, en efecto, es una forma altamente racional de adquisición económica fundada sobre una estimación y control de las probabilidades y resultados lucrativos hecha en virtud de una operación de cálculo que compara entre sí el importe en dinero del conjunto de bienes con que se inicia el acto y el importe de los existentes a su terminación. El elemento racional (cálculo de capital) junto con el fin que el acto persigue (ganancia) integran plenamente el sentido peculiar del acto capitalista.

CONDE se suma, sin reservas a la doctrina de WEBER. En su virtud, caracteriza concretamente el acto mercantil como aquél en que concurren las notas esenciales del acto económico capitalista, considerando como tales precisamente, a las señaladas por WEBER: expectativa de ganancia y cálculo de capital. La concurrencia de ambas notas específicas confiere pues, a un acto económico el sentido mercantil. Y aquí CONDE se extiende a una serie de consideraciones, de marcado sabor sociológico, acerca del significado del término sentado para llegar a la conclusión que específicamente nos interesa de que, adquiriendo los actos humanos (por tanto, también los mercantiles) un sentido objetivo independiente del subjetivo que en ellos puso el actor, como resultado de un complejo fenómeno de objetivación lo decisivo es un acto mercantil. Y lo que permite calificarle de tal no es tanto la intención subjetiva del que lo lleva a cabo (ganancia) como sus efectos objetivos en la realidad económica.

En consecuencia, un acto mercantil será un acto económico que en sus efectos objetivos aparece determinado por una expectativa de ganancia en virtud de un cálculo de capital. Por este camino llega CONDE a esa construcción, un tanto extraña dentro de la técnica general de su sistema, del acto mercantil perfecto (que es el que se acaba de examinar), por contraposición al acto mercantil imperfecto, en mayor o menor grado, en el cual no concurren todas y cada una de las notas singulares de los actos mercantiles típicos. Acto imperfecto cuya existencia justifica diciendo que la realidad mercantil en cuanto realidad histórica (capitalista), no está simplemente integrada por ese tipo de actos, meramente ideal que son los actos perfectos. Añadiendo que el estudio sistemático de este problema llevaría a formular una tipología de actos mercantiles (a la que califica de muy necesaria) en función de su mayor o menor proximidad al acto mercantil perfecto. Este sirve sólo para dar razón del orden económico capitalista considerado como tipo o concepto puro. En la medida que dicho orden camina hacia su madurez, la fuerza de la realidad económica propende necesariamente a convertir todos los actos económicos en mercantiles y a aproximar gradualmente los actos mercantiles imperfectos al tipo puro de acto mercantil perfecto.

A continuación de todas estas afirmaciones hace CONDE el estudio del fenómeno de la Empresa. Tras un breve examen de las diversas teorías en punto a su configuración jurídica, nos expone su posición en orden al problema. Centra la cruz del concepto de Empresa en el término organización. La Empresa es, en efecto, para CONDE una unidad organizada para la realización de actos merca-

tiles, dando al término acto mercantil el sentido riguroso que con anterioridad le ha conferido.

Ahora bien, la cuestión radica en determinar qué se entiende por organización. CONDE no acepta el significado romántico del vocablo, por tanto, su equiparación con el término y la idea por él traducida, de organismo. Por el contrario, a su entender la organización es la unificación consciente que rige el modo y manera de ayudar una pluralidad de acciones. La realidad económica como la política—afirma—no es obra de una gigantesca masa. Su substratum último es siempre un acto humano. El tejido económico como el político es un entramado de actos humanos. La Empresa no es una realidad que esté ahí como un monolito, sino una unidad organizada de actos económicos. Su substratum real es el acto mercantil. La realidad mercantil es una trama infinita de actos mercantiles.

En base a todas estas conclusiones rechaza CONDE el intento de los mercantilistas modernos de trasladar el centro de gravedad de sus construcciones jurídicas desde el acto de comercio al concepto de la Empresa que traería la anómala consecuencia de raer del Derecho mercantil los famosos actos occasioneles aislados o inorgánicos, los actos no profesionales, en suma, que no están adscritos a una Empresa y a través de los cuales, sin embargo, les actualiza en cierta parte, a juicio de CONDE, la realidad mercantil de cada día.

Lo que ocurre es que, dentro de esta realidad, el proceso de maduración capitalista restringe cada vez más el recinto de los actos mercantiles sueltos o aislados en favor de los actos mercantiles organizados en Empresa.

Con esto, ya próximo a la meta de su trabajo CONDE, en lo que bien pudiera considerarse como la postrera fase del mismo, pasa a explicarnos la razón de ser, la justificación última de ese proceso. CONDE la ve, precisamente, en el fenómeno cuya enunciación le ha servido de título para su trabajo: la transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo y por obra y gracia de éste. En efecto, al advenimiento del orden económico capitalista, los postulados básicos del mismo (expectativa de ganancia, cálculo de capital) comenzaron a introducirse gradualmente, en los moldes del Derecho patrimonial civil y a transformarlos insensiblemente al llenarlos de su dinámica propia.

Pues bien; como consecuencia de este proceso de penetración afirma CONDE que el viejo sistema de la contratación civil ha cambiado cualitativamente de sentido, experimentando un movimiento de conversión a virtud del cual, y cada vez en mayor grado, conforme se va consolidando el nuevo orden económico, los actos mercantiles han ido desplazando a los patrimoniales o civiles.

La consecuencia inmediata de este fenómeno se traduce en una progresiva contracción de ámbito de la contratación patrimonial, en razón inversa al aumento correlativo del de la contratación mercantil. Y agrega CONDE en este punto: llegado el capitalismo a plena madurez, el área de la contratación patrimonial queda tan reducida que puede considerarse prácticamente como inexistente. Dentro de una economía capitalista pura no habría margen para actos económicos. Pues bien; en este mismo punto puede considerarse concluido el trabajo de CONDE. En sus palabras finales cuando con riguroso paralelismo CONDE da razón de la afirmación de GARRIGUES que le sirviera de punto de partida para su original inves-

tigación (y en la que en fin de cuentas se consagra la perennidad tradicional de las categorías del Derecho civil en la esfera de lo patrimonial), se pone de manifiesto la cosecha tristemente desesperanzadora de ésta: un Derecho civil en trance de disolución y del que se ignora su recinto más sagrado, la esfera de las relaciones patrimoniales, cuyo sabor, tradicionalmente civilístico es tan fuerte que ni las más avanzadas de entre las doctrinas que postulan el desmembramiento del contenido del Derecho civil clásico se habían atrevido jamás a discutir.

III. Crítica de la posición de CONDE

La lectura del artículo de CONDE deja una gran delectación. Pero, a la vez no se puede ocultar la inquietud que su conclusión nos produce. Al delimitar el contenido del Derecho mercantil sobre la base de la transformación experimentada por el Derecho patrimonial en la época y bajo la influencia del capitalismo dada la rigurosidad con que CONDE configura tal transformación, el acento del trabajo que, incluso en el aspecto meramente cuantitativo, por el número de páginas consagradas al tema, parece recaer preferentemente sobre el problema de la delimitación del contenido del Derecho mercantil se desplaza insensiblemente al de la transformación del Derecho patrimonial, tomada la palabra "transformación" no en su riguroso significado de "cambio" o "mutación" en la forma de "algo", sino en el más dramático de "extinción".

Pero, prescindiendo de este punto de detalle, al que ya hicimos referencia con cierta amplitud en líneas anteriores y sobre el que volveremos de nuevo en el momento oportuno el hecho de que el título encontrado por CONDE para encabezar su trabajo (*La transformación del Derecho patrimonial en la época del Capitalismo*) es revelador en extremo y cuadra perfectamente a la naturaleza del mismo.

Lo que ocurre es que los mercantilistas, obsesionados por esa incursión de CONDE en el terreno de su particular cultivo no han prestado gran atención al problema de Derecho civil que el estudio del ilustre sociólogo plantea y han dirigido sus críticas, de modo casi exclusivo, a la nueva explicación que en él se pretende dar del contenido propio del Derecho mercantil.

Cierto que en un aspecto, y tal vez decisivo, hay que darles la razón. En efecto: los dos problemas (de Derecho civil y de Derecho mercantil) que roza el artículo del Profesor CONDE van tan íntimamente ligados, en relación de antecedente-consecuente, que al dar la solución del primero que se plantea (el de Derecho mercantil) se deduce automáticamente la que se ha de dar al segundo (el de Derecho civil).

En el curso de las consideraciones críticas que siguen a continuación comulgaremos pues, en la general tendencia y, en su virtud, expondremos los argumentos en base a los cuales nos oponemos a la posición de CONDE, en orden al problema del Derecho mercantil pero no sin hacer, como colofón de este estudio crítico, una referencia al problema de Derecho civil, que tan bien se plantea en el trabajo del citado Profesor.

Comenzando por el primero cabe que nos formulemos, desde el primer momento, la siguiente interrogante: ¿Qué se ha propuesto el Profesor CONDE con

su trabajo? Claro que tal interrogante no la formulamos en el significado ingenioso de la expresión, pues entonces no dejaría de ser una pregunta pueril, fácil de responder: lo que el Profesor CONDE se ha propuesto es obrar una nueva delimitación del contenido del Derecho mercantil, se contestaría. Por el contrario, nosotros conferimos a nuestra interrogante un sentido peyorativo, en cuya virtud no tanto se pregunta por los propósitos de CONDE como se afirma que éste no ha conseguido los que se propusiera. Y aquí, precisamente está el "quid" del problema.

A nuestro juicio, el Profesor CONDE ha tenido una forma en extremo original de no conseguir el fin perseguido, pues éste no ha dejado de ser alcanzado por lo erróneo de sus razonamientos como ocurre, lógicamente, en la mayoría de los casos con las doctrinas erróneas, sino por la razón más curiosa, de que el Profesor CONDE no ha conseguido pasar del punto de partida en el curso de su elaboración doctrinal.

En efecto; si, en un principio, la investigación de CONDE parece que va a conducirnos a alguna parte aún ignorada del campo del pensamiento jurídico al concluir su estudio se ve con sorpresa que la parte a que tal investigación nos ha conducido es justamente el punto de partida de la misma, o para expresarnos con más claridad: lo que ocurre es que no hemos conseguido arrancar del punto de partida; antes bien, seguimos inmersos en él. Toda la doctrina de CONDE se reduce a un gigantesco punto de partida. En torno a él se centran y debaten razonamientos y más razonamientos que, en definitiva, siempre revierten atraídos como por una misteriosa fuerza magnética al punto inicial de que partieron. Utilizando un símil geométrico, más bien que con una línea que vendría a ser la representación gráfica de la elaboración doctrinal que condujese a resultado determinado a partir de un cierto punto, la que CONDE opera cabría representarla, simplemente por un punto. En ella en efecto, coinciden y se confunden, en un solo momento, principio y fin, origen y meta del razonamiento; en suma punto de partida y resultado.

Se comienza criticando por ejemplo, la doctrina de la Empresa que proponían los mercantilistas modernos como básica para acotar el contenido del Derecho mercantil y se acaba desembocando en ella, en definitiva, viiniendo así a dar la razón tácitamente, aunque no se reconozca de modo expreso a la doctrina que precisamente se pretende impugnar. Pero llegados a este punto, creemos será más conveniente comprobar la verdad de cuanto llevamos dicho en este apartado en función de un análisis de las concretas consideraciones críticas que la doctrina de CONDE nos sugiere.

En primer lugar, no participamos de la opinión del Profesor CONDE, según la cual el fallo de las doctrinas tradicionales explicativas del contenido del Derecho mercantil (doctrina de los actos de comercio y de la Empresa, si bien CONDE se refiere en el curso de su investigación a ésta de modo especialísimo), se encuentra en el total olvido de la dimensión histórica del problema y de su método propio, pues basta compulsar las afirmaciones de mercantilistas tan caracterizados como los Profesores GARRIGUES, LANGLE y RUBIO para comprobar lo contrario. Veamos su opinión sobre el particular: GARRIGUES, en su reciente *Tratado de Derecho mercantil* (Madrid, 1947) inserta un epígrafe en su primer capítulo:

que reza así: "El Derecho mercantil como categoría histórica". "La afirmación de que el Derecho mercantil positivo constituye una categoría histórica más que dogmática es una de esas pocas verdades que se pueden admitir sin vacilación" (E. LANGLE: *Las directrices fundamentales del Derecho mercantil*, en "Revista de Derecho mercantil", mayo-junio, 1947). "El Derecho mercantil, como toda manifestación del Derecho objetivo y como fenómeno social, es un producto histórico" (Jesús RUBIO, en "Revista de Derecho mercantil", 1947, noviembre-diciembre).

Vemos, pues que los autores citados reconocen el origen histórico de esta disciplina, y si luego no siguen trabajando con esa idea es porque consideran que lo importante es delimitar el contenido del Derecho mercantil y que tiene un interés únicamente secundario el hecho de que esa delimitación tenga su origen en tal o cual fenómeno concreto.

Claro que ese punto de disconformidad con CONDE no tiene valor decisivo comparado con el que ahora vamos a desarrollar, medula de la crítica de que se ha hecho objeto a su artículo y en el que reside el verdadero "talón de Aquiles" de su doctrina.

Nuestra argumentación es la siguiente: Cuando CONDE sostiene que el Derecho mercantil tiene su origen en el capitalismo y que en una economía capitalista pura no habría margen para los actos mercantiles aislados y sí sólo para las Empresas, reconoce indirectamente la caracterización del capitalismo por los actos realizados en masa, aunque así no lo afirme. Y esto, a nuestro entender, es dar la razón, como ya creemos haber dicho en otra ocasión, precisamente a las doctrinas que pretende impugnar. Aparte que cuando CONDE afirma rotundamente el acto mercantil como aquél que reúne las notas específicas del acto capitalista olvida, incurriendo en notoria inconsecuencia en el curso de su pensamiento, que el acto capitalista está muy lejos de ser un acto ocasional. Y es que como dice GARRIGUES, "el comercio como actividad económica es lo contrario del acto ocasional: es el acto repetido en serie orgánica, es la ganancia de una operación como base de otras operaciones, es la masa múltiple y uniforme de los mismos hechos, es la habitualidad, es la profesión" (op. cit., pág. 20). Por ello cuando CONDE critica la caracterización de un acto como mercantil por el simple hecho de su adscripción a una Empresa olvida que, desde su punto de vista, no tendría justificación ni siquiera la existencia de un Derecho mercantil independiente del civil, porque, como ha escrito GARRIGUES de modo definitivo, "justamente porque el tráfico mercantil se caracteriza por la copiosa repetición de los mismos hechos hubo necesidad de articular un Derecho especial, separado del Derecho civil, con normas materiales y jurisdicción propia" (op. cit., pág. 23).

Pero cuando CONDE va a incurrir en su mayor inconsecuencia es, tal vez, cuando en su afán de criticar a los mercantilistas modernos, afirma que "el que con olvido de la naturaleza esencialmente histórica del material que maneja busca criterios absolutos de lógica formal para discernir los actos civiles de los mercantiles es seguro que nunca dará en el blanco". En efecto, analizando detenidamente el trabajo de CONDE se advierte que no tarda en incurrir en el mismo defecto, que con tanta vehemencia critica RUBIO: "Intentar la caracterización del acto mercantil por el afán de lucro o ganancia y el cálculo racional es, en

el fondo, reincidir en el sistema de calificación por las famosas y abominadas notas esenciales que en la mayor parte de los casos y en una u otra forma ya existían en ambos datos, porque muy poco más da saber o no que procedan de un trasfondo capitalista si simplemente van a utilizarse como criterio de deslinde del acto objetivo de comercio" (loc. cit.).

Subrayado el último hecho por nuestra cuenta para resaltar la fuerza que creemos tiene ese argumento de RUBIO, pasemos a ocuparnos, brevemente, de esas dos notas: afán de lucro o ganancia y cálculo racional, a través de las cuales caracteriza CONDE el acto capitalista y, en consecuencia, el acto mercantil. Pero al llegar a este lugar hay que hacer una aclaración: que así como en las fuentes en que CONDE se inspira para sentar su doctrina (SOMBART y WEBER, principalmente) el afán de lucro o ganancia y el cálculo racional se configuran subjetivamente en su pensamiento, lo que permite definir un acto como mercantil o patrimonial (en el sentido de precapitalista que esta palabra tiene para CONDE) no es tanto la intención subjetiva del que lo lleva a cabo como los efectos objetivos en la realidad económica. Y es que CONDE vió acertadamente las dificultades de utilizar como medios calificadores del acto mercantil dos notas subjetivas y, en consecuencia, pretendió esquivarlas. Pero, como en tantos otros casos también en éste acontece que el remedio es peor que la enfermedad, porque, en efecto, ¿cómo calificar "los efectos objetivos" de algo tan subjetivo como expectativa de ganancia y cálculo racional? No tenemos más remedio que considerar que, en la mayoría de los casos, tal calificación será del todo imposible, a menos que no consideremos como indicios objetivos de esos subjetivos términos la realización en masa, la adscripción a una Empresa (nota capitalista básica del acto mercantil y de la que prescinde CONDE), con lo que desembocamos nuevamente y siguiendo lógicamente el hilo de la argumentación de CONDE, en la doctrina que precisamente pretende impugnar. Dicho en otros términos, ya empleados al comienzo de esta crítica: nos encontramos de nuevo, ahora como siempre en el punto de partida.

Hasta aquí el problema del Derecho mercantil. Con referencia al de Derecho civil poco hay que decir. Como ya llevamos observado, su solución viene prejuzgada en la dada al problema del Derecho mercantil. Y ya se comprende que no reconociéndose por nosotros valor de tal a las consideraciones del ilustre sociólogo sobre el particular tampoco compartiremos las que apunta en orden a la transformación del Derecho patrimonial por obra y gracia del capitalismo. Porque bien que como resultado del choque con un orden económico por completo nuevo el Derecho patrimonial se haya transformado. Pero esta transformación viene referida precisamente, al fenómeno "Empresa" y se opera en el sentido de que aquellos actos que se repiten profesionalmente en serie orgánica, y ejemplo de cuya mejor forma de realización es la Empresa, no pueden configurarse ya como civiles por ser indiscutiblemente de naturaleza mercantil.

Otra cosa sería afirmar, como lo hace el Profesor CONDE que también el acto aislado en que se reúnen esas dos notas típicamente capitalistas del afán de lucro o ganancia y el cálculo racional (acto capitalista o mercantil puro, perfecto) o simplemente una de ellas (acto capitalista o mercantil imperfecto) ha dejado de ser acto civil para convertirse en acto mercantil. Invocando una vez

más al ilustre maestro GARRIGUES podemos repetir con él que "el acto aislado, es decir, desconectado de la serie profesional a que pertenece es imposible diferenciarlo de los actos regidos por el Derecho civil... Es un contrasentido histórico que el Derecho mercantil, nacido para satisfacer las exigencias del tráfico en masa, sea hoy un Derecho regulador de actos aislados" (op. cit., pág. 23, tomo y vol. cits.).

No creemos que haya pues, razón para inquietarse por el porvenir del Derecho patrimonial tradicional. En esta como en tantas otras ocasiones los intentos doctrinales de disolución del Derecho civil clásico están abocados al fracaso. La doctrina del Profesor CONDE es un ejemplo palpable de ello. Ninguna aportación decisiva representa el acerbo de los problemas tratados de índole civilista o mercantilista. Donde hay que ir a buscar el verdadero, el auténtico valor del artículo de CONDE es, ya dentro del campo de su especialidad, en las magníficas construcciones sociológicas que nos prodiga en el curso del mismo, y de las que destaca, como insuperable aquella de que hace objeto al fenómeno de la Empresa.

2. El Registro de la Propiedad español (*)

Separata de la Revista «Crítica de Derecho Inmobiliario», por Rafael Núñez Lagos
(251, 1949, págs. 217-257)

Con indudable acierto comienza Rafael Núñez Lagos su trabajo relacionando el Registro de la Propiedad con el Notariado.

Tratándose de España no podía ser de otra manera. La característica principal de nuestro sistema, desde el punto de vista de ordenación total de la vida jurídico privada, consiste en utilizar al máximo y perfectamente combinadas esas dos grandes instituciones que en lugar de excluirse se prestan mutuo apoyo para conseguir la seguridad jurídica.

Así, en efecto, puede decirse por el autor que ello "no nos ha reportado quebranto alguno. Antes al contrario, ha robustecido el prestigio del Notariado español y ha logrado gran parte de los efectos del Registro inmobiliario alemán y suizo, dentro de un Código civil completamente latino y en buena parte napoleónico. Y es más, ha resistido victoriósamente los simplismos doctrinarios del Acta o sistema Torrens".

Hace después historia de nuestra legislación inmobiliaria, señalando con fina agudeza cómo la denominación de ley hipotecaria en desacuerdo parcial con su contenido institucional, fué "un problema de táctica política para no despertar recelos que hubiera hecho sospechar una revolución total en la regulación de ese derecho". Cuida mucho Núñez Lagos en este punto, como a lo largo de todo su trabajo, de resaltar la personalidad de nuestro sistema hipotecario, sin perjuicio

(*) Hacemos estas observaciones críticas con la salvedad de que la separata "El Registro de la Propiedad español" es extracto de un libro que el autor tiene en preparación sobre "Legitimación y reivindicación en el Registro de la Propiedad". Esto da a nuestra nota crítica un carácter provisional y relativo.

de acusar las provechosas influencias que recibió de los extranjeros. En efecto, dice: "presididos por Cortina, los autores de la ley fueron un romanista—Gómez de la Serna—y un historiador—Cárdenas—. Acaso aquí reside el éxito de un sistema germánico en suelo latino: hubo un tupido filtro a través de un fuerte espíritu tradicional"; y más abajo: "nuestro sistema, si un día fué un inmigrante alemán, hoy es ya completamente español. Las hojas de morera germánica son ya rica seda española". Ya en este lugar llama la atención sobre una influencia a que tal vez se haya atendido poco por la doctrina: la influencia de la ley belga en Gómez de la Serna de la que más adelante obtendrá interesantes consecuencias.

Después de este breve bosquejo histórico, entra en el examen de las bases fundamentales de nuestro Registro. El Registro se lleva por fincas, actuando un riguroso principio de especialidad. Es un Registro de títulos. Aquí comienza a advertirse uno de los más valiosos méritos del trabajo de Núñez Lagos: su aportación de datos históricos interesantísimos, a través de los cuales puede hacer de una manera profunda y total el enfoque de los problemas. Así en cuanto al origen del folio real, y con él, del mismo Registro de la Propiedad. "En las ciudades nórdicas alemanas el avance de la técnica contable había producido el "folio real". No sólo a las personas, sino a las cosas se les abría una cuenta. Las municipalidades modernizaron sus libros. Se desembocó así en el sistema del folio real. En España, singularmente en Cataluña, empezó a llevarse el protocolo notarial, con clasificaciones parecidas a la de las ciudades alemanas. Los Reyes Católicos salieron al encuentro de esta tendencia imponiendo el orden cronológico a los protocolos notariales. Tal vez se frustró así una evolución que hubiera producido como en la Alemania del Norte, de modo espontáneo, el Registro de la Propiedad."

A propósito de los Registros de Derechos hace una completa y magnífica clasificación de los Registros en Registros de hechos, de los que son una variante los Registros de documentos y Registros de Actos y Contratos, que tienen como variante los Registros de títulos, a todos los cuales hay que añadir el Registro de Derechos. A través de una clara exposición de la dogmática alemana, explica cómo allí el Registro es de derechos, porque en el B. G. B. se ha conseguido "el aislamiento, independencia y abstracción de un elemento: el derecho, subjetivo de naturaleza real", mientras que en España "rige la teoría del título y el modo y el derecho real nace y vive mezclado o en dependencia con las obligaciones", "el derecho real en la ley será lingote de oro, pero no moneda. El título es crisol y troquel. La diferencia entre el Registro español y el del B. G. B. está en eso: el Registro español es un Registro de lingotes; el alemán, un Registro de monedas acuñadas por el Estado". Así, pues, el Registro español lo es de títulos, y esto explica que tenga que actuar el principio de legalidad. Este supone en efecto, "que el acto debe llegar al Registro completo y perfecto". Y que "no es posible, técnicamente, documento, acto, contrato o asiento del Registro de naturaleza constitutiva sin consentimiento en el instante final". Niega aquí Núñez Lagos el carácter constitutivo, en todo caso, de la inscripción en nuestro derecho, puesto que no actúa nunca el principio de consentimiento. Creemos que se parte de una opinión preconcebida sobre la significación de la palabra "constitutiva". La opinión es la que acabamos de reseñar. Sin em-

bargo, constitutivo es aquello sin lo cual una cosa no sería tal. Pues bien, si el legislador dice expresamente que no hay hipoteca sin inscripción, es que la inscripción es constitutiva de la hipoteca como tal derecho real. Y es que toda realidad jurídica tiene dos vertientes: una individual y otra social. En aquella está el consentimiento, allí actúa la voluntad, pero en la otra actúa el legislador, y a veces su actuación es tan fuerte que exige cumplir un requisito para que nazca un derecho. Ambas vertientes son igualmente constitutivas. No vemos por qué la palabra constitutiva ha de vincularse a la prestación de consentimiento. Hecha esta crítica, no admitimos tampoco las afirmaciones reseñadas a propósito del principio de legalidad.

EL REGISTRO DE LA PRIORIDAD

Empieza Núñez Lagos al hablar de la prioridad, la exposición de su tesis fundamental de investigador, pues es tal la donosura y habilidad de su estilo, que en esta conferencia de Buenos Aires consiguió hacer una obra de divulgación casi, para exponer nuestro sistema hipotecario, y, al mismo tiempo, una obra de aportación a nuestra doctrina hipotecaria con ideas nuevas, extraordinariamente fecundas. Volvemos a insistir en una idea ya expuesta: que su gran mérito y su gran método de investigación ha sido hacer historia de los principales preceptos de nuestra Ley. Ahora bien, tal vez esté ahí, también, su defecto. Nos parece que ha exagerado la importancia del elemento histórico, olvidándose en parte de los demás. Ya iremos viendo las consecuencias de este hecho.

Después de trazar la historia de la prioridad, examina su virtualidad en el sistema español, en el cual, a través del folio real se produce en el Registro una genealogía de títulos, cada uno de los cuales origina en el Registro un asiento y fuera del Registro una preclusión o una jerarquía, por el simple acto de inscripción, y una genealogía de titulares o sea, el trato sucesivo, y como quiera que éste, engendra un asiento, por emanación del anterior, y el consentimiento del titular inscrito es la base del asiento inmediato siguiente, se pasa del trato al principio de legitimación y de éste a la fe pública. Así enlaza Núñez Lagos todos estos principios de manera distinta a como lo hace Sanz, para quien el trato es un corolario de la legitimación y a través de él se llega a la fe pública. Sin embargo tal vez no sea más que una diferencia puramente expositiva. La concepción de estos principios creemos que es la misma en ambos autores.

EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Otra etapa de su camino es la exposición del principio de publicidad, de la que hay que destacar la cita de Hedemann sobre el papel que sucesivamente han desempeñado los libros de publicidad recordando, probando, declarando y constituyendo. En esta última etapa se llega al *Grundbuchsystem* (sistema del libro Registro), orientado cara al transmitente. La orientación hacia el adquirente adviene más tarde por el principio de publicidad, y tenemos así contrapuestos el *Grundbuchsystem* (*Eintragungsprinzip* o principio de inscripción) y

el Drittewirkung o de publicidad. "aquéll pertenece a la esfera del ser, éste a la del valer".

Dentro del principio de publicidad distingue dos sistemas, el del Registro pignoraticio (o Pfandbuchsystem) o hipotecario, en sentido estricto, y el de protección a tercero inscrito o Drittewirkung, en sentido estricto también.

En torno al principio de prioridad se origina un concepto de tercero, al que llama tercero documental, externo y peritabular, que es distinto del tercero del artículo 34 por la relación jurídica determinante por la conexión transversal o bien y por el sujeto determinado.

Además, no tiene requisitos habilitantes, como el del artículo 34; le basta haber inscrito. La construcción de es a figura de tercero es central en la tesis de Núñez Lagos, y puede considerarse como una de sus más interesantes aportaciones. Se vuelve a poner sobre el tapete la vieja cuestión de la unidad o pluralidad de conceptos de tercero (1).

Desde luego, estimamos que la construcción de Núñez Lagos es acertada y muy útil, como veremos para una mejor inteligencia del artículo 32 y de otros de la Ley.

Este sistema pignoraticio o de prioridad, aunque se estime superado por el de publicidad, ejerció gran influencia y está latente aún en muchos ordenamientos hipotecarios porque "no se llegó nunca a una síntesis perfecta, sino a una yuxtaposición de sistemas".

En el sistema hipotecario español hay superpuestos tres tipos de eficacia:

1.º Inmunidad frente a acciones confesorias e hipotecarias, no inscritas, procedentes de títulos sujetos a inscripción: artículo 32.

2.º Inmunidad en cuanto a las nacidas sin título, por la ley o por usucapión: artículo 13.

3.º Inmunidad frente a las reivindicatorias, revocatorias o resolutorias que no consten en el Registro: artículo 34, en relación con el 36.

Esta idea, combinada con la concepción del tercero, ya apuntada, para el caso del artículo 32 y del 13, es decir, como simple inscribiente y, sobre todo, *sin necesidad de buena fe*, constituye la tesis fundamental de Núñez Lagos, que viene a distinguir dos sistemas de protección hipotecaria de terceros: el de los artículos 13 y 32 y el del artículo 34, frente a la doctrina clásica que integraba esos artículos en un solo sistema, alegando que recogían los aspectos negativo y positivo de la fe pública.

Así, Roca dice que "aunque el artículo 32 hable solamente de tercero a secas, hay que entender que es tercer adquiriente que reúna las cuatro circunstancias que el artículo 34 establece" (2).

"Estos artículos 34 y 32 consagran fundamentalmente en nuestro sistema el principio de fe pública registral. El artículo 34 afirma la presunción o función jurídica del Registro exacto. El artículo 32, en cambio, sienta la presunción o función jurídica del Registro íntegro (3).

(1) Un resumen de las posiciones doctrinales en torno a ella puede verse en SANZ, *Comentarios*, pág. 241.

(2) *Instituciones*. T. I., pág. 350.

(3) Ob. cit., pág. 352.

O bien consideraban que el artículo 32 era inútil repetición del 606 del Código civil y estaba comprendido, por otra parte, en el artículo 34 (4).

Frente a esta posición, el mérito indiscutible de Núñez Lagos es haber iluminado, con sus apreciaciones históricas, el ámbito del artículo 32 para hacer ver que no responde al mismo juego del artículo 34, sino que recoge para nuestro sistema—y por ello debemos felicitarnos—las ventajas de los sistemas de prioridad, de transcripción. Muy interesante también es ver cómo relaciona ese principio con el de fe pública, a través del artículo 33, diciendo, citando a Pou, que era preciso evitar que la protección del artículo 32 se extendiese a los títulos ilegítimos, por lo cual se introdujo el artículo 33, pero como entonces quedaba la propiedad sin garantías, hubo que *limitar la limitación* con el artículo 34.

Expuesta la tesis de Núñez Lagos, veamos ahora hasta qué punto es admisible.

Estamos de acuerdo en que representa un sistema distinto del artículo 34, tanto por el argumento histórico, que tan magistralmente expone Núñez Lagos, como por el lógico de que está comprendido el artículo 32—con el sentido que se le quiere dar—in el artículo 34, según la tesis de Sanz y Roca. El hecho mismo de figurar antepuesto al 34 ya pone en guardia para presumir que el tercero a que se refiere es distinto del otro cuyos requisitos enumera aquel artículo. Hay que tener en cuenta, por otra parte el sistema del artículo 1.473 del Código civil, construido según los cánones de la prioridad para resolver la preferencia entre causahabientes del mismo titular.

Indudablemente, pues, hay que admitir que el artículo 32 responde a un sistema distinto del artículo 34, pero este nuevo sistema de protección de terceros, puesto de relieve genialmente por Núñez Lagos, no creemos que haya de limitarse a las acciones confesorias e hipotecarias, derivadas de títulos o hechos no inscritos, sino que tiene una vigencia general relativa a todo caso de preferencia entre dos títulos, ya sean de constitución de hipoteca o servidumbre o de transmisión de dominio, como ocurrirá en el caso de la doble venta. A lo largo del trabajo que comentamos ya parece resultar, sin embargo, que la doble venta se incluye en la actuación del principio de prioridad, como es lógico, pero no queda suficientemente claro, y hubiéramos deseado que el autor se hubiese planteado francamente el problema de la doble venta en relación con el juego del artículo 32. Tal vez sea ello consecuencia de utilizar con exceso el elemento histórico. Evidentemente el Registro se creó con vistas a acabar con las cargas ocultas del dominio, para lo cual se utilizó el sistema de la prioridad, que era suficiente para conseguirlo, pero más tarde se aplicó el mismo principio al caso de doble venta, entre otras razones, porque se hacía lo mismo en el derecho francés, según vamos a ver en seguida. Y es que los intereses a proteger son idénticos, tratándose del dominio, frente a un censo no inscrito, o del dominio frente a otro dominio no inscrito, si bien en el primer caso chocará contra el Registro una acción confesoria, y en el segundo, una reivindicatoria. Así, pues, el párrafo segundo del artículo 1.473 hay que conjugarlo con el artículo 32, tal como ha sido visto por Núñez Lagos.

(4) Ver SANZ, obra cit., pág. 262; *Instituciones*, pág. 412.
ROAN, con referencia al art. 13, *Texto refundido de la L. H. R. D. P.*, 1946, pág. 646,
y al art. 32, pág. 651.

En otro sentido, LA RICA, *Comentarios*, pág. 25.

Hecha esta aclaración, pasemos a examinar los fundamentos de la tesis aludida y, sobre todo, analicemos en relación con ella, el valor del requisito de la buena fe, que según la doctrina tradicional es indispensable para la protección hipotecaria de terceros.

Evidentemente la regla 32 era y sigue siendo "la base del sistema". Si éste se creó para dar publicidad a los títulos, lo primero a declarar por el legislador era la preferencia de lo inscrito sobre lo no inscrito. Sin embargo, esta preferencia en unos casos tiene un fundamento institucional, mientras que en otros se trata de una medida más bien de política legislativa. Es decir, en unos casos la preferencia se produce por necesidad y en otros por utilidad. Así con referencia a los derechos reales sin visibilidad posesoria, que fueron los que provocaron la necesidad del Registro en nuestra patria (5), este es el medio de publicidad, de modo que respecto de ellos puede afirmarse que la inscripción es necesaria para que surtan efecto *erga omnes*. Aunque no lo declare el Código más que con relación a la hipoteca, hay que generalizar esta solución porque el supuesto es el mismo. En este sentido dice Angel Sanz (6) que "tratándose de derechos reales que no lleven consigo la posesión, como ocurre especialmente con la hipoteca, no es aplicable el artículo 609, y entonces juega exclusivamente la Ley Hipotecaria", y Diego Espín se pregunta si se requiere la tradición para la adquisición por contrato de todos los derechos reales—y añade—, "así parece deducirse del texto del artículo 609, párrafo segundo, interpretado en sentido afirmativo por la jurisprudencia. La doctrina no ha dedicado gran atención a este problema, que sepamos. Recientemente, el profesor Ossorio Morales, al comentar la S. de 26 de febrero de 1942, afirma que, 'no obstante los términos generales en que el artículo 609 está redactado, el principio de la tradición no tiene una validez general aplicable a todos los derechos reales'" (7). Ahora bien, si según ese artículo no basta jamás el contrato y, por otra parte, tratándose de esos derechos reales no cabe la tradición, ¿por qué no concluir, en vista del ejemplo de la hipoteca, y dado el valor publicitario de la inscripción que esos derechos reales, al menos "para los efectos de la seguridad de un tercero", se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la inscripción? Corrobora esta tesis la jurisprudencia del T. S., citada por el propio Núñez Lagos, que exige para que el titular no tenga buena fe, no el simple conocimiento, sino el asentimiento (8). Si fueran verdaderos derechos reales sin inscripción, bastaría su conocimiento, como ocurre en los demás casos, porque ello implicaría conocer una inexactitud registral (art. 39 de la Ley). Así, pues, el conocimiento del título por el tercero del artículo 32 no supondrá, con relación a esos derechos reales, mala fe en ningún caso, lo mismo si se admite que para ellos la inscripción es constitutiva que si se sigue la orientación del Tribunal Supremo. Por tanto, será imposible que el tercero del artículo 32 tenga mala fe hipotecaria respecto de los derechos reales no inscritos que carezcan de

(5) Ver la Exposición de Motivos de la primitiva Ley.

(6) SANZ, *Un aspecto de la fe pública*, Rv. D. Pdo., 1945, pág. 228.

(7) ESPÍN, *La transmisión de los derechos reales*, R. D. Privado, 1945, pág. 335.

(8) SS. de 23-3-906, 23-9-897, 28-6-897, 29 y 30-9-897, 13-5-903, 24-IX-915, citadas en *El Registro de la Propiedad español*, pág. 48.

visibilidad posesoria (9). Pero con esta exposición hemos entrado ya en el problema de la buena fe y el artículo 32.

Después de la última Ley hipotecaria se puede construir perfectamente un concepto legal de buena fe hipotecaria. Dice el párrafo segundo del artículo 34 que "la buena fe se presume mientras no se pruebe que (el tercero) conocía la inexactitud del Registro". El artículo 39 expresa que se entiende por inexactitud registral todo desacuerdo que en orden a los derechos reales inscribibles exista en el Registro y la realidad jurídica extraregistral. Pero el concepto de buena fe, que claramente se desprende de estos dos artículos, debe matizarse atendiendo a nuestro total ordenamiento jurídico-privado, y en este sentido podemos aceptar la construcción de Vallet de Goytisolo que la define como "creencia fundada en la inscripción a favor del transferente, y no contradicha por la posesión de otro en concepto de dueño, de que aquél es el titular real y puede disponer de su derecho".

Núñez Lagos, como hemos dejado dicho, no exige buena fe al tercero del artículo 32, tal como él lo concibe. Esta posición parece muy difícil de mantener en nuestro sistema. Aun reconociendo que es un tercero distinto del del artículo 34, no creemos que se le pueda dispensar de la buena fe en general. En contra, podríamos citar a toda la doctrina, aunque se nos objetaría que ello es consecuencia de la concepción que ésta tiene del artículo 32 como parte del sistema del 34. Hemos, pues, de tratar la cuestión en el terreno nuevo que ha descubierto Núñez Lagos. Dentro de la dogmática de su construcción, ciertamente nos explicamos que rechace la necesidad de la buena fe. Esta supone inexactitud registral, y como quiera que la protección del 32 no se apoya en el contenido anterior del Registro, sino en la inscripción a posteriori, no cabe el juego de un conocimiento de la inexactitud registral, aunque exista en la realidad. Es más, ni siquiera admite la mala fe como *fraudulencia*. En efecto, dice que los redactores de la Ley hipotecaria de 1861 no reprodujeron las palabras del artículo 1.^o de la Ley belga de 1851, que exigían al tercero haber contratado *sin fraude*; siguieron en cambio, el primitivo proyecto que las silenciaba y la opinión de Marou que se opuso a su inclusión.

Ahora bien, ¿debemos admitir esta solución tan radical? Creemos que no hay base alguna para ello, como no sea la puramente histórica ya citada, la cual, por otra parte, es muy discutible. Se ha visto, en efecto, cómo la Ley belga recogió al fin las palabras *sin fraude*, y Roca, con referencia a las primitivas leyes hipotecarias españolas, dice (10): "Con todo, en la Ley de 1861, así como en la de 1909, no existía un precepto que de un modo franco y global proclamara la necesidad del requisito de la buena fe para la protección registral. Por eso nuestros primeros tratadistas se producían haciendo caso omiso de tal requisito, entendido en su sentido técnico hipotecario, aludiendo sólo a la ausencia de *buenafé de tipo doloso*, o sea, a la adquisición verificada con *confabulación o fraudulencia*."

Pero independientemente de las razones históricas, que nunca bastan por sí solas, hay que defender el juego de esta clase de mala fe en el sistema de ar-

(9) Esta solución es, por lo demás, la tradicional señalada por el propio N. Lagos en su magnífica exposición de la historia del requisito de la buena fe.

(10) *Instituciones*, T. I., pág. 454.

título 32. Es indudable que tal como lo interpreta Núñez Lagos, responde al sistema francés de transcripción. Pues bien, en éste, que niega la necesidad de la buena fe en todo caso, se admite, sin embargo, el juego del fraude. Veamos como Planiol trata el problema de la buena fe (11). "La buena fe no puede ser exigida al tercero que opone el defecto de transcripción; su derecho queda igual si ha tenido o no conocimiento de la enajenación anteriormente consentida. Es, en efecto, regla general que todo sistema de publicidad es rigurosamente independiente de la buena o de la mala fe de los terceros. Otra cosa es, sin embargo, que el segundo adquirente se haya entendido fraudulentamente con el vendedor para despojar al primer comprador. En este caso, el artículo 3.º, que de no recibir aplicación, en virtud del principio *fraus omnia corrumpit*" (12). El propio González Palomino, creador de la "teoría del burladero" tan relacionada con la tesis de Núñez Lagos, parece admitir en general este juego del fraude, cuando dice que "la buena fe que el Registro debe exigir es lisa y llanamente una buena fe de tráfico, una falta de intención dolosa, una carencia de ánimo fraudulento" (13).

A la vista de estos argumentos, sobre todo del ejemplo del sistema francés, debe ser rechazada tal vez la extrema postura de Núñez Lagos. El Registro, creado para "poner límites a la mala fe", no puede ser un instrumento al servicio del fraude. Todo esto sin perjuicio además, de que el fraude está incluido en el supuesto de mala fe normal, y vamos a pasar a defender la aplicación al sistema del artículo 32 del requisito de buena fe en tesis general.

El requisito de la buena fe tiene una aplicación general. No basta citar el ejemplo belga o el francés para desvirtuarlo. Nuestro sistema se apartó de aquellos en bases fundamentales, y ello determinó irremediables consecuencias. Con el juego de los principios de legitimación, trato y fe pública se produce la necesidad de que actúe aquél requisito para proteger a terceros. Podríamos citar aquí las precisas palabras de Sanz: "el juego de la buena fe está íntimamente ligado con la idea de publicidad. El adquirente no está obligado a acudir a más fuente de información que al Registro, que es el medio de que el estado real de la finca llegue a su conocimiento; pero si éste le llega por cualquier otro medio, aquellos derechos y acciones de carácter real surten efectos contra él" (14). Aparte de las razones de orden lógico, existen razones de orden histórico y positivo para abonar esta tesis. Sabido es que la Ley de 1861 no recogió el requisito de la buena fe, ni aun con referencia al artículo 34, pero que fué tenido en cuenta se deduce de la Exposición de Motivos, expresiva de que "en el sistema de la Comisión no cabe fijar un término dentro del cual se lleven al Registro los títulos que para ser eficaces contra tercero necesitan la inscripción. En el interés del que adquiere un derecho está la adopción de las medidas necesarias para que no sea ilusorio: al que se descuida le debe perjudicar su negligencia, pero sólo cuando ésta haya *inducido a otro por error* a contraer acerca de la

(11) Agrega PLANIOL que "el entendimiento fraudulento podrá ser establecido por todos los medios de prueba. Es preciso, desde luego, observar que casi siempre, cuando el segundo adquirente conoció la primera venta, la complicidad con el vendedor se sigue necesariamente, hecha salvedad de la hipótesis en que la segunda sea hecha de buena fe por los herederos del vendedor muerto. Locus cit.

(12) *Traité*, T. III, pág. 631.

(13) Citado por Roca en sus *Instituciones*, T. I, pág. 452.

(14) *Comentarios*, pág. 245.

misma cosa que dejó de inscribirse oportunamente" (15). ¿Cabe una alusión más clara a la buena fe? Sabido es asimismo que, como ha señalado Roca, el texto de la Ley ofrecía bases para contruir con la jurisprudencia el requisito, como efectivamente se hizo. La exigencia de este requisito con referencia al párrafo segundo del artículo 1.473 (16) significa que debemos tenerlo en cuenta en el sistema del artículo 32.

Sin embargo, esta necesidad de la buena fe para la protección del tercero que se aprovecha del "burladero" o "asilo" del Registro, la concebimos como una regla general, que tiene una excepción importante, respecto de la cual regirá en toda su pureza la concepción de Núñez Lagos. Nos referimos al caso de que el primer adquirente que descuidó la inscripción no haya consumado la adquisición más que por tradición instrumental o cualquier otra forma de tradición que no sea la de la posesión material en concepto de dueño o titular del derecho real de que se trate. En este caso, habrá adquirido el derecho real (art. 600 del Código civil) y, por tanto, el conocimiento del título por el que inscribió supone, con arreglo a aquel concepto técnico de buena fe que dejamos sentado, conocimiento de la inexactitud registral. No obstante, admitimos que en este caso tal conocimiento sea irrelevante. Esta solución encuentra fundamentos en el derecho francés. En éste, el efecto de trascendencia real se produce por el mero consentimiento (1.138 del Code N.), y, sin embargo, veamos lo que dice Planiol, "el principio expresado en el artículo 1.138 del Código francés lleva como inconveniente la clandestinidad de las transmisiones. Pero dicho principio se encuentra enormemente limitado por dos instituciones que actúan la publicidad, una en los muebles, otra en los inmuebles. La limitación en materia de inmuebles tiene lugar en virtud de la publicidad inmobiliaria. El principio de transmisión *solo consensu* no sufre una derogación, subsiste, pero su aplicación no es absoluta, sino parcial, pues hay ciertas personas especialmente protegidas por la Ley de 1855 que tienen derecho a desconocer la venta que no ha sido hecha pública y respecto de las cuales en vendedor no ha cesado de ser propietario" (17). He aquí cómo este sistema se relaciona con el principio de transmisión *solo consensu*. Veamos esta relación más claramente expresada en otro lugar por el mismo Planiol (18): "La transferencia convencional de la propiedad inmobiliaria no puede ser mantenida, so pena de abocar a los peores inconvenientes, si no es reforzada con un sistema de publicidad destinado a llevar al conocimiento de terceros los cambios de propiedad y la constitución de los derechos reales inmobiliarios."

En el derecho español no se adoptó el sistema de transmisión sólo *consensu*, pero se llegó al mismo resultado al admitir las formas espiritualizadas de tradición, y casi podemos decir que la admisión en el artículo 1.462 del Código civil de la tradición instrumental, tan facilitada, equivale a la proclamación de aquel

(15) En este mismo sentido, Roca cita las siguientes palabras de la E. de Ms.: "quien tenga derechos que haya descuidado inscribir no debe perjudicar por una falta que a él solo es imputable al que sin haberla cometido, ni podido conocer, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe. Roca, *Instiuciones*, I, página 354.

(16) Hay que señalar que esta exigencia no ha sido bien recibida por todos los autores.

(17) Citado por ESPÍN en *La transmisión de los derechos reales*. R. D. Pdo., 1945, página 355.

(18) *Traité*, T. III, pág. 604.

principio, si bien—y aquí está la diferencia—no con carácter general (19). Lo interesante es que en derecho español existen una serie de formas de tradición que no llevan consigo publicidad ninguna (20) y, por tanto, a estos supuestos son aplicables las consideraciones de Planiol y las soluciones del derecho francés. Otro fundamento lo podemos encontrar en las palabras mismas del artículo 32, que habla de que los *títulos no perjudicarán*, o sea, que los títulos, por sí solos, no tienen nunca virtualidad para perjudicar a tercero, porque no llevan consigo publicidad. Esta es consiguiente al otorgamiento y consistirá en la posesión o en la inscripción, en cuyo caso lo que perjudicará será el título más la posesión o el título más la inscripción, o sea, el título más la publicidad.

Finalmente, podemos fundar nuestra posición en la consideración misma del principio de la ocasión, base del sistema del artículo 32. Se dice que el que no inscribe debe quedar perjudicado porque da ocasión con su negligencia a que otro inscriba. Hay, pues, una negligencia frente a una actuación diligente y como ésta, además, interesa a la comunidad, el legislador la protege para favorecer la institución del Registro (medida ésta más que de justicia, de política legislativa, en un sistema de inscripción voluntaria como el nuestro). Ahora bien, el que toma posesión de la cosa—no digamos nada del que inscribe—ya lleva a cabo una actuación diligente con valor publicitario (21) e incluso, según algunos, con un valor superior al de la inscripción (22). Por lo tanto, cuando haya tenido lugar una tradición de este tipo el que ha inscrito no tiene “derecho” a desconocer la inexactitud registral. Precisemos, finalmente, que aceptamos la posición de Vallet de Goytisolo en cuanto a la diligencia exigible al que haya de tener buena fe (23). Con las limitaciones que resultan de lo expuesto, creemos que es aceptable la tesis de Núñez Lagos. La utilidad del artículo 32 será, a pesar de todo, enorme. Servirá para determinar preferencias entre causahabientes de la misma persona, preferencias a las que es ajeno el artículo 34, cualquiera que sea la extensión que se le den a sus términos.

El supuesto de doble venta mismo no puede explicarse más que por este sistema, y sería muy interesante estudiarlo a fondo teniéndolo en cuenta.

Así, pues, fijando lo que de una manera, un tanto deslavazada, hemos venido exponiendo resultará que la protección del artículo 32 estará condicionada por el requisito de la buena fe en estos términos:

- 1.^o La existencia de fraude excluirá en todo caso la protección.
- 2.^o Para el caso de que no haya fraude, el conocimiento del título anterior,

(19) Puede verse la influencia francesa en el art. 1.62, en la exposición de cómo se llegó al sistema del solo consenso en Francia, que hace ESPÍN, ob. citada, pág. 352.

(20) “La tradición es una institución que a través de la historia del Derecho ha cabalgado y sigue cabalgando a dos vertientes. Pues dos han sido y son sus funciones: dar efectividad a la transmisión y darle publicidad.” Conviene tener en cuenta estas palabras de VALLET DE GOYTISOLLO en R. D. Pdo., 1947, pág. 942.

(21) Junto a la publicidad formal del Registro existe la publicidad física de la posesión. Ha dicho NÚÑEZ LAGOS (*Realidad y Registro*, pág. 13): “La dogmática de la conferencia de Porciolés, reflejada en la nueva Ley (art. 36), supone conceder herigerancia a la posesión física y efectiva como sistema de publicidad del documento distinto del Registro. Esta publicidad de la posesión no se basa en una simple deducción dogmática. Tiene, a nuestro parecer, una forma base en el art. 448 del C. civil.”

VALLET DE GOYTISOLLO, *La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública*, L. cit., pág. 937.

(22) Véase a este respecto, en ese mismo artículo, lo que dice VALLET DE G., página 942.

(23) L. cit., pág. 949.

unido al conocimiento de la posesión de otro en concepto de dueño, excluirá también la protección.

3.^º Tratándose de derechos reales, sin visibilidad posesoria, el fraude para adquirirlos o el asentimiento después de la adquisición excluirá la protección.

4.^º En los demás casos, el tercero del artículo 32 será protegido simplemente por el hecho de haber inscrito.

Expuesta la tesis central de Núñez Lagos y hecha su crítica, sólo nos resta concluir afirmando que su obra tiene un interés extraordinario para la comprensión del mecanismo de protección de terceros de nuestra Ley hipotecaria y que como tal, a pesar de su reducida extensión viene a constituir una aportación fundamental en la ya rica doctrina hipotecaria española.

Alberto BALLARIN

*Notario. Letrado de la Dirección General
de los Registros y del Notariado.*

V. ACTUALIDAD JURÍDICA ARGENTINA

Por el Profesor Lisardo NOVILLO

Crónica de las actividades en la Facultad de Derecho y C. Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba en el año 1948

La Facultad, representada por sus profesores especializados, ha participado en el Congreso de Derecho Procesal, realizado en Salta en el mes de septiembre, y de Derecho Comparado, en Montevideo, reunidos en el mes de noviembre, en el cual han estado representadas todas las naciones latinas americanas.

La Delegación que concurrió a Salta, formada por los profesores de Derecho Procesal doctores Ernesto S. Peña, Luis Juárez Echegaray, Alfredo Vélez Mariconde, Jorge Clariá Olmedo, Narciso Rey Nores e Isidro Somaré, estos dos últimos profesores de Legislación del Trabajo, estuvo presidida por el Decano de la Facultad, Dr. Lisardo Novillo Saravia, quien fué designado Vicepresidente honorario y designado para hacer uso de la palabra en los actos de propaganda del Congreso, y cuya presentación hizo el Presidente del Congreso, profesor Hugo Alsina. Es satisfactorio hacer constar que en los debates y en las conclusiones intervinieron con eficacia los delegados de esta Facultad. En este Congreso, invitado por las autoridades encargadas de la organización, el Dr. José Zeballos Cristobo tuvo importante participación en esos trabajos.

El Dr. Ernesto Cordeiro Alvarez llevó al Congreso Internacional de Montevideo la representación de esta Facultad. El Decano de la Facultad de Derecho de la capital uruguaya hizo llegar a esta Facultad sus felicitaciones por la actuación del Dr. Cordeiro Alvarez.

LA CÁTEDRA ESPAÑA

Por la vinculación con la Madre Patria, especialmente fomentada por el señor Presidente de la República, que ha determinado, con visión de estadista, una corriente hispánica que defina y robustezca nuestro ser histórico, el Decano, Dr. Novillo Saravia, proyectó la creación de la "Cátedra España", que tuvo una brillante inauguración con motivo de la conferencia sobre el Quijote que dió el poeta y pensador D. José M. Pemán, a quien presentó el señor Decano.

Posteriormente la han ocupado, con gran éxito, publicistas españoles de renombre, como D. Camilo García Trelles, el Dr. Alfonso García Gallo y el polígrafo Dr. Laín Entralgo, quienes disertaron ilustrando cuestiones históricas, filosóficas, literarias, etc. Esas conferencias, así por los asuntos tratados como por el prestigio de los huéspedes, han sido muy provechosas por las vinculaciones que ha determinado el contacto de aquellos profesores con los nuestros y por la inquietud intelectual e interés que despertaron dentro de la Facultad y fuera de ella.

OTROS CONFERENCIA NTES

La Facultad recibió también la visita de otros personajes extranjeros de fama mundial. El profesor de la Universidad de París René David disertó sobre "Legislación Comparada", materia en la que es reputado mundialmente como maestro; dió también una conferencia el eminente profesor procesalista Francisco Cornelutti y el filósofo José Ruggero, cuya reciente muerte ha impresionado al mundo entero.

PROFESORES DE BUENOS AIRES

En dos oportunidades esta Facultad ha recibido la visita de profesores de Buenos Aires. En la primera vino una Delegación presidida por el Dr. Lucio E. Moreno Quintana, hoy Vicedecano de la Facultad de Derecho, e integrada por los profesores Dres. Marcelo Sánchez Sorondo y Mario Amadeo, los que fueron presentados por los profesores de las mismas materias que aquellos enseñan Dres. Baquero Lazcano, Carlos R. Melo y Carlos Castellano Garzón. Por una coincidencia hubo disparidad de opiniones en la posición doctrinaria de aquéllos y éstos, circunstancia que sólo permite afirmar diferencia en las corrientes ideológicas en que unos y otros se informan. Tal hecho no menguó la cordialidad que reinó en todos los momentos entre visitantes y visitados.

Mas tarde, en el mes de septiembre, la Facultad recibió con especial complacencia la embajada que presidió el entonces delegado interventor, Dr. Carlos M. Lascano, hoy Decano de aquella Facultad de Derecho, e integraban un grupo de profesores y estudiantes. Vino con ellos el Coro Universitario, cuya actuación fué muy aplaudida.

A los profesores que debían ocupar la cátedra los presentó el profesor de Derecho civil Dr. Lisardo Novillo Saravia (h.), y en días sucesivos disertaron los Dres. Adelchi Carlonagno, Guillermo Bordá, Raimundo Salvat y la doctora Casagné Serré, Director del Instituto de Asistencia Social, cuya exposición sobre "Protección de menores" fué muy aplaudida. Como la visita tenía el carácter de un homenaje al ilustre codificador Dr. D. Vélez Sársfield, depositaron una placa de bronce en el templete en el que se conservan los manuscritos del Código y su biblioteca.

También ocupó la cátedra de Etica y Práctica Procesal, invitado por el profesor de la materia, el Dr. Héctor Llambías, profesor de la Universidad de Buenos Aires. Dictó un cursillo de tres conferencias, con muy buena asistencia de profesores y alumnos.

EXTENSIÓN UNIVERSITARIA

Por pedido del señor Rector se creó el curso de Capacitación obrera. A título de ensayo se han dictado durante el año clases sobre Legislación obrera y Accidentes de Trabajo y despido a cargo de los profesores Dres. N. Rey Nores e I. Somaré, de esta Facultad, y del Dr. Sársfield Otero, de la Facultad de Ciencias Económicas, cuya colaboración se pidió por su especialización en materia de accidentes del trabajo y despido. Se han dictado 57 clases.

PROPIEDAD HORIZONTAL

LEY 13.512, DE 13 DE OCTUBRE DE 1948

TEXTO DE LA LEY

La ley de referencia expresa lo siguiente:

Artículo 1.º Los distintos pisos de un edificio o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de un edificio de una sola planta, que sean independientes y que tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común, podrán pertenecer a propietarios distintos, de acuerdo a las disposiciones de esta ley. Cada piso o departamento puede pertenecer en condominio a más de una persona.

COMUNIDAD

Art. 2.º Cada propietario será dueño exclusivo de su piso ó departamento y copropietario sobre el terreno y sobre todas las cosas de uso común del edificio o indispensables para mantener su seguridad. Se considerarán comunes por dicha razón:

- a) Los cimientos, muros maestros, techos, patios, solares, pórticos, galerías y vestíbulos comunes, escaleras, puertas de entrada, jardines.
- b) Los locales e instalaciones de servicio centrales, calefacción, aguas calientes o frías, refrigeración, etc.
- c) Los locales para alojamiento del portero y portería.
- d) Los tabiques o muros divisorios en los distintos departamentos.
- e) Los ascensores, montacargas, incineradores de residuos y, en general, todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común.

Esta enumeración no tiene carácter taxativo.

Los sótanos y azoteas revestirán el carácter de comunes, salvo convención en contrario.

USOS DE BIENES COMUNES

Art. 3.º Cada propietario podrá usar de los bienes comunes conforme a su destino, sin perjudicar o restringir el legítimo derecho de los demás. El derecho de cada propietario sobre los bienes comunes será proporcionado al valor del departamento o piso de su propiedad, el que se fijará por acuerdo de las partes o, en su defecto, por el aforo inmobiliario, a los efectos del impuesto o contribución fiscal.

Los derechos de cada propietario en los bienes comunes son inseparables del dominio, uso y goce de su respectivo departamento o piso.

En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos esos derechos, y no podrán efectuarse estos actos, con relación a los mismos, separadamente del piso o departamento a que accedan.

ENAJENACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES

Art. 4.^º Cada propietario puede, sin necesidad de consentimiento de los demás, enajenar el piso o departamento que le pertenece o constituir derechos reales o personales sobre el mismo.

CASTOS DE CONSERVACIÓN

Art. 5.^º Cada propietario atenderá los gastos de conservación y reparación de su propio piso o departamento; estando prohibida toda innovación o modificación que pueda afectar la seguridad del edificio o de los servicios comunes.

Está prohibido cambiar la forma externa del frente o decorar las paredes o recuadros exteriores con tonalidades distintas al conjunto.

PROHIBICIONES

Art. 6.^º Queda prohibido a cada propietario y ocupante de los demás departamentos o pisos:

a) Destinarlos a usos contrarios a la moral y buenas costumbres o a fines distintos a los previstos en el reglamento de copropiedad y administración.

b) Perjudicar con ruido o de cualquier otra manera la tranquilidad de los vecinos, ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble o depositar mercancías peligrosas para el edificio.

OBRA NUEVA

Art. 7.^º El propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos; al de la planta baja o subsuelo le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez de la casa, como excavaciones, sótanos, etc.

Toda obra nueva que afecte al inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios.

REPARACIONES

Art. 8.^º Los propietarios tienen a su cargo, en proporción al valor de su piso o departamento, salvo convención en contrario, las expensas de administración y reparación de las partes y bienes comunes del edificio indispensables para mantener en buen estado sus condiciones de seguridad, comodidad y decoro. Están obligados en la misma forma a contribuir al pago de las primas de seguro del edificio común y a las expensas debidas a innovaciones dispuestas en dichas partes y bienes comunes por resolución de los propietarios, en mira de obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor renta.

Cuando las innovaciones ordenadas por los propietarios fueren, a juicio de cualquiera de ellos, de costo excesivo o contrarias al reglamento o a la ley, o perjudiciales para la seguridad, solidez, salubridad, destino o aspecto arquitectónico exterior e interior del edificio, pueden ser objeto de reclamación formulada ante la autoridad judicial y resuelta por el trámite correspondiente al inter-

dicto de obra nueva; pero la resolución de la mayoría no será por eso suspendida sin una expresa orden de dicha autoridad.

Cualquiera de los propietarios, en ausencia del administrador y no mediando oposición de los demás, previamente advertidos, puede realizar expensas necesarias para la conservación o reparación de partes o bienes comunes con derecho a ser reembolsados. Podrá también cualquiera de los propietarios realizar las reparaciones indispensables o urgentes sin llenar los requisitos mencionados, pudiendo reclamar el reembolso en la medida que resultaren útiles. En el caso, podrá ordenarse restituir las cosas a su anterior estado.

Ningún propietario podrá liberarse de contribuir a las expensas comunes por renuncia del uso y goce de los bienes o servicios comunes ni por abandono del piso o departamento que le pertenece.

CONSORCIO DE PROPIETARIOS. REGLAMENTO OBLIGATORIO

Art. 9.^o Al constituirse el consorcio de propietarios deberá acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración, por acto de escritura pública que se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Dicho reglamento sólo podrá modificarse por resolución de los propietarios, mediante una mayoría no menor de dos tercios. Esta modificación debe reconsignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad.

El reglamento debe proveer obligatoriamente, por lo menos, a los siguientes puntos:

a) Designación de un representante de los propietarios, que puede ser uno de ellos o un extraño, que tendrá facultad para administrar las cosas de aprovechamiento común y proveer la recaudación y empleo de los fondos necesarios para tal fin. Dicho representante podrá elegir el personal de servicio de la casa y despedirlo.

b) Determinar las bases de remuneración del representante y la forma de su remoción; debiendo nombrarse, en su caso, el reemplazante por acto de escritura pública.

c) La forma y la proporción de la contribución o expensas comunes.

d) La forma de convocar la reunión de propietarios en caso necesario, la persona que presidirá la reunión, las mayorías necesarias para modificar el reglamento y adoptar otras resoluciones, no tratándose de los casos en que en esta ley se exige una mayoría especial.

RESOLUCIONES-MAYORÍA

Art. 10. Los asuntos de interés común que no se encuentran comprendidos dentro de las atribuciones conferidas al representante de los condóminos, serán resueltos previa deliberación de los propietarios por mayoría de votos. Estos se computarán en la forma que prevea el reglamento y, en su defecto, se presumirá que cada propietario tiene un voto. Si un piso o departamento perteneciera a más de un propietario, se unificará la representación. Cuando no fuera posible lograr reunir la mayoría necesaria de propietarios, se solicitará del Juez que convoque la reunión, que se llevará a cabo en presencia suya, y queda autorizado a tomar medidas urgentes. El Juez deberá resolver en forma sumarísima, sin más

procedimiento que una audiencia, y deberá citar a los propietarios en la forma que procesalmente corresponda a fin de escucharlos.

REPRESENTACIÓN

Art. 11. El representante de los propietarios actuará en todas las gestiones, ante las autoridades administrativas de cualquier clase, como mandatario legal y exclusivo de aquéllos

Está, además, obligado a asegurar el edificio contra incendio.

Art. 12. En caso de destrucción total o parcial de más de dos terceras partes del valor, cualquiera de los propietarios puede pedir la venta del terreno y materiales. Si la mayoría no lo resolviera así, podrá recurrirse a la autoridad judicial. Si la destrucción fuere menor, la mayoría puede obligar a la minoría a contribuir a la reconstrucción, quedando autorizada, en caso de negarse a ello dicha minoría, a adquirir la parte de ésta, según valuación judicial.

PAGO DE IMPUESTOS

Art. 13. Los impuestos, tasas o contribuciones de mejoras se cobrarán a cada propietario independientemente. A tal efecto, se practicarán las valuaciones en forma individual, computándose a la vez la parte proporcional indivisa de los bienes comunes.

HIPOTECAS

Art. 14. No podrá hipotecarse el terreno sobre el que se asienta el edificio de distintos propietarios, si la hipoteca no comprende a éste, y si no cuenta con la conformidad de todos los propietarios. Cada piso o departamento podrá hipotecarse separadamente, y el conjunto de los pisos o departamentos, por voluntad de todos los propietarios.

PENALIDADES

Art. 15. En caso de violación por parte de cualquiera de los propietarios u ocupantes de las normas del artículo 6.^º, el representante o los propietarios afectados formularán la denuncia correspondiente ante el juez competente, y acreditada en juicio sumarísimo la transgresión, se impondrá al culpable pena de arresto hasta veinte días o multa en beneficio del fisco de doscientos a cinco mil pesos.

El juez adoptará, además, las disposiciones necesarias para que cese la infracción, pudiendo ordenar el allanamiento del domicilio o el uso de la fuerza pública si fuera menester.

Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, si el infractor fuese un ocupante no propietario, podrá ser desalojado en caso de reincidencia. La acción respectiva podrá ser ejercida por el representante de los propietarios o por el propietario afectado.

La aplicación de estas penas no obstará el ejercicio de la acción civil resarcitoria que compete al propietario o propietarios afectados.

Art. 16. En caso de vetustez del edificio, la mayoría que represente más de

la mitad del valor podrá resolver la demolición y venta del terreno y materiales. Si resolviese la reconstrucción, la minoría no podrá ser obligada a contribuir a ella, pero la mayoría podrá adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial.

Art. 17. La obligación que tienen los propietarios de contribuir al pago de las expensas y primas de seguro total del edificio sigue siempre al dominio de sus respectivos pisos o departamentos en la extensión del artículo 3.266 del Código civil, aun con respecto a las devengadas antes de su adquisición; y el crédito respectivo goza del privilegio y derechos previstos en los artículos 3.901 y 2.686 del Código civil.

NORMA DEROGATORIA

Art. 18. A los efectos de la presente ley, quedan derogados los artículos 2.617, 2.685 *in fine* y 2.693 del Código civil, así como toda otra disposición que se oponga a lo estatuido en esta ley.

Art. 19. El poder ejecutivo reglamentará esta ley, estableciendo los requisitos de inscripción en el Registro de la Propiedad de los títulos a que la misma se refiere, forma de identificación de los pisos o departamentos, planos que será necesario acompañar, etc.

BIBLIOGRAFIA

Libros

ANDREOLI.—“L'imputazione dei debiti”.—Milán, 1946.

El autor pretende, en este estudio, determinar la finalidad y estructura de la colación de deudas, procediendo para ello a una revisión de las teorías existentes y a una reelaboración del tema a la luz del nuevo Código civil italiano.

Los escasos trabajos doctrinales sobre colación a partir del Código del 42 reproducen sustancialmente y con igual terminología los esquemas lógicos de la doctrina formada con base en el Código del 65. Andreoli toma en consideración esta última y analiza las diversas posiciones como punto de partida.

Respecto al fin de la colación de deudas, dos teorías aparecen con relieve: 1) la que considera que este instituto se dirige a restablecer la igualdad de derechos entre quienes suceden en un patrimonio, en caso de que tal igualdad fuese alterada “credendi causa” con relación a uno de ellos; 2) la que piensa que su finalidad es restablecer la igualdad de hecho entre los condividentes.

Sobre la primera, Andreoli concluye que si bien es cierto que el principio de igualdad entre los coherederos informó el instituto de la colación en el Derecho antiguo, no es este el fin que persigue dentro del nuevo Código italiano; su mecanismo trasciende con mucho del ámbito de las deudas engendradas “credendi causa” a favor de un coheredero.

Sobre la segunda, afirma que el intérprete del nuevo Código encuentra un argumento decisivo para negar sea esa la finalidad que la colación persigue: el artículo 1.115 y el 724, núm. 2.

También respecto a la naturaleza aparecen en el campo doctrinal varias teorías: 1) La que la asimila a la colación de donaciones; Andreoli niega que pueda sostenerse, dentro del ámbito del nuevo Código, esa asimilación, en contra de lo que sucedía en el marco del Código del 65; en el vigente no se habla de colacionar las deudas, sino de “imputar”, quedando limitada la esfera de la colación a las donaciones. 2) La que considera que la colación de una deuda del coheredero consiste en imputar en su cuota el derecho de crédito que al difunto correspondía; Andreoli pone de manifiesto la improcedencia de tal pensamiento dentro del nuevo Código, ya que según el artículo 724, núm. 2, la imputación de deudas tiene lugar incluso para las que se originan después de abierta la sucesión siempre que deriven de las relaciones de comunidad; en este caso no puede hablarse del derecho del difunto, porque la deuda sólo nació después de su muerte. 3) La que sostiene que es sustancialmente una compensación “*latu sensu*”; considera Andreoli improcedente esta teoría, tras

haber analizado el funcionamiento de la división y comparar el mecanismo de la imputación con el de otras figuras que son verdaderas compensaciones "latu sensu". 4) Finalmente, algunos autores vieron en este instituto una dación en pago, pensamiento que también critica Andreoli, con base en los artículos 724, 725 y 726 del nuevo Código.

Después de esta revisión doctrinal, el autor procede a una labor constructiva siguiendo un largo proceso que le lleva a concluir que si el crédito—contemplado como expectativa de prestación—queda insatisfecho, se origina en el momento de las operaciones preliminares de la división una particular facultad de conseguir disminuir la cuota del coheredero deudor en un valor correspondiente a la prestación debida. Esta facultad debe considerarse como una peculiaridad del genérico poder de agresión sobre los bienes del deudor. Dentro del cuadro de la teoría general de las obligaciones, la colación debe quedar situada entre los modos extintivos, como causa extintiva "strictu sensu", junto al pago y a la realización del derecho de crédito.

Estudia a continuación problemas—conexos con el central—de trascendencia secundaria: imputación de deudas nacidas después de abierta la sucesión, oponibilidad de la imputación de deudas a los acreedores hereditarios, ámbito de la realización de créditos entre los coherederos mediante la imputación, y desacuerdo de los coherederos sobre la imputación.

Finalmente, en una segunda parte de muy corta extensión, trata el problema de la individualización de las relaciones obligatorias sujetas a imputación, en referencia al objeto, sujetos, supuestos de hecho y estructura de la relación.

El libro de Andreoli se presenta con el deseo de reelaborar un tema muy estudiado en la doctrina del Código del 65 y acoplar en lo posible las formulaciones de los autores al nuevo ordenamiento. Pero encuentra ocasión, al realizar ese trabajo, para plantear nuevamente toda la problemática de la institución y sugerir nuevas soluciones que consideramos han de ser revisadas en el futuro, pero que presentan el mérito de su novedad.

G. J. ORTEGA

AZZOLINA, Umberto.—"La separazione personale dei coniugi".—Turín,
U. T. E. T., 1948, 376 págs.

Obra muy oportuna porque en Italia, excepción hecha de la monografía de Falzea, apenas si se encontraba exposición alguna moderna y eficiente sobre el tema al que, lo mismo que en España, en tratados y comentarios se dedica poquísimo espacio. La visión del problema por Azzolina puede decirse completa. Laudable característica de la obra es reunir armónicamente las normas de derecho sustancial con las de derecho procesal, tan desatendidas estas últimas en la ordenación jurídica del matrimonio. Cierto que existen apreciaciones en el autor que pueden dar lugar a perplexidad en los lectores; tales la contraposición propugnada entre separación por culpa y separación consensual, en vez de hablar simplemente

de separación voluntaria y contenciosa; o la idea de que el cónyuge culpable de adulterio conserva sólo el derecho a los alimentos y no el de ver respetada la obligación de fidelidad por parte del otro; o el pronunciamiento contra la limitación de los hechos constitutivos del adulterio a los que de por sí son idóneos a la generación. Con todo, es inútil decir que las discrepancias de opinión en algunos puntos no oscurecen la clara y equilibrada exposición del tema. Sobriedad en el desarrollo y amplitud en la información son asimismo notas distintivas del trabajo, que lo hacen guía preciosa para quien se ocupe de la materia con fines prácticos, en la cátedra o en el foro.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

BARASSI, Ludovico.—“*Istituzioni di diritto civile*”.—4.^a edición, Milán, Giuffré, 1948, 671 págs.

Esta obra, en su cuarta edición, corregida y puesta al día, resume el resultado de las enseñanzas de derecho civil impartidas por su ilustre autor con infatigable asiduidad durante más de ocho lustros en las aulas universitarias italianas. Se inicia el volumen por la parte general, y a continuación, en la especial, se estudian, sucesivamente, la familia, las sucesiones, la propiedad (con los derechos reales de goce y la posesión), las obligaciones, la tutela del trabajo y la tutela de los derechos. Conserva intacta la sustancia de ediciones precedentes, a saber, la de pura síntesis sistemática, eminentemente pedagógica, que contiene una exposición densa y clara a la vez del pensamiento crítico del derecho civil italiano. Las bien seleccionadas citas bibliográficas aparecen reducidas al mínimo, remitiendo el autor para más amplios análisis a sus otras obras monográficas. Un útilísimo índice alfabético omnicomprensivo cierra la bella obra del insigne profesor de la Università Católica del Sacro Cuore, de Milán.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

BRUNETTI, Antonio.—“*Manuale del Diritto della navigazione marittima e interna*”.—Ed. Cedam, Padova, 1947, VII-472 págs.

El alcance y finalidad del presente trabajo queda claro desde las primeras páginas, destinadas al prólogo, de fuerte tono polémico.

El autor es partidario de la sistematización en un Código único de las instituciones, tanto de derecho público como de derecho privado, relativas a la navegación marítima e interna.

No piensa lo mismo, en cambio, respecto del derecho aéreo. Para Brunetti, la inclusión del derecho aéreo en el Código de navegación supone una simple superposición, más que una fusión orgánica. En vez de hacer una obra en dos tomos, se han impreso en un tomo dos obras. Son dos Códigos distintos encuadrados juntos, con la etiqueta omnicomprensiva de “*Codice de la navigazione*”. La escuela napolitana, añade el autor,

después de tanto ruido se ha conformado con la forma exterior. Así debía ser, porque derecho marítimo y derecho aéreo son dos territorios diversos, no dos sectores del mismo territorio. Consecuente con ello, Brunetti deja fuera de su estudio el derecho aeronáutico, abarcando, como reza su título, el sistema del derecho de la navegación tanto marítima como interna.

La fusión del derecho público con el privado, o sea, de la materia ya contenida en el Código de la Marina mercante y en los libros II y IV del C. de c., estaba en el orden de las cosas, y, por ello, ha sido llevada a cabo felizmente. Sólo esta materia encuentra en la obra de Brunetti su lógico encuadramiento, integrada con algunas referencias a algunas leyes especiales relativas al régimen administrativo y, más especialmente, a la técnica de la navegación.

. Se felicita el autor de que la cruzada contra el régimen de las Convenciones internacionales haya quedado reducida a una pugna de palabras. Casi todas las Convenciones internacionales han sido refundidas en el Código, aun cuando estén compendiadas y espurgadas de la que se calificaba de "indigerible salsa anglosajona". La relativa a póliza de fletamento ha quedado reducida a cuatro artículos, algo confusos, a juicio de Brunetti. El Código sólo se ha separado notablemente del sistema internacional en lo relativo a la responsabilidad de los armadores.

La obra está dividida en una Introducción, en donde se analiza una serie de cuestiones previas sobre el ordenamiento jurídico de la navegación marítima, y cinco partes, que tratan, sucesivamente, del ordenamiento administrativo de la navegación, de la propiedad y del armamento de la nave, de las obligaciones relativas al ejercicio de la navegación, la parte más amplia de la obra, y del derecho procesal civil marítimo.

En la exposición de las instituciones estudiadas, el autor se sirve de los trabajos preparatorios del Código y de la amplia relación ministerial, exponiendo claramente y sin paliativos, en donde lo cree conveniente, su discordancia y su razonada crítica.

El perfil de las instituciones jurídicas se traza de acuerdo con las disposiciones legislativas y reglamentarias en vigor, todavía no derogadas. Es, pues, un criterio diverso del seguido por Scialoja, que en su "Corso" recogió el proyecto de Reglamento, estimándolo como de inminente promulgación.

Dada la novedad del Código, especialmente al tiempo de redactarse la obra que nos ocupa, no se hacen referencias jurisprudenciales.

Dos han sido las finalidades fundamentales que ha venido a llenar este manual de Brunetti: facilitar a la juventud estudiosa una exposición clara, simple y ordenada de todo el derecho de la navegación marítima e interna y allanar el camino a los profesionales, que tienen que enfrentarse en la vida diaria del tráfico con un Código de difícil tecnicismo, a veces desorientante aun para los técnicos. El texto ha sido puesto al alcance de todos, explicándose a la luz de la práctica la función de las instituciones. En materia de transportes ha sido también tenida en cuenta la práctica anglosajona.

Esta visión práctica de las instituciones tiene especial importancia en

el campo del derecho marítimo porque, como recuerda el mismo Brunetti, éste no se crea en los gabinetes de los dogmáticos puros, como son los Seminarios Universitarios, sino en los despachos de los armadores, de los aseguradores, de los agentes marítimos, sobre el puente de mando de la nave, en las cuentas de los liquidadores de averías. Este es el campo del derecho vivo, en que salen a la superficie los intereses en pugna, que hay que valorar y jerarquizar. Para penetrar en este mundo sugestivo y atractivo la guía de Brunetti es siempre segura y eficaz. Sólo la amplia experiencia legislativa y profesional del autor han hecho posible, en un campo tan amplio como el que nos ocupa, la exposición rápida, ágil y firme del estado actual del derecho marítimo. El autor no pretende otra cosa y, por ello, no nos intenta ofrecer una enumeración exhaustiva de la bibliografía relativa al derecho marítimo. Sólo raramente acude a la anterior a la promulgación del Código. El estudioso encontrará, en cambio, cuidadosamente seleccionadas, las aportaciones más recientes, al final de cada capítulo.

A Brunetti, Profesor Ordinario de Derecho mercantil en el Instituto Universitario de Economía y Comercio de Venecia, se debe el más amplio estudio sistemático de Derecho marítimo privado italiano, en cuatro volúmenes, cuya traducción española, según nos ha informado personalmente el propio autor, está en preparación, y de una amplia producción, de la que sobresalen los estudios en materia de sociedades. En la actualidad está trabajando en la redacción del volumen relativo a la sociedad de responsabilidad limitada, del que esperamos con impaciencia poder dar noticia desde estas mismas páginas y felicitar a su autor, al que enviamos, a través de esta publicación española, un cordial saludo.

E. VERDERA Y TUELLS

D'ORS, Alvaro.—“Derecho romano”. Trabajo publicado en el t. I de la Nueva Enciclopedia Jurídica. —F. Seix, ed., Barcelona, 1949, 31 págs.

El Catedrático de la Universidad de Santiago ha salido airoso de la prueba de escribir, no treinta páginas de Derecho romano, sino un Derecho romano en treinta páginas. No intentaremos resumirlo todavía en treinta líneas.

La finalidad impone ciertos límites exteriores, pero dentro de ellos el autor se desenvuelve, diríamos, con grandeza. Y, en efecto, ¿por qué mientras la ciencia romanista ha dado pasos considerables el artículo de una Enciclopedia iba a ser un resumen de los manuales que todavía no se han incorporado aquéllos? Aquí se da, aunque en síntesis, Derecho romano a la última, o sea, Derecho romano de primera. No hay una mera síntesis material de datos, ni la brevedad está conseguida forzando el estilo a lo telegráfico, pero tampoco es una síntesis demasiado espiritual, no está en el camino de una filosofía del Derecho romano; no, sabe bastante a simple Derecho romano. El método parece haber sido elegir entre

lo particular y concreto aquello que tiene una significación más general.

Junto a muchas cosas que están en las obras corrientes, hay muchas otras que no lo están. Y, cosa de agradecer, hasta hay explicaciones que no dan los libros más grandes, dándolas indebidamente por sabidas. Por ej., por qué se llama "in iure" la primera etapa del proceso clásico.

Es paradójico, pero real, que la actitud más decidida a situar el Derecho romano entre las antigüedades sea la que luego tiene más que decir del presente y del porvenir del Derecho. Y así, vemos ninguna concesión a la dogmática moderna, declaradas oposiciones a esa mentalidad, pero tras ello se transparenta qué es en definitiva el Derecho de hoy y los juristas de mañana lo que justifican estos estudios.

Por último, advirtamos que aunque se conduce objetivamente, es siempre el autor el que se conduce; y, por lo tanto, estas páginas constituyen también un rápido esbozo de la visión de conjunto del Derecho romano de d'Ors, cosa que no carece de importancia para quienes seguimos con interés el desarrollo de su carrera científica.

R. G.

ENRIETTI, D.—"Compendio di diritto privato italiano".—2 vols., Turín, Chiantore, 1946-1947, 678 págs.

He aquí uno más entre los manuales didácticos del derecho privado de la Italia actual. Bajo el lema "servi legis sumus ut liberi esse possimus", se hace una exposición clara y ordenada de la materia, con fines exclusivamente didácticos y con un carácter que se nos antoja excesivamente elemental. Mientras el primer volumen, propiamente dedicado al derecho civil, carece en absoluto de toda nota bibliográfica, en el segundo, raramente intitulado "Derecho de la economía organizada" y alusivo a la relación de trabajo, a la empresa y a la tutela de los derechos (?), ya aparecen citas doctrinales, y no escasas. Sin duda la procedencia del autor —docente en Institutos técnicos comerciales— y la concreta finalidad didáctica de la obra, explica todas las anomalías, así como el más detenido desarrollo de las instituciones directamente comerciales, desde las bancarias a las quiebras, de la propiedad industrial a la empresa de navegación. La abundancia de caracteres tipográficos distintos, de acuerdo con la importancia de cada párrafo o argumento, refuerza, dentro de la elementaridad, la eficiencia didáctica del texto.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

FASANI, G.—"Sull'azione di petizione di eredità".—Roma. Soc. Albete, 1948, 63 págs.

Entre los temas jurídicos más controvertidos en legislación, doctrina y jurisprudencia italiana se halla la acción de petición de herencia que el vigente Código civil disciplina en los artículos 533-535.

El trabajo de Fasani, resultado de larga y seria indagación al respecto, muestra en exposición sobria y elegante el estado actual del problema. El autor, después de haber precisado diversos puntos sobre los caracteres de la acción y sobre el concepto de heredero aparente, efectúa un bosquejo histórico con referencia tanto a los sujetos de la acción misma cuanto a las relaciones que de su ejercicio pueden originarse. Con motivo de la coníraposición como heredero real y heredero aparente, examínase un complejo de problemas, como los referentes a la buena fe del heredero aparente, el derecho de retención, los gastos, la enajenación de cosas de la herencia, el deterioro y destrucción de las mismas, las adquisiciones hechas con dinero hereditario y las accesiones. Refiriéndose a la relación entre el heredero real y los terceros, recuerda el autor el Senadoconsulto Juvenciano y algunas legislaciones históricas (principalmente el Código Napoleón) y examina detenidamente el artículo 534 del Codice Civile, comentando las dos condiciones—actos a título oneroso y buena fe de los terceros—a que la ley subordina la seguridad de los derechos adquiridos por éstos. Llámase la atención del lector sobre la prescripción extintiva de la acción, y a este respecto se hacen oportunas referencias de carácter histórico, sosteniéndose que la acción de petición de herencia, como dirigida a la averiguación de la persona del heredero, es imprescriptible; pero, por lo que se refiere a su contenido real, su ejercicio puede ser paralizado por la usurpación sobrevenida de los bienes y derechos que, particularmente considerados, formen parte del activo hereditario. En fin, completa el autor la obra con una exhaustiva nota bibliográfica que, a su vez, demuestra la seriedad del estudio realizado.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

FERRANTE.—“Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni”.—Milán, 1947.

Analiza Ferrante, en la primera parte de su libro, el concepto del Derecho como presupuesto indispensable para la construcción del sistema de los derechos subjetivos. A tal fin, se detiene en el examen y en la crítica de las diversas posiciones del pensamiento jurídico con relación al problema conceptual del Derecho. La primera, el Derecho objetivo concebido como voluntad para garantir al hombre el dominio de los bienes materiales (teoría de Savigny), da ocasión a Ferrante para realizar una valoración crítica de la teoría de la voluntad, al margen de las consideraciones de Ihering sobre la misma.

El punto vulnerable de la teoría de la voluntad reside, a su entender, en que limita la intervención del Derecho a disciplinar simplemente las relaciones que tienen por objeto la señoría sobre los bienes materiales, de lo que se deduce, como lógico postulado, que el sujeto sólo podrá pretender del ordenamiento jurídico la tutela del goce de tales bienes, quedando la disciplina de todos los otros aspectos de la personalidad excluida del ámbito jurídico. Por eso—concluye el autor—esta concepción de

la voluntad no se conforma con la intuición más profunda de nuestro tiempo, en el que se asiste a una intervención, cada vez más creciente, de la ley en todos los campos de la actividad humana.

La segunda posición del pensamiento jurídico sobre el particular es la que concibe el Derecho objetivo como voluntad de tutelar los intereses humanos. Ferrante analiza detenidamente la teoría de Ihering y la nueva formulación, más precisa, de Thon, y siguiendo la doctrina dominante rechaza esta corriente.

Analizando la teoría de los intereses, observa con acierto que sus cultivadores no suelen ofrecer un criterio racional para escoger los intereses más merecedores de tutela, y abandonan a la intuición del legislador el determinarlos, con lo que aparece como contenido de lo jurídico tan sólo lo que, a juicio de este último, posee ese carácter; pero para el pensamiento filosófico, que sólo admite y cualifica de jurídico lo que verdaderamente y de un modo objetivo es tal, la simple opinión del legislador es insuficiente.

La exposición de estas dos teorías, realizada más con un fin didáctico que investigador, no presenta grande interés.

Mayor trascendencia tiene el estudio que realiza sobre la tercera posición del pensamiento jurídico sobre este problema, en el que el autor —al menos en la formulación— procede con una cierta originalidad. Nos referimos a la doctrina que concibe el Derecho objetivo como “voluntad de potenciar las energías del espíritu humano”. Con esta concepción reputa superados tanto el punto de vista de Savigny como el de Ihering; el primero, porque ya no es posible excluir, por ejemplo, el matrimonio del campo del Derecho, ya que se trata de una institución dirigida a encauzar determinados aspectos de la personalidad humana; el segundo, porque resulta así fijado un criterio racional—potenciar las energías del espíritu humano—, el cual, conforme a la intuición laica de nuestro tiempo, hace objeto de normación jurídica todo cuanto refleje el contenido de este espíritu, dejando a otras disciplinas el cuidado de aquellos sentimientos que ligan al hombre a el más allá.

Constituye un derecho subjetivo, a juicio de Ferrante, “el poder de actuar el contenido normativo dirigido a potenciar un singular aspecto de la personalidad humana”. Sobre esa base, emprende el examen de los derechos subjetivos, personales, reales y de crédito. En esta parte de la obra plantea problemas interesantes y sugiere nuevas posibilidades cuyo examen queda fuera de los estrechos límites de una reseña. Ciertas “curiosidades” que desenvuelve no dejan de tener originalidad; como muestra, citaremos la que estudia bajo el epígrafe de “Il diritto al dispiegamento delle energie sessuali”.

Juan B. JORDANO

GIBERT, Rafael.—“El consentimiento familiar en el matrimonio, según el Derecho medieval español”.—Publicaciones del Anuario de Historia del Derecho Español. Tomo XVIII. Madrid, 1947.

Antes de entrar en el contenido de este interesante trabajo, creo de interés hacer resaltar el método de que se vale el autor, porque en pocas ocasiones, dentro del campo estricto de nuestra Historia del Derecho Privado, se ha llevado a la práctica con tan felices resultados¹.

Consiste el método—en forma casi esquemática—en dividir el trabajo en dos partes esenciales; en la primera se recogen y exponen críticamente las diferentes fuentes de conocimiento sobre el tema, y en la segunda parte se realiza la construcción científica sobre las citadas fuentes. Este método es el que aplica Gíbert en este estudio monográfico sobre el consentimiento familiar en el matrimonio en nuestro Derecho medieval. En la primera parte del mismo, bajo el título general de “Examen de las fuentes”, hace una exposición crítica de las mismas, agrupándolas en: Derecho romano de los visigodos, Derecho visigodo, Derecho popular de la reconquista y Derecho regio castellano. En cada uno de estos grupos inserta una gran cantidad de textos; así, en el Derecho popular de la reconquista incluye un buen número de Fueros municipales, fuentes territoriales, etc.; o en el Derecho regio castellano inserta disposiciones del Fuero Real, de las Partidas, del Ordenamiento de Alcalá, de peticiones de Cortes, etc.

Pasa después, en una segunda parte, a elaborar la institución del consentimiento familiar, sobre ese cúmulo de fuentes, desarrollándola en tres apartados. En el primero de ellos trata de qué futuros contrayentes están sometidos a ese consentimiento, y nos cita a la hija de familia como caso principal que aparece regulado en las fuentes de los distintos momentos, y así en el Derecho visigodo y en el de la Reconquista (en el que aun muertos los padres necesitan consentimiento familiar), Fuero Real, Derecho territorial castellano..., examinando sus causas y circunstancias. En cambio, la regulación es diferente tratándose del hijo no emancipado, según el Breviario de Alarico II; y en general en el Derecho visigodo se dice que el matrimonio de los hijos es dispuesto por los padres y que, a falta de éstos, si los hijos han alcanzado la adolescencia tienen libertad plena. En el Derecho de la Reconquista son pocas las noticias sobre este caso, y sólo en algún fuero, como el de Cuenca, se establece que los hijos estarán en poder de los padres hasta que se casen, e incluso que éstos hacen las bodas de ellos.

En un segundo apartado se ocupa de las personas que otorgan ese consentimiento. Parte del Derecho romano, en el que es sólo el padre el que lo otorga, pero ya en el Bajo Imperio son el padre y la madre, disposición que también aparecía en el Derecho germánico y que después encontramos en el Derecho visigodo. En el Derecho de la Reconquista, con

1. Este método ha sido empleado maravillosamente por el profesor Alvaro d'Ors en algunos de sus trabajos y concretamente en el titulado *Óptica Servi*, publicado en el mismo tomo XVIII del A. H. D. E.

distintas modalidades, se expone la intervención simultánea de los padres en el matrimonio de los hijos. A falta de los padres, el hermano mayor es el que, desde el Derecho visigodo, tiene autoridad sobre su hermana huérfana, y si este es menor, el tío, en ambos casos se consulta con los parientes. En los derechos locales, se amplía este concepto de parentela, volviendo en el Derecho territorial castellano y en el Fuero Real a lo prescrito en la legislación visigoda.

El consentimiento del tutor o curador aparece, sobre todo en el Derecho de la Alta Reconquista, en que esta institución adquiere una mayor importancia. En el Derecho visigodo y en el Ordenamiento de Alcalá encontramos referencias al señor o patrono del padre con relación al consentimiento.

Trata después de los parientes "propinquí", examinárdolos a través de las distintas modalidades de los diversos momentos.

En la última parte estudia las consecuencias de una unión sin consentimiento familiar. A lo largo de todas las fuentes medievales el consentimiento no es necesario para la existencia del matrimonio; así, en el Derecho romano no son los matrimonios nulos por falta de autorización paterna. En la legislación visigoda, el padre tiene derecho a casar a la hija, y se establece la prohibición de contraerlo contra la voluntad paterna; caso de realizarlo es un matrimonio ilegítimo, pero válido, lo mismo que si lo hace sin consentimiento de los hermanos o parientes.

Estudia después el caso especial del rapto. En el Derecho romano, con sus graves consecuencias; en el visigodo, que, aun prohibiendo el matrimonio entre raptor y raptada, hay ciertos supuestos en que se admite, siempre que se demostrase la marcha voluntaria de la mujer. En los derechos locales, la familia decide la venganza o paz con el raptor, teniendo en cuenta la voluntad de la raptada; señalando distintas modalidades, algunos fueros, en cuanto al procedimiento de la querella familiar y a sus consecuencias posteriores. Se detiene después en la influencia del Derecho canónico en el matrimonio, pues, aún siendo contrario al efectuado sin consentimiento familiar, admite también como tal el realizado con la falta de tal requisito, es decir, el simplemente rato.

Por último, señala las consecuencias de índole patrimonial que produce esta falta de consentimiento en la mujer que se une sin la autorización de sus parientes, se produce la desheredación, ésta es la consecuencia normal en casi todos los momentos que comprende este trabajo. He aquí a grandes rasgos el contenido de esta magnífica monografía. Haciendo de la misma una apreciación un tanto detenida, se podrían encontrar algunos detalles algo imprecisos, es el caso de algunas expresiones terminológicas, como cuando emplea, a veces, el término "derecho medieval" para indicar el derecho estricto de la reconquista, detalle muy comúnmente usado en este sentido, pero que tratándose de un trabajo sólo del período medieval se nota más. También en la parte de construcción científica encontramos algunos párrafos excesivamente recargados con citas, lo que impide una fácil lectura y asimilación del texto, al mismo tiempo que pierde vigor el estilo literario del autor, siendo así que estas

citas, la mayoría de las veces, podrían haberse hecho constar en notas a pie de página.

En conjunto, el trabajo es completísimo y de gran utilidad, pues viene a llenar una de las múltiples lagunas de la historia de nuestro Derecho privado. Esperamos que pronto, Gibert, nos complete este estudio del consentimiento familiar en el matrimonio, a través de toda su evolución en nuestra historia, hasta enlazar con el sistema jurídico actual.

J. CERDA

MEREÀ, Paulo.—“Sobre a posse de ano e dia nos foros da Idade media peninsular”.—Sep. del Bol. de la Universidad de Santiago, 49-50, 1947.

Descartada la doctrina que ve en la posesión de año y día una prescripción de plazo breve, el autor se propone una construcción histórica y dogmática sobre las fuentes. Es en el proceso judicial donde se revela la posición privilegiada de ese poseedor. En el proceso la prueba era formal y, por lo tanto, unilateral, y decisiva su atribución a una u otra parte. El que demanda la raíz acusa al que la tiene de tenerla injustamente. El demandado tiene que rechazar la acusación; el medio ordinario es “dar otor”, llamar al proceso a quien le transmitió el bien (*). Pero si ha poseído un año y día—plazo típico—, la prueba de este hecho es suficiente para la defensa. La posición privilegiada es relativa; sólo puede oponerse a quien ha estado presente a esa posesión y ha permanecido en silencio. Naturalmente, con esa restricción, la posesión de año y día equivale prácticamente a una usucapión. La doctrina admitida, huyendo de la asimilación entre ambos institutos, supone que cabe todavía al demandante probar su derecho mejor. Se trataría simplemente de una alteración en el orden de la prueba. Aquí, P. Mereà define una tesis distinta y que nos parece enteramente acertada: la posesión de año y día proporciona una posición invulnerable frente al demandante que ha “callado” pudiendo actuar. Modalidad procesal, sí, pero que trasciende al orden sustantivo. La singularidad histórica del Derecho municipal queda sentada, no sobre la sutil distinción entre derechos subjetivos, sino sobre el contorno vigoroso de diferentes acciones.

Admisión de plazos más largos, exigencia de buena fe, distinción entre posesión y propiedad, etc., van alterando el régimen del Derecho municipal. Agudamente ha sido observada la contaminación del sistema de año y día por la prescripción de tipo romano.

No reseñamos una gran cantidad de observaciones incidentales llenas de enseñanza. Es ejemplar, sobre todo, el que los textos sean tratados cuidadosamente, con algo de ese rigor que ponen los romanistas en el manejo de los suyos, más difícilces en los de nuestro Derecho medieval

(*) Respecto al límite del tercer otor debe tenerse en cuenta la interpretación contenida en *Observaciones aragonesas*, de DÍAZ DE AUX, (Savall y Penen, II, 676 in fine); según la cual lo que se limita no es la serie de otorgos, sino la variación.

porque falta casi en absoluto la labor de recensión de las fuentes. No hay que desesperar de que llegaremos a tener nuestro Índice de interpolaciones.

R. GIBERT

MINISTERIO DE JUSTICIA. Sección de Publicaciones: "Ley de Arrendamientos Urbanos" (Texto articulado de la Ley de Bases de 31 de diciembre de 1946, con las modificaciones introducidas por la Ley de 21 de abril de 1949). 1949; 94 págs.

La utilidad del texto es evidente si se tiene en cuenta que, además de la sistemática de la L. A. U., que es resaltada, los más de los artículos van acompañados de citas jurisprudenciales que se ha tenido el acierto de referir, facilitando el manejo, a la nueva numeración de preceptos introducida por la Ley de 21 de abril de 1949. Además de destacar a lo largo del texto los artículos que han sido modificados por la Ley citada, siguen al mismo las disposiciones complementarias al primitivo texto y, por último, el texto íntegro de la Ley de 21 de abril de 1949, que permite de este modo tener presente las modificaciones que la misma introduce.

J. H. C.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Sección de Publicaciones: "Títulos Nobiliarios. Legislación". Madrid, 1948; 144 págs.

Precedido por el discurso pronunciado por el excelentísimo señor Ministro de Justicia, el 24 de abril de 1948, ante las Cortes Españolas, con motivo de la discusión de la que fué Ley de 4 de mayo de 1948, por la que se restablece la legalidad vigente con anterioridad al 14 de abril de 1931 en las Grandezas y Títulos del Reino, discurso que constituye, junto con la exposición de motivos, una verdadera interpretación auténtica de la disposición legislativa, nos ofrece la Sección de Publicaciones del Ministerio de Justicia una recopilación de las disposiciones dictadas en la materia, que agrupa en tres grandes apartados: "Legislación restablecedora de la legalidad vigente el 14 de abril y desarrollo de la misma"; "Legislación que se restablece", y, por último, las "disposiciones complementarias" que hacen referencia al Registro Civil, al impuesto del Timbre, a la legalización de documentos y unas tarifas en donde, distinguiendo títulos con grandeza y títulos sin grandeza, se señalan las cantidades a satisfacer por los interesados según se trate de títulos de nueva creación, rehabilitación, sucesión directa, transversal y títulos extranjeros.

Un índice cronológico, dentro de la distribución de materia indicada, hace muy manejable esta recopilación.

J. H. C.

SALVI, Ferdinando.—“L'affiliazione”.—Milano, Giuffrè, 1946.

He aquí una exposición cuidada y perfectamente clara de los precedentes históricos, de los elementos de legislación comparada y de la naturaleza jurídica de la institución típicamente italiana que sirve de título a la obra. Una vez descritas las diferencias y relaciones con las instituciones de la adopción y la tutela, el autor procede a definir la de su estudio esbozando su autonomía y la figura de estado familiar que rezuma el conjunto de disposiciones de derecho público y privado (aquí se observa la influencia del maestro Cicu), sustancial y procesal, que de algún modo establecen la relevancia jurídica de la situación de la “affiliazione”. Trátase, viene a decirse, de un “status” de la persona que sin ser el de hijo, tiene grandes afinidades con éste.

Al tratar de la regulación jurídica de la institución, examina Salvi los requisitos de la misma, el procedimiento, los efectos, la cesación. Expone a continuación algunas cuestiones prácticas: posibilidad de “afiliar” hijos adulterinos (solución negativa), necesidad del consentimiento del cónyuge separado (solución positiva para la generalidad de los casos), edad del menor que se somete a la “affiliazione” (valor constitutivo del decreto del juez tutelar), asunción del apellido del “afiliante” (primacía sobre el de la paternidad natural), posibilidad de afiliación del menor que permanece bajo la patria potestad de la madre que convive con hombre casado y separarlo de hecho de su propia mujer (solución negativa), posibilidad de condicionar el consentimiento del cónyuge (solución negativa), efecto de la condición puesta al consentimiento prestado (nulidad del propio consentimiento), etc.

Después de haber tratado de la impugnación de la solicitud de afiliación y de sus impedimentos, considera el autor a la “affiliazione” como institución “de jure condendo” y pronostica su permanencia incluso en una eventual codificación sustitutiva de la vigente.

Propone que se extremen las cautelas y se den al juez facultades inquisitorias para evitar la “affiliazione” de hijos propios del afiliante que lo fueren naturales, adulterinos o incestuosos, y para evitar también, o en su caso, revocar las afiliaciones llevadas a cabo al objeto de explotación del menor. Llega incluso a propugnar la fusión en un mismo instituto, oportunamente cautelado, de la “affiliazione” y de la adopción.

Así se cierra la obra de Salvi que, si no abunda en ideas nuevas y plenamente originales, lo que en esta materia no es fácil, ha logrado una exposición cuidada, completísima y ordenada de cuanto hace relación a la institución de referencia. No es aventurado vaticinar que el nombre de su autor, actual profesor adjunto del eminente Cicu, no tardará en figurar entre los de los mejores civilistas italianos de la presente generación.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

TRABUCCHI, Alberto.—“*Istituzione di diritto civile*”.—4.^a edición, Padua, Cedam, 1948, 812 págs.

La bella serie de “*Manuali delle scienze giuridiche*”, de la conocida editorial Cedam, ofrece esta cuarta edición, revisada y puesta al día, de las instituciones de Trabucchi, que sí, como el propio autor confiesa en el prólogo, comenzaron siendo meros apuntes tomados en su cátedra por un oyente, han adquirido una fisonomía propia y una clara notoriedad. La distribución de materias sigue siendo original, y el autor se mantiene fiel a sus particulares convicciones. En los diez capítulos de la obra aparecen estudiados, sucesivamente: el derecho privado en general y sus fuentes, el derecho de las personas, la vida de los derechos subjetivos, el derecho de familia, la empresa y la sociedad, los derechos sobre bienes (propiedad y demás derechos reales), los derechos de obligación, los principales contratos nominados, las sucesiones por causa de muerte y las donaciones. Característica del libro es la de no poseer ni una sola nota bibliográfica, carencia que pretende justificar el autor alegando en el prólogo que el curso institucional no es un resuento de nociones y teorías, sino un libro de introducción a la vida jurídica de quien se halla fuera de ella. Constituyendo evidente acierto el de resaltar de modo extraordinario los principios fundamentales del derecho civil relegando a la penumbra todo lo accesorio o circunstancial.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

VASSALLI, Filippo.—“*Motivi e caratteri della codificazione civile*”.—Milano, 1947, 34 págs. Sep. de “*Riv. it. per le scien. giur.*”, 1947, vol. I.

Difícilmente podrían contenerse en tan pocas páginas tantos elementos elegidos e ilustrados con la penetración del ilustre maestro, sobre la génesis del Código civil vigente, tanto más preciosos cuanto que no pueden olvidarse los defectos de publicación de los verdaderos trabajos preparatorios de aquél y los problemas de técnica jurídico legislativa que implica la realización de las propugnadas reformas depurativas en las que, al parecer, trabajan misteriosas comisiones.

El fin que el autor se propone en esta reseña históricocritica de los trabajos de reforma que precedieron al Código de 1942 y que se llevaron a cabo entre las dos guerras mundiales, es el de ofrecer material a los estudiosos para reemprender el examen de los problemas de política legislativa y de técnica jurídica, de los cuales, dice, cada ley no es más que una solución más o menos provisional.

Los elementos contenidos en el trabajo excluyen de modo radical la idea de que la reforma pueda justificarse con la necesidad de reaccionar ante una dirección política superada y harto zaherida. Esta apreciación, unida a la emergencia a través de los datos consignados, de la ingente aportación científica, y concretamente de la directiva de organización y propulsión codificadora del Guardasellos Grandi, hace que a aquélla y a

éste se deba la justicia de tal reconocimiento, que no es lícito desaparezca bajo la conjura de hostilidad y silencio que hoy le rodea.

El trabajo adquiere cierto tono polémico cuando el autor tacha de inexacta la creencia en una efectiva penetración en el Código de las doctrinas políticas de la época en que fué redactado. Las mismas formulaciones, dice, de la Carta del Lavoro, no representan sino una orientación general, también advertida con sorprendente analogía en otros países y difundiida en el mundo por la ley universal que regula la evolución de la sociedad. No puede considerarse de otro modo un Código que representa un punto de llegada hacia el cual han confluído las exigencias de la sociedad en una época determinada y los resultados de la doctrina en igual período, coordinándose en una estructura más o menos orgánica, más o menos perfecta. En todo caso, puede ser el "codice" "monumentum aere perennius" si se considera en su dinámica función de promotor de un intenso trabajo científico y jurisprudencial. Tal es el aspecto bajo el que se cubren los fallos y defectos del Código, que, por otra parte, tiene casi siempre motivos de justificación mediata o inmediata, que el autor considera particularmente.

Manuel GITRAMA GONZALEZ

VITORIA BURGOA, Ursicino.—“Con la identidad del Derecho hacia la unidad legislativa española”.—Burgos, 1948, 88 págs.

Siendo tan escasos los esfuerzos de los juristas españoles en pro de la unidad legislativa, merece plácemes este intento del Notario Sr. Vitoria, en que su autor reúne junto a su experiencia notarial el resultado de muchas horas de meditación sobre el tema.

Para Vitoria la fundamental tesis de los detractores de la unidad se encierra en subrayar las diferencias de las regiones forales entre sí y con respecto al Código civil; él descubre en todo momento un fondo histórico análogo que podría acercar aquellas distintas posiciones, cuyo alejamiento, en su opinión, responde más a la actividad del legislador que al sentido jurídico y humano de los súbditos.

En la obra se analizan aquellas peculiaridades forales siguiendo el plan del Código civil y se afirman por modo de conclusiones datos muy interesantes que corroboran la posición del autor. Los ejemplos que cita, tomados de su experiencia profesional, son bien aleccionadores y confirman la especie bien generalizada de que ni la técnica ni el sentido jurídico del pueblo constituyen un obstáculo insuperable para la unidad. El trabajo que se analiza representa un propósito loable, como todo lo que tiende a unidad, y aunque se advierte la ausencia de argumentos conocidos (políticos, científicos y técnicos) y la polarización del esfuerzo frente a la tesis de la *inexistencia de diferencias fundamentales*, es lo cierto que este último reparo es, en definitiva, el único escollo serio frente a la labor unificadora, pero nunca puede ser un abismo que impida la unificación.

El propósito del autor se desvía a veces. Así, en unos casos no se analiza la materia, sino que se propugna la conveniencia de unificar; ejem-

plos: personas, páginas 13-14; condición hijos y alimentos, páginas 15 y 16; peculiares, página 20; adopción, página, 21; requisitos testamentos, página 32...

En otros casos el autor no tiene más remedio que reconocer la diversidad foral, véase al hablar de las legítimas, página 42.

Por lo demás, resulta de mérito en el trabajo los análisis que intenta de las diferencias forales y de lo distintos derechos en la Península, y si en este particular el esfuerzo no aparece más enjundioso hay que proclamar en todo caso la virtud al iniciarla y reconocer que lo que no hicieron los historiadores no puede exigírsele con mayor perfección a un Notario, aun con todas las calidades y méritos del Sr. Vitoria Burgoa.

Finalmente, las páginas últimas en que registra la presencia de un "substratum" peculiar y característico, que no ha podido hacer desaparecer la legislación civil, representa el esfuerzo del notariado, que siempre vuelve sus ojos al fondo unitario.

Vicente GUILARTE

Revistas

I. Derecho civil

I. Parte general

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

ALCANTARA SAMPELAYO, José: "La capacidad de la mujer casada en circunstancias extraordinarias, en que el marido no puede prestar autorización". Revista de Derecho Privado, 385, 1949; págs. 304-309.

Se producen en la vida una serie de circunstancias similares a la ausencia que dan lugar a la misma imposibilidad de ocuparse de sus asuntos y a menudo la mujer casada tiene que atender a ellos; en base a un supuesto práctico llega el autor a la conclusión que siendo el actuar de la mujer puramente voluntario engendra obligación para el marido; propugna por el reconocimiento de la plena capacidad de la mujer, cuando por la apremiante urgencia del caso o la imposibilidad personal del marido impiden recabar la autorización marital, además de constituir la solución más adecuada, es un adelanto en el proceso de reconocimiento de la capacidad de la mujer casada, y, sobre todo, proporciona una solución para todos aquellos casos análogos en los que haya una imposibilidad por parte del marido de atender a sus asuntos, en aquellas situaciones similares a la ausencia, en que, como en ella, hay que actuar en negocios que no admiten demora sin perjuicio grave.

BOULET, Rafael: "Condición jurídica de los títulos nobiliarios". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 86, 1949; págs. 3-6.

Partiendo de la base de que se trata de derechos de la persona, expone una síntesis de lo que constituyó una Memoria presentada al Congreso de Genealogía y Heráldica que se reunió en Barcelona el año 1929.

Cree que cuanto se refiere a la concesión debe ser materia graciable y de Derecho público; pero que, otorgada la merced, la Carta de concesión será la norma que en lo sucesivo presidirá su vida; por lo tanto, se advierte una dualidad: Derecho público, de un lado, y Derecho privado, de otro, para mutuamente respetar su esfera de acción. Del carácter de derecho de personalidad que le atribuye hace derivar sus notas distintivas: inalienable, perpetuo, imprescriptible, y constituyen una vinculación.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Designación del lugar de enterramiento por los jueces instructores en los casos de muerte violenta". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 84, 1949; págs. 3-5.

Normalmente, los cadáveres se inhuman en el término municipal donde ha tenido lugar el fallecimiento; sin embargo, la designación del lugar de enterramiento, también en circunstancias normales, no compete al encargado del Registro Civil, quien se limita a expedir la licencia de sepelio, y, una vez cumplido dicho requisito, puede la inhumación verificarse en cualquiera de las parroquias que comprenda la demarcación. En los casos de muerte violenta, la designación del lugar de enterramiento puede decretarla la autoridad judicial y concretamente el juez instructor del sumario, sin necesidad de tener que atemperarse a la circunstancia de que sea el término municipal donde la muerte ocurrió.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Rectificación de las actas de nacimiento en las que hubiese inscrito como ilegítimo o natural un hijo verdaderamente legítimo". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 85, 1949; págs. 3-5.

Analiza tres supuestos: el primero, el de que creyendo interpretar la Ley, se inscribe como ilegítimo uno que no lo es; el segundo, las inscripciones en que, por Decreto de 3 de febrero de 1932, se prohibió consignar en las actas de nacimiento la condición de "legítimo" o "ilegítimo". Para el primero, tratándose como se trata de una discordancia entre el Registro y la realidad, existe el remedio de la Real Orden de 26 de julio de 1912, mediante el expediente que en la misma se preceptúa; para el segundo, se dictó el Decreto de 3 de mayo de 1938, que derogó el de 1932, restableciendo en su total vigor el artículo 48, número 7.^º, de la Ley de Registro Civil. El tercer supuesto es aquel en el que, sin tener en cuenta las presunciones de los artículos 108, 109 y 110 del Código civil, se inscribe como ilegítimo o natural el que realmente tiene la condición de legítimo; considera puede ser subsanado por medio de la citada Real Orden de 1912 y 13 de marzo de 1917, si bien exigiendo como requisito un antecedente documental que revele la inexactitud.

FERNANDEZ VIVANCOS, Guillermo: "Reconocimiento de hijos naturales mediante expediente de inscripción fuera de plazo en el Registro Civil y anotación de reconocimiento de hijos inscritos como naturales sin haber sido reconocidos". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 88, 1949; págs. 3-6.

En el supuesto de que el reconocimiento de un hijo natural por acta de nacimiento se haga fuera del plazo—tres días—que señala el artículo 45 de la Ley de Registro Civil, aquél podrá hacerse en virtud del expediente regulado por los Decretos de 1 de mayo de 1873 y 19 de mayo.

de 1906, previa aprobación del Juez de primera instancia, como exige el Decreto de 11 de marzo de 1920.

GALLARDO RUEDA, Arturo: "El novísimo proyecto de apéndice foral gallego al Código civil". Revista de Estudios Políticos, 44, 1949; páginas 82-94.

Sistematizando su contenido, da a conocer el proyecto de apéndice del Derecho foral gallego al Código civil, concluído, por la Comisión designada, con fecha de 30 de diciembre de 1948. Considera que de su examen se infiere su gran semejanza con el elevado a los Poderes públicos el 30 de abril de 1915, adicionado este último con las normas especiales sobre comunidades, relaciones de buena vecindad entre colindantes, compañía familiar gallega y cargas forales, cuya conveniencia ha puesto de manifiesto el transcurso de casi treinta años.

LOPEZ ALARCON, Mariano: "Bases para una reforma del Registro Civil". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 90, 1949; páginas 3-5.

La desigualdad orgánica motivada por la Ley de 19 de julio de 1944, junto con la confusión legislativa que impera en este campo, son ambas circunstancias bastantes para determinar una reforma del Registro del estado civil.

Señala las bases de esta reforma, que, según él, deben tener como orientaciones fundamentales: Implantación del principio de inscripción, carácter rigurosamente técnico de la función, técnica del folio personal, integración del Registro Civil, fortalecimiento de la eficacia probatoria de la inscripción y carácter necesario de la inscripción del nombre legítimo, amplia y cómoda publicidad de los asientos, recurso gubernativo que se agota en la Dirección General de los Registros, índice fichero, etc.

MORENO MOCHOLI, Miguel: "La mujer mayor de edad y menor de veinticinco años puede entrar en religión sin o contra la voluntad de su padre o madre en cuya compañía viviere". Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 5, 1949; págs. 543-581.

Los antecedentes de nuestro Derecho y la doctrina han sido unánimes en considerar que la mujer mayor de edad y menor de veinticinco años puede abandonar el domicilio de sus padres para tomar estado, entendiendo éste en el doble sentido, matrimonial y religioso. No obstante, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1901, que motiva este estudio (única) lo entendió en sentido contrario. Posteriormente, el Apéndice correspondiente al Derecho foral de Aragón, en su artículo 12, precisa que son excepciones, cuando se trata de tomar estado de matrimonio o de profesión religiosa, lo cual viene a confirmar que en las palabras tomar estado está comprendido el religioso, al que tal nombre se le da en el pre-

cepto, y, por último, el criterio de permitir a la mujer emancipada ingresar en el claustro sin el permiso de su padre o madre, aunque no hubiere cumplido los veinticinco años.

2. Derechos reales

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

ALMEIDA PAIVA, Alfredo de: "Em torno da extinção de enfiteuse". Revista Forense (Brasil), 541, 1948; págs. 33-41.

Analiza esta institución a través de los derechos helénico, romano, feudal y portugués; centra su estudio a la legislación brasileña, en la que recientemente ha sido aprobado un proyecto de ley por el que se permite la extinción de la enfiteusis por rescate, mediante el abono de determinada cantidad, llegando a las siguientes conclusiones:

No existe ningún principio de derecho que prohíba la extinción de las instituciones jurídicas de carácter perpetuo.

La extinción de la enfiteusis, mediante abono de determinada cantidad, se equipara a una indemnización, siendo perfectamente legítima, y como tal no ofende a los derechos del dueño directo.

Dicha extinción constituye un imperativo de la evolución económica, social, política y jurídica.

BLANCO-RAJOY, Benito, y REINO CAAMAÑO, José: "Diversas formas de condominio en la región gallega". Foro Gallego, 47-48, 1948; páginas 187-196.

Los señores Reino Caamaño y Blanco-Rajoy, vocales de la Comisión Foral de Galicia, proponen en el presente artículo a la citada Comisión las modalidades peculiares de aquella región, en cuanto a cosas objeto de condominio, que responden a las notas fijadas en el texto de las conclusiones aprobadas por el Congreso de Derecho Civil, de Zaragoza, dignas de ser recogidas en la unidad legislativa.

Examinan en primer lugar el condominio que ejercen los propietarios de los lugares diseminados por el campo, sobre los montes abiertos comprendidos dentro de las demarcaciones de sus términos. Tratan a continuación de un especial condominio de regadío, que denominan de *torna a torna*, en el que no hay posibilidad legal de articular una comunidad de regantes. Terminan presentando otra forma peculiar de condominio, el constituido por los muros que cierran el *perímetro de una agra*, es decir, el formado en un cerrado en el que existen múltiples fincas que pertenezcan a distintos propietarios.

SARAVIA, Enrique J.: "La prohibición de obrar de propia autoridad en materia de posesión". Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba (Argentina), 2, 3, 4 y 5, 1948; páginas 479-500.

Examina el autor los artículos 2.468 al 2.470 del Código civil argentino, consagrados a la protección de la posesión, con la prohibición de obrar de propia autoridad e indicación de los requisitos necesarios para el ejercicio de la defensa privada. Encuentra su fuente más inmediata en los párrafos 320, 339 y 344 del Código de Austria, y que al traducirlos a la lengua castellana han dado lugar a lamentables equivocaciones.

Termina afirmando que la ley no tolera, en ningún supuesto, se prescinda de las vías legales para dirimir toda controversia sobre la posesión, cualquiera que sea la naturaleza, prohibiendo, por consiguiente, toda clase de turbación.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

FERRER MARTIN, Daniel: "Modificaciones introducidas en la Ley de Arrendamientos Urbanos en materia de procedimiento". Revista General de Derecho, 55 y 56, 1949; págs. 215-222.

Agrupa las modificaciones introducidas en la L. A. U. de 31 de diciembre de 1946 por la de 21 de abril de 1949, en: modificaciones sustanciativas y modificaciones procesales. Se ocupa de estas últimas, que clasifica en: A) Modificaciones que consisten en un simple cambio de numeración, sin introducir alteraciones en el texto; B) Modificaciones consistentes en un cambio de numeración y que introducen en el fondo del precepto alteraciones accidentales y de escasa entidad, y, por último: C) Modificaciones esenciales, estudiando en cada uno de ellos las alteraciones, del tipo señalado, que han sufrido.

HENRIQUEZ, Jesé: "Explicaciones elementales de obligaciones y contratos". Foro Hondureño, 8, 1949; págs. 241-244.

Refiriéndose al artículo 1.387 del C. c. hondureño, estudia las obligaciones a plazo, examinando los conceptos de plazo, día cierto, y analizando las diferencias entre plazo y condición, ya que el primero forzosamente ha de llegar, mientras que la segunda se basa en una incertidumbre; finaliza consignando una diferencia entre plazo y condición en el sentido de que lo que se debe con término y plazo se debe desde el día del contrato, y si la obligación es condicional suspensiva, ni se debe ni se puede pedir lo prometido hasta que la condición se cumpla, y si ésta es resolutoria, hasta que se realiza tiene lugar la pérdida de los derechos adquiridos.

MENENDEZ PIDAL: Juan: "El contrato de trabajo en relación con el servicio militar y la defensa nacional". *Revista de Derecho Privado*, 386, 1949; págs. 422-431.

Siendo obligatorio el servicio militar, es evidente que al no poder sus traerse a su prestación, la efectividad del mismo no podría dar lugar al despido, de ahí que el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo preceptúe que no podrá darse éste por terminado debido a la ausencia motivada por el servicio militar, quedando facultado el empresario, en el momento en que el antiguo trabajador se presente para prescindir de los servicios del que con esta condición hubiera ocupado este puesto. Estudia a continuación los problemas derivados de su naturaleza jurídica, la solución que encuentra en el Derecho comparado, la duración del servicio militar, la posibilidad de pactos en contra, etc.

4. Derecho de familia

A cargo de José M.^a CODINA CARREIRA.

GALLARDO, Ricardo: "La adopción". *Ciencias Jurídicas y Sociales. Órgano de la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad de El Salvador*, 11 y 12, 1948; págs. 417-425 y 541-547.

Examina el autor esta institución, que se encuentra ausente del Código civil salvadoreño, definiéndola como aquel contrato (o un acto) que crea entre dos personas (adoptante y adoptado) relaciones puramente civiles, de paternidad o maternidad, por una parte, y de filiación, por otra.

Indica las condiciones que debe reunir el adoptante: edad mínima, diferencia apreciable de edad con el adoptado y no tener descendencia.

Se refiere, por último a los efectos que produce la adopción, sentando como principio básico que el adoptado nunca entra a formar parte de la familia del adoptante..

SANS, José: "Del esponsalicio o excreix". *La Notaría*, 1 y 2, 1948; páginas 125-131.

Indica los diversos nombres con que se ha conocido a esta institución, de origen godo, recogida en las Constituciones de Cataluña y en disposiciones especiales; según la cual, y caso de haber heredamiento universal a favor de éste, se otorga por los mismos o por aquél solamente a favor de la contrayente, en consideración a sus cualidades personales y a la dote. No debiendo confundirla con la donación "propter nupcias" romana.

Afirma que el excreix no tiene tasa, y que puede ser objeto de cualesquiera clase de bienes, aunque lo general es fijarlo en moneda.

VALVERDE MADRID, José: "Los parafernales confesados". Nuestra Revista, 758, 1949; págs. 1-3.

El autor obtiene del contenido de los artículos 95 y 96 del vigente Reglamento Hipotecario, un subgrupo nuevo dentro del grupo de los bienes de la mujer casada retenidos en propiedad y administración por la misma, que denomina "parafernales confesados" y define como aquella masa patrimonial perteneciente en propiedad y administración a la mujer casada y adquirida después del matrimonio e inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad, con la restricción de ser necesario el consentimiento del marido para su enajenación.

VALVERDE MADRID, José: "Efectos de los parafernales confesados". Nuestra Revista, 765, 1949; págs. 1-3.

Trata de los efectos que, en relación con el derecho civil y mercantil, produce la inscripción en el Registro de la Propiedad de la nueva masa patrimonial creada a favor de la mujer casada al socaire del artículo 95 del vigente Reglamento Hipotecario, a la que el autor denomina parafernales confesados.

En cuanto al derecho civil, se refiere a la creación de un patrimonio especial a favor de la mujer casada al operarse la subrogación real; así como posibilidad de pedir hipoteca legal sobre los bienes de su esposo.

Respecto al derecho mercantil, la inscripción será constitutiva, declarativa-inmunizante o legitimadora, según los casos.

5. Derecho sucesorio

A cargo de José M. CODINA CARREIRA.

CREHUET, Pompeyo: "El fideicomiso en caso de abintestato". La Notaría, 1 y 2, 1948; págs. 99-112.

Considera este fideicomiso, como una modalidad específica de la sustitución fideicomisaria condicional, consistente en que la condición es postestativa y está en función del deber de restituir, quedando intocable el de conservar.

Observa los efectos jurídicos que produce esta sustitución, que ha de ser expresa y no podrá comprender más que dos llamamientos.

Termina afirmando que este fideicomiso no puede perjudicar la legítima, y que la mejora tan sólo puede gravarse siempre que los favorecidos o perjudicados con tal sustitución sean descendientes del causante.

FLORIANO, Raúl: "A qualificação das testemunhas no testamento cerrado". *Revista Forense (Brasil)*, 540, 1948; págs. 368-369.

El Código civil brasileño no exige la idoneidad de los testigos que intervienen en los testamentos.

Se refiere el autor concretamente al testamento cerrado, manteniendo que no es necesaria la cualificación de los testigos, a pesar de que la doctrina y la legislación extranjera lo prescriben, pues ella nos ayudaría a evitar que los testigos fuesen idóneos, pero, sin embargo, no evitaría que lo sean los herederos instituídos, sus ascendientes y descendientes, hermanos y cónyuges, y los legatarios.

REQUENA, Angel: "Variaciones sobre la cuarta marital". *Revista General de Derecho*, 54, 1949; págs. 148-150.

Afirma el autor que la mujer tiene derecho a reclamar esta sucesión forzosa en tanto sea pobre e indotada.

El derecho nace en el momento mismo de la muerte del testador, siendo condición necesaria la circunstancia de vivir juntos los cónyuges al ocurrir el fallecimiento del marido, debiéndose entender que viven juntos aun cuando de hecho vivan separados, cuando la separación de la mujer no se deba a actos propios y se imponga por la fuerza de las circunstancias.

II. Derecho hipotecario

A cargo de Pascual MARÍN PEREZ.

GARCIA-ARANGO Y CANGA, Ladislao: "Divagaciones hipotecarias". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 251, 1949; págs. 258 a 265.

Breve trabajo en el que el autor vuelve sobre el tan debatido problema de la inscripción del derecho hereditario "in abstracto" en relación con el trato sucesivo contenido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, existiendo una laguna, a juicio del autor, consistente en la falta de regulación del trato abreviado o comprimido, en este caso concreto de conversión de titularidades.

NUÑEZ LAGOS, Rafael: "El Registro de la Propiedad español". *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 250 y 251, 1949; págs. 137 a 171 y 217 a 257, respectivamente.

V. sobre este artículo el trabajo del Sr. Ballarín publicado en la sección "Notas críticas" de este mismo fascículo.

RAMOS FOLQUÉS, Rafael: "La hipoteca y la inscripción después del Código civil", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 250, 1949; págs. 172 a 193.

Continuando el trabajo anterior sobre esta misma materia, del que, oportunamente, se dió cuenta y en el que estudia este mismo problema, referido a la etapa anterior a la publicación del Código civil, en este trabajo hace el autor un estudio crítico del artículo 1.875 del Código, con las opiniones de Comas y Sánchez Román, y de la hipoteca, a través de los textos hipotecarios de 1909, 1944 y 1946, analizando el valor constitutivo de los preceptos legales, sus excepciones, la separación y distinción conceptuales entre contrato y derecho real de hipoteca; la posible eficacia de los artículos 313 de la Ley y 586 del Reglamento; la crítica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el carácter constitutivo de la inscripción de hipoteca, ya que aquélla no sólo da eficacia a ésta, sino a todos los derechos reales cuyo nacimiento extraregistral sea indiscutible, sosteniendo que la fuerza que se viene atribuyendo a la inscripción de hipoteca es indispensable a todos los derechos reales, porque con la inscripción adquiere la más fuerte protección jurídica todo contrato de trascendencia real.

RAMOS FOLQUÉS, Rafael: "El principio legitimador y la hipoteca". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 252, 1949; págs. 318 a 333.

Después de una justificación filosófica del principio legitimador, lo centra en la Ley de Reforma Hipotecaria, de 30 de diciembre de 1944, especialmente en los párrafos 25 y 26 de su exposición de motivos y en el Código civil, de cuyo artículo 1.875 hace un análisis filosófico indagatorio de la mente del legislador y filológico de su texto, para acabar concluyendo que el principio legitimador, con las características con que el autor lo concibe, no puede regir respecto de la hipoteca en el concepto que la doctrina y la jurisprudencia infieren del artículo 1.875 del Código civil; y si el principio rige para la hipoteca, es porque ella nace extraregistralmente, según el autor.

Después de una serie de consideraciones interesantes, acaba propugnando "para todos los contratos registrables un artículo como el 1.875, a pesar de sus defectos gramaticales", que sea implantado en nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual el autor se muestra partidario de la teoría sustitutiva del modo por la inscripción.

VILLARES PICO, Manuel: "La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 252, 1949; págs. 289 a 317.

En este trabajo se trata de demostrar, una vez más, la afirmación que se hace en el título. Para ello se analiza, a través de los textos de la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 y de los dis-

cursos parlamentario de la época, llegando a la conclusión de que fué ese el propósito del legislador.

El autor aprovecha la ocasión para hacer una clara exposición del principio de fe pública registral y de sus condiciones de actuación e insistir, una vez más, en el tan manido estudio de la figura del tercero hipotecario a los efectos de "la fe pública".

Estudia también las fases en la adquisición de los derechos reales sobre bienes inmuebles y acabó por sostener que la transmisión inscrita excluye a la no inscrita "porque para la adquisición basta que sea título, ya que el modo lo es la inscripción".

Estas consideraciones le llevan a afirmar que en caso de títulos incompatibles "no es que deje de haber aspecto traslacional para el segundo titular o para el titular que inscriba, sino que lo que sucede es que hay la pena de nulidad o ineficacia para el que no inscribió y el premio de la eficacia para el que inscribe".

III. Derecho mercantil

1. Parte general

A cargo de E. VERDERA Y TUELLS.

BRUNETTI, Antonio: "Il Diritto della Economia", Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale, vol. II, fasc. 1-4; págs. 7-13.

El Derecho de la Economía es la expresión positiva de la política económica en un determinado momento histórico o, en otras palabras, el conjunto de leyes emanadas del Estado por la necesidad de disciplinar determinados fenómenos económicos. El Derecho de la Economía no se propone regular en particular las relaciones económicas, sino fijar las directrices de la economía organizada, esto es, constreñir el hecho económico en la fórmula de la ley en interés de la colectividad. El Derecho económico reposa sobre la autoridad de la ley, lo que significa inserción en mayor o menor medida del Estado en el proceso económico.

La pervivencia de las normas de Derecho económico, antes típicas de períodos bélicos, se explica por el carácter total de las guerras, hoy choques de pueblos, no simplemente de ejércitos.

Ante la actual situación de Italia, el autor no cree en un retorno a la economía libre. El problema imponente planteado es el de la reconstrucción, y ningún Gobierno puede proponerse resolverlo sin la base de una sólida legislación económica. Pero estas mismas necesidades son las que ponen límites a esta intervención estatal.

CASANOVA, Mario: "Impresa e societá", *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. II, fasc. 1-4; páginas 1-7.

Frente a la doctrina dominante en Italia, el autor afirma no es exacto que el legislador coloque sistemáticamente en dos planos distintos las acciones de empresario y sociedad. El derecho positivo vigente equipara sin más sociedad a empresario (colectivo), sin tomar en consideración la posibilidad de que falten en la sociedad requisitos exigidos con carácter general al empresario. La distinción entre sociedades civiles y mercantiles está presidida por un criterio de índole sustancial, mientras que es puramente formal el que da investidura jurídica al empresario (colectivo). Los dos requisitos fundamentales de la figura del empresario (profesionalidad del ejercicio y organización de una actividad económica, productora o de cambio) se encuentran siempre en toda forma de sociedad. No existe ninguna actividad económica organizada y ejercida profesionalmente que quede fuera de la noción de empresa.

GARRIGUES, Joaquín: "Aspetto iurídico dell'Impresa", *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. II, fasc. 1-4; págs. 51-57.

Los juristas han fracasado al querer transformar el concepto económico unitario de empresa al campo jurídico; pero ello no impide tratar de la empresa en su aspecto jurídico total, siempre que se parte del postulado de que la empresa es ante todo una comunidad de trabajo, y el empresario, un mediador en el trabajo ajeno. Esta concepción falta en los derechos mercantil y laboral clásicos. La transformación de las empresas primitivas, a través de la sociedad colectiva, en las modernas sociedades anónimas ha producido consecuencias interesantísimas.

Para superar los antagonismos existentes en el seno de la empresa, la asociación de sus elementos personales sería la forma jurídica perfecta, y el camino más adecuado, la utilización del contrato de trabajo puro con ingredientes del contrato de sociedad, especialmente la participación en los beneficios, principio justo, pero de difícil y peligrosa aplicación.

2. Sociedades

A cargo de E. VERDERA Y TUELLS.

BRUNETTI, A.: "Sulla pretesa personalità giuridica delle società personali", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1948, número 1; págs. 51 a 65.

El nuevo Código es innovador, especialmente en materia de sociedades, por lo que no se puede seguir afirmando la personalidad de todos

los tipos de éstas. En la nueva reglamentación, la personalidad jurídica ha sido negada a las sociedades personalistas, reconociéndoseles, sin embargo, una limitada autonomía patrimonial, necesaria para aislarlo del patrimonio personal de los socios y para asegurar su destino a los fines económicos de la sociedad. Las consecuencias prácticas de este régimen se concretan en varias prohibiciones.

En el nuevo Código civil, el reconocimiento por parte del Estado es un elemento esencial, de índole formal, teniendo verdadera y propia función constitutiva. El registro, en el caso de sociedades de capitales, dando vida al sujeto, es verdadera y propia "publicidad-constitutiva", por voluntad de la ley.

FERRI, Giuseppe: "Validità dei sindacati azionari di amministrazione", *Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale*, vol. II, fasc. 1-4; págs. 13-18.

Saliendo al paso a unas recientes sentencias de la Suprema Corte di Cassazione, que niegan validez a los sindicatos de administración, como contrarios al orden público, el autor, basándose en los principios informadores del derecho de sociedades italiano, propugna, en principio, su validez, aunque reconoce que la solución no podrá ser idéntica en todos los casos, variando en las diferentes hipótesis.

ROBLES ALVAREZ DE SOTOMAYOR, Alfredo: "Formas de concentración y dominio de las empresas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, abril 1949; págs. 415-447.

Es un estudio más económico que propiamente jurídico, en el que su autor estudia alguno de los problemas motivados por el fenómeno de la concentración de empresas, especialmente su licitud, naturaleza del vínculo, responsabilidad de las empresas participantes y las ventajas, inconvenientes y peligros de la concentración en España. Como formas específicas de concentración, señala los carteles, los grupos y los trusts. El cartel nace de un contrato del que surgen obligaciones correlativas. Renuncia a dar un concepto unitario de los grupos y señala como modalidades de éstos los consorcios de financiación y emisión, los de administración, los rings y las comunidades de intereses. También se estudian las sociedades en cadena y filiales, de participación, de colocación e inversión, y, como un último grado en la concentración de empresas, los trusts.

3. Obligaciones y contratos

A cargo de Jerónimo LOPEZ LOPEZ

AGUILAR GUTIERREZ, Antonio: "Notas sobre un régimen internacional del transporte terrestre en América". Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico. Año 1, núm. 3, sep.-dic. 1948; págs. 55-59.

Someramente, indica la historia de las relaciones interestatales para la reglamentación del transporte terrestre y los principales problemas que esto suscita (reconocimiento del libre tránsito, admisión del transporte acumulativo, problemas de Derecho internacional, coordinación de los distintos medios de transporte), a los que dedica un breve comentario.

COMTOIS, Roger: "La vente en bloc". Le Revue du Notariat, vol. 51, dic. 1948, núm. 5; págs. 174-182.

Analiza la regulación especial del tipo de venta al que se refiere, que define como "el acto por el cual un comerciante transfiere a otra persona, mediante precio, su establecimiento o fondo de comercio", concepto aplicable, según el autor, a toda enajenación a título oneroso. Examina el objeto de este contrato y las formalidades que deben acompañar a su consumación: "affidavit" contenido la relación nominal de los acreedores del vendedor con expresión de la cuantía de sus créditos y pago a los acreedores por el comprador, a cuenta del precio. Todo ello salvo casos especiales, que detalla, exponiendo igualmente las modificaciones que, a su juicio, deben verificarse en la regulación de esta venta. Finalmente, señala los efectos del incumplimiento de dichos requisitos (nulidad relativa) y la forma de subsanación de los mismos, las responsabilidades en que puede incurrir el adquirente, y hace algunas recomendaciones a los notarios.

ROSILLO HERRERO, Antonio: "La expansión del seguro y la nacionalidad de las empresas". Revista de Derecho Mercantil, vol. VII, número 20, marzo-abril 1949; págs. 245-259.

Analiza la historia de las tendencias expansionistas en el campo del seguro y reaseguro, con especial referencia al estado de la cuestión en España, que aún tiene gran parte de su mercado del seguro en poder de Compañías extranjeras, con funestas consecuencias en la balanza exterior de pagos, mientras que presenta la anomalía, contradiciendo los principios técnicos, de haber rescatado gran parte del reaseguro extranjero. Como problema conexo, estudia la nacionalidad de las Sociedades dedicadas al negocio del seguro, exponiendo la doctrina tradicional, el criterio del artículo 2.^º del Reglamento de Seguros de 12 febrero 1912, que critica en parte, la "doctrina del control" y su evolución y aceptación legislativa, y, finalmente, la legislación protecciónsta española, que estima insu-

ficiente, proponiendo diversas normas de política legislativa convenientes en el momento actual.

VICENTE CAMPOS, J.: "A responsabilidade civil das emprêsas de transporte e o problema da reparação às vitimas do tráego". Revista Forense, fasc. 537, III-1948; págs. 13-20.

Defiende el Proyecto núm. 762, de 1947, que determina en el caso propuesto la limitación de responsabilidad del transportista y el seguro obligatorio de vehículos, principios defendidos con anterioridad por el autor, que estima que el Proyecto debe ser convertido en ley, dada la insuficiencia y perniciosos resultados de la legislación brasileña en este punto.

4. Derecho marítimo

A cargo de Jerónimo LOPEZ LOPEZ

MONFORT BELENGUER, J. B.: "La obligatoriedad del libro de cargamentos". Revista de Derecho Mercantil, núm. 20; págs. 269-280.

Examina los preceptos legales que a él se refieren (arts. 612, 618, 623, C. de c.), la posición de la doctrina española, los precedentes históricos (estima que se deriva del "cartolari" del "Libre del Consolat de mar") y señala que en la práctica actual son el sobordo de la carga y el sobordillo del pasaje los que cumplen la misión del libro de cargamentos. Por último, expone la nueva finalidad concedida al sobordo por Orden de 17 junio 1943.

OTERO CABALLERO, Enrique: "El particularismo del Derecho de la navegación y la naturaleza jurídica de sus instituciones". Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de Córdoba). Marzo-abril 1948, núm. 1; págs. 51-66.

Siguiendo, como señala, a F. Gamechogoicoechea, analiza el tema propuesto, indicando la conveniencia de codificación separada del Derecho de la navegación en su conjunto, y estudiando—con algunos ejemplos—la peculiaridad de las instituciones del Derecho marítimo, que no cree pueden ser explicadas por las instituciones tradicionales del Derecho común.

SAUVAGE, F.: "La condition juridique des marchandises à terre, avant embarquement ou après déchargement". Le Droit Maritime Français, 1949; págs. 135-139.

En contraposición a régimen anterior, la ley de 2 de abril de 1936 se refiere solamente al transporte marítimo en su parte exclusivamente marítima, sacrificando la unidad a la unificación, como consecuencia de la

Convención de Bruselas de 22 agosto 1924. El Tribunal de casación ha determinado la aplicabilidad de las normas de transporte terrestre al caso que este artículo se plantea. El autor se declara partidario de esta solución, señalando sus consecuencias.

VICENTE CAMPOS, J.: "A responsabilidade do transportador marítimo e as cláusulas exonerativas e limitativas dessa responsabilidade". Revista Forense, fasc. 544, págs. 342-347, y fasc. 545, págs. 19-24.

En este trabajo, en curso de publicación, se examina la limitación de la responsabilidad del naviero y los tres clásicos sistemas que informan las legislaciones en este punto, el origen y desarrollo de las cláusulas de irresponsabilidad, la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia sobre su validez y el movimiento legislativo, incluso en el campo internacional, contrario a las mismas, indicando el criterio, hoy dominante, de exigir responsabilidad solamente por la culpa comercial. Expone la responsabilidad de los navieros en la época colonial y en el C. de c. brasileño, señalando la evolución que produce el cambio en la conceptualización de la naturaleza jurídica del contrato de fletamento, la posición de la doctrina y jurisprudencia brasileña, que las aceptan con limitaciones, y el desarrollo de la cuestión a partir del D. de 10-12-30, y la ayuda a los armadores de la Comisión de la Marina Mercante, que impone casi todas las cláusulas existentes en el mundo, lo cual critica el autor. Termina exponiendo los argumentos utilizados por la doctrina en pro y en contra de la validez de dichas cláusulas.

5. Varia

A cargo de Jerónimo LOPEZ LOPEZ

GONSALVES DIAS: "Da ação de enriquecimento cambiário". Revista Forense, fasc. 544, oct. 1948; págs. 334-341.

Después de hacer referencia a la evolución del principio de no enriquecimiento, su regulación civil en diversas legislaciones y los elementos de su concepto, estudia el enriquecimiento del deudor cambiario, los casos en que está sujeto a la acción de enriquecimiento, los presupuestos de dicha acción, su relación con la acción causal, naturaleza jurídica (estima el autor que no se trata de una acción cambiaria, sino civil, en el Derecho portugués), su objeto, requisitos, ejercicio y prescripción, con extensas referencias doctrinales y de Derecho comparado.

LANA, Valdemar: "O cheque como pagamento de aposta". Revista Forense, fasc. 540, jun. 1948; págs. 362-367.

Sostiene el autor la irrevocabilidad del cheque por contraorden o arbitraria nulidad del título imputable al que lo expidió, con objeto de lo-

grar por ese procedimiento el impago de una deuda de juego. Analiza, con relación a la doctrina y jurisprudencia, el origen del cheque en Brasil, la ley del cheque en dicho país, el pago mediante cheque, irrevocabilidad del mismo y el pago de apuesta.

NADELMANN, Kurt H.: "El Profesor Meili y el régimen de la quiebra en el Congreso Sudamericano de Montevideo". Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Universidad de Córdoba). Marzo-abril 1948, núm. 1; págs. 83-91.

La finalidad de este artículo es la exposición de las preferencias locales que los Estados sud y centroamericanos establecen en materia de quiebras, lo que representa un perjuicio para los prestamistas extranjeros, razón por la cual considera conveniente su abolición, recomendando entretanto a aquéllos suma cautela en la concesión de créditos sin garantía.

PALACIO CALLE, Carlos: "Anotaciones sobre el cheque". Estudios de Derecho, vol. IX, núm. 25, págs. 93-99, y núm. 28, págs. 109-120.

En este trabajo, en curso de publicación, puede encontrar el lector una breve información sobre la historia, sistemas legales y función económica del cheque, y el estudio de parte de sus requisitos formales, con referencia al Derecho colombiano, influido en este punto por la Negotiable Instruments Act, de Estados Unidos.

TALLADA, Manuel: "Cláusulas de exoneración de responsabilidad". Información jurídica, núm. 71, abril 1949; págs. 587-618.

Hace la delimitación del concepto y la clasificación, y examina después los precedentes en Derecho romano, ventajas e inconvenientes de estas cláusulas, el problema de su validez (con extensas referencias doctrinales), que contesta afirmativamente para el Derecho español, aunque señalando que por ser su aplicación peligrosa serán válidas solamente si desplazan o colocan la responsabilidad sobre los que de hecho están en condiciones de asegurarse y que sus límites son las cláusulas "ne dolus praestetur" y "non praestanda culpa lata", que analiza extensamente. Termina estudiando la eficacia e interpretación de estas cláusulas, los efectos de su nulidad sobre la validez del contrato en que se insertan, la acumulación de responsabilidad contractual y aquiliana y las cláusulas de no responsabilidad aquiliana. En los puntos esenciales de su estudio se refiere, si bien brevemente, a la jurisprudencia y doctrina españolas.

IV. Derecho notarial

A cargo de Juan HERNANDEZ CANUT.

FERNANDEZ, Luis: "La fe del conocimiento". *Nuestra Revista*, 768, 1949; págs. 1-3.

La fe de conocimiento concebida como la garantía que da el Notario de que los otorgantes de un acto o contrato son los mismos a quienes corresponden sus nombres, apellidos y demás circunstancias que figuran en la comparecencia, entraña, sin embargo, un gran peligro para el Notario, al cual, si bien se le exime de responsabilidad penal, responde civilmente, quedando vigente para él la derivada del artículo 1.902 del C. civil a pesar de que la acción u omisión de que se tiene que derivar tal responsabilidad debe ser voluntaria, y que el notario forzosamente ha de dar fe de conocimiento, pues si no lo hace deja defectuoso el documento público con defecto de nulidad; obra, por tanto, basándose en meras convicciones, apreciaciones o sugerencias de otros; por todo ello, considera debe ser sustituida la fe de conocimiento por la "identidad" de los contratantes, que reflejando más exactamente la función que en ella realiza el Notario le libra de toda responsabilidad.

FERNANDEZ, Luis: "El juicio de capacidad". *Nuestra Revista*, 769, 1949; págs. 1-2.

Junto a la capacidad legal o civil existe una capacidad que puede denominarse psicológica, de la cual debe también juzgar el Notario. Si bien no es necesario que el Notario mencione que los comparecientes tienen la capacidad necesaria para realizar el acto que pretenden, pues de lo contrario se abstendría de autorizarlo es, sin embargo, muy conveniente que el Notario robustezca la firmeza y vida del contrato con la declaración solemne y terminante de la capacidad legal y psíquica de los otorgantes con relación al acto o contrato que se proponen otorgar.

FERNANDEZ, Luis: "La unidad de acto y los otorgamientos sucesivos". *Nuestra Revista*, 770, 1949; págs. 1-3.

Una interpretación errónea de los artículos 695 y 699 del C. civil había dado a la unidad de acto una extensión absurda, pero la jurisprudencia del T. S., sobre todo en las sentencias de 1927 y 1930, dejó reducida la unidad de acto en los testamentos a la lectura, consentimiento y firma. Considera que en los casos de desdoblamiento del contrato en los que al otorgamiento simultáneo sustituye el llamado otorgamiento sucesivo, la unidad de acto sigue subsistiendo, pero con relación a cada otorgante, y termina afirmando que, salvo en el caso citado, la unidad de acto debe subsistir, por constituir la garantía de la verdad en cuanto al contenido

del documento, al igual que la fe de conocimiento lo es de la identidad de las partes y la afirmación de la capacidad de la aptitud legal y psíquica de los otorgantes.

FUENTES TORRE-ISUNZA, Juan B.: "Una reforma desarticulada".
Nuestra Revista, 764, 1949; págs. 1-2.

Las nuevas bases para clasificación de notarías establecidas por el artículo 77 del vigente Reglamento Notarial, considera el autor que perjudican al notariado y que quedó "desarticulado" al suprimirse la categoría personal, agravándose la cuestión con la supresión de notarías de capital de provincia, por la reciente demarcación notarial, sin la correlativa creación de notarías de capital "urbana". Sugiere que no es necesario alterar la demarcación notarial para satisfacer las aspiraciones del notariado, sino que basta modificar el artículo 77 del Reglamento elevando automáticamente a primera clase las notarías demarcadas en términos municipales que excedan de 35.000 habitantes y aplicando las reglas actualmente vigentes en cuanto a categoría de los Notarios que las desempeñen.

FUENTES TORRE-ISUNZA, Juan B.: "Sugerencias. La libertad de público y el arancel futuro". Nuestra Revista, 767, 1949; págs. 3-4.

La libertad de público debe coherenciar con la necesidad de evitar la competencia ilícita que deriva de cobrar los honorarios por bajo de los aranceles; no lo evita el artículo 4.^o del Arancel vigente de 5 de junio de 1916, pues los medios que señala son en la práctica poco convenientes y a menudo inútiles. Propugna, para evitar todos estos inconvenientes, que la base para fijar los honorarios del Notario sean independientes de la del impuesto de Derechos reales, fijándose de una manera automática, y para ello cree que lo más conveniente es establecer una capitalización del líquido imponible a un tipo cualquiera, y luego, fijada esta base, alterar las escalas en proporción a la base fijada, y que este tipo de capitalización no debe fijarlo el Arancel, sino por iniciativa del Colegio Notarial, con la aprobación o sin ella, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

V. Derecho procesal

A cargo de José ENRIQUE GREÑO
y Manuci GONZALEZ ENRIQUEZ.

1. Parte general

ALVAREZ GENDIN, Sabino: "La Ley de 17 de julio de 1948 sobre competencias". *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 44, marzo-abril, 1949; págs. 161-171.

Tras un breve análisis de Derecho comparado sobre la materia, estudia las innovaciones de la nueva Ley en torno al cambio de terminología, ampliación de los órganos que pueden sostener las cuestiones de competencia con la consiguiente supresión del recurso de queja por exceso de atribuciones de la Administración (lo que es loable por la sumisión del poder judicial al administrativo que suponía la situación anterior), procedimiento en las cuestiones de competencia negativa y órganos que deciden las cuestiones de competencia negativas y positivas, además de otros problemas que no afectan al Derecho procesal.

DELGADO, Alejandro: "Hacia una justicia mejor". *Revista de Jurisprudencia Peruana*, julio-agosto, 1948; págs. 415-457.

Enfoca el problema desde el punto de vista de la desmoralizadora situación actual, interna e internacional, y propugna como única solución la vuelta a los valores morales permanentes, y en espera de la Justicia. Estudia ésta bajo un aspecto moral y de Filosofía del Derecho. Concretando más, propone una completa reforma de la administración de justicia. Alude a las directrices de una reforma procesal, pero considera más importante la reforma del Juez como hombre, sobre las siguientes bases, entre otras: designación sin intervención política, inamovilidad, supresión de los ascensos, nombramiento de los jueces entre los abogados que hayan actuado en el foro, pronta jubilación, intervención personal y directa del Juez en los juicios, evitación de la defensa por apoderados, posibilidad de asesoramiento al Juez, etc. Alude también a la reforma del Ministerio Fiscal, del régimen de la apelación, a los Tribunales mixtos, a la formación de los abogados, etc.

DE MAGALHAES, Barbosa: "Prazos de caducidade, de prescrição e de positura de ações". *Jornal do Fero*, año 13, núm. 86; págs. 12-30.

El artículo comprende tan sólo una primera parte de un trabajo más amplio, en el que se aborda la diferenciación entre la prescripción y la caducidad, siguiendo una línea doctrinal que empieza con Isidoro Modica y que se examina sucesivamente en Salle de la Maniere, Ruggiero, Dusi, Gropallo y, finalmente, en Josserand.

DOS REIS, Alberto: "Suspenção da instancia". Revista de Legislação e de Jurisprudencia, año 82, núm. 2.903, págs. 49-53, y núm. 904, páginas 64-69.

Sostiene el profesor Dos Reis que la suspensión de instancia sólo puede ser ordenada a la altura de la decisión de la causa; en segundo lugar, el artículo 284 del Código de Proceso Civil únicamente autoriza la suspensión de la causa a decidir y de la causa prejudicial anteriormente propuesta y en ella unida.

Los poderes conferidos por el artículo 284 deben ser usados con toda prudencia para evitar perjuicios a quien recurre al juicio.

LIEPMANN, Enrico Tullio: "Chiovenda, o mestre de todos nós". Revista Forense, Río de Janeiro, octubre, 1948; págs. 331-333.

Analiza la formación de Chiovenda, las bases de su obra científica, centrada simultáneamente sobre el sentido de la Historia y sobre la aspiración sistemática y, finalmente, su influencia en la doctrina y en las codificaciones de Italia y de otros países latinos, en especial de Portugal y del Brasil.

MAGIDE DE PRADO, Mariano: "El beneficio de pobreza en la teoría y en la práctica". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Año XCVII, abril, 1949, núm. 4, tomo XVII; págs. 448-454.

El A. lamenta la situación creada por el litigante pobre de mala fe que promueve litigios sin más finalidad que la de llevar a una situación de miseria amparándose en preceptos procesales dictados con finalidad totalmente distinta. Estima que la solución adecuada para esta situación es la de practicar los preceptos contenidos en los artículos 40 y 41 de la L. E. C., utilizando el procedimiento de la misma Ley procesal (artículos 44-48). Recoge los considerandos de una sentencia dictada en el mes de enero de 1948 en el Juzgado de Saldaña, en la que se acepta el espíritu de los artículos 13 a 50 de la L. E. C.: estudio previo de los antecedentes en que el peticionario pretenda amparar su acción y rechazo de aquellas pretensiones que resulten absurdas. Insiste en que la aplicación recta del artículo 41 y siguientes de la Ley procesal incumbe de manera destacada a los abogados, cuya función en la aplicación de la justicia es fundamental.

MENDONCA, Fernando Augusto de: "Da ação penal e sua preeminência sobre a ação civil". Revista Forense, julio, 1948, págs. 11-19, y agosto, 1948, págs. 348-356.

Analiza los intentos de construir el concepto de acción penal sobre el modelo de la acción civil, rechazándolos, y, tras señalar las diferencias entre ambas figuras, llega a la conclusión de que mientras la acción civil,

la evolución de cuyo concepto estudia, se ha apartado en la doctrina moderna de su origen romano, al independizarse del derecho sustantivo, la acción penal se ha mantenido fiel a tal origen.

PARDO, Antonio J.: "Denuncia del pleito". *Estudios de Derecho* (Universidad de Antioquia), núm. 30, octubre 1948; págs. 359-366.

Se estudia la "litis-denuntiatio" como forma de acumulación subjetiva de acciones, examinándola en cuanto a los presupuestos para que pueda pedirse, al momento de ejercitárla, a su prueba, al supuesto de denuncias sucesivas y a su admisibilidad, y estableciendo, finalmente, un cuadro comparativo entre tal figura y la coadyuvación o intervención adhesiva.

2. Parte especial

AEREU, Eridano de: "O valor das acções de despejo quando nelas se verifique a cumulação de pedidos". *Jornal do Foro*, núm. 83, 2.º trimestre de 1948; págs. 102-111.

Sobre la base de unas resoluciones jurisprudenciales, se sostiene que, en caso de acumulación de la pretensión de desahucio con otra de indemnización, el valor de la acción ejercitada se obtiene por la suma del valor de ambas pretensiones, y no, como se sostuvo en segunda instancia, sólo por el valor de la de desahucio.

DE ABREU, Eridano: "A acção competente para efectivar o direito de livre fixação de renda fundada na sublocação". *Jornal do Foro*, año 12, núm. 84; págs. 170-177.

En relación con la Ley 2.030, de 22 de junio de 1948, que autoriza la fijación libre de la renta por el propietario a la terminación de la fecha del contrato de arrendamiento, sostiene el autor que la acción que se propone hacer rescindir un contrato de arrendamiento y obtener la entrega del predio arrendado es una acción de desahucio, según la doctrina más consagrada.

DE ABREU, Eridano: "Contra quem deve ser proposta a acção de despejo de prédios urbanos quando haja sublocação". *Jornal do Foro*, año 12, número 85; págs. 262-278.

La legislación actual no autoriza, en el sentir del autor, a que se pueda afirmar la existencia de relaciones jurídicas entre el propietario y el arrendatario, y por eso cuando aquél haya de proponer la acción de desahucio, la tendrá que proponer también en contra del subarrendatario solamente cuando reúna las condiciones del artículo 61, párrafo tercero, de la Ley 2.030.

PACHECO MEDINA, Miguel: "Inquilinato. Jurisprudencia del artículo 6.^o de la Ley 8.765". Revista de Jurisprudencia Peruana, julio-agosto 1948; págs. 409-411.

Estudia la evolución de la Jurisprudencia de la Corte Suprema en torno al citado artículo, que prohíbe la apelación o el recurso de nulidad contra sentencias de desahucio sin consignar previamente las rentas vencidas hasta la interposición del recurso. Propugna un mayor cumplimiento de dicho artículo por los Juzgados y Tribunales de instancia.

VI. Varia

A cargo de José ENRIQUE GREÑO.

MARTINEZ PAZ, Enrique: "L'organisation internationale des études de droit comparé". Bulletin Trimestrale de la Société de Legislation Comparé, núm. 4, octobre-diciembre 1948; págs. 737-740.

El profesor Martínez Paz, fundador en la Universidad argentina de Córdoba del Instituto de Derecho Comparado, se ocupa en su artículo del estudio de la organización de los estudios de Derecho comparado, que estima deben fundarse en una identidad de métodos, y más todavía en la conciencia de los fines perseguidos. Esta organización de los estudios de Derecho comparado supone, en su concepto:

1) La existencia de centros de búsqueda, de difusión y de coordinación de materiales legislativos y bibliográficos indispensables a la comparación.

2) Una similitud en los fines perseguidos que tiende a crear una mentalidad jurídica internacional y que al mismo tiempo ayuda a la crítica de la legislación nacional y prepara la transformación de las legislaciones.

**RESOLUCIONES DE LA
DIRECCION GENERAL
DE LOS REGISTROS Y
DEL NOTARIADO**

Dirección General de los Registros y del Notariado

RESOLUCION DE 21 DE ABRIL DE 1949

Prohibición inscrita de disponer.

En testamento otorgado en 1935, dispuso la causante que se constituyera el gravamen correspondiente sobre finca de su propiedad a fin de asegurar el pago de determinadas mandas piadosas, instituyendo en el resto, y a título de legatario usufructuario, con prohibición expresa de disponer, a don A. V. L.-Z. Los albaceas no llegaron a constituir gravamen determinado para garantizar las referidas mandas, aunque se mencionaban en la inscripción sucesoria del usufructo. No habiendo pagado el usufructuario durante cuatro años una de las mandas, la Asociación piadosa, a cuyo favor estaba constituida, le demandó en declarativo de menor cuantía, llegándose a la subasta y adjudicación del usufructo. Presentada la primera copia de escritura judicial de venta en el Registro, mereció la siguiente nota: "No admitida la inscripción del precedente documento porque apareciendo don A. V. L.-Z. titular, según el Registro, del derecho de usufructo del cortijo X., a título de legado con substitución a favor de varias personas y prohibición de enajenar y gravar hasta que concurren las circunstancias previstas en el testamento que produjo la inscripción primera de la finca 11.226..., el Juzgado actuante, en función de representación del titular, no obstante otras facultades que las que asisten a éste toda vez que no aparece claramente en el Registro constituida con garantía real la obligación que produjo el procedimiento judicial que ha motivado la venta de dicho usufructo. En consecuencia, es ineficaz, a los efectos de inscripción, la escritura presentada. No procede anotación preventiva, por ser insubsanable el defecto."

Interpuesto recurso gubernativo contra esta calificación, alegó el recurrente que en el testamento había dos cláusulas contradictorias; que, contra lo afirmado por el Registrador, existe el gravamen garantizador del pago de las mandas piadosas, aunque no se le dé el nombre de censo ni se señale procedimiento para la ejecución, perjudicando a tercero y al propio legatario; que en su día fué admitida la anotación preventiva del embargo en ejecución de sentencia, y que el Juzgado tenía personalidad para vender el usufructo, porque, asumiendo la representación del titular, ostenta no sólo sus facultades, sino también sus obligaciones.

El Registrador expuso en defensa de su nota: Que la prohibición inscrita de enajenar, dentro de los límites permitidos por la ley y derivada de acto lucrativo, cierra totalmente el Registro; que, según el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, no era posible la transmisión, porque el usufructuario carecía del *ius disponendi*; que los asientos registrales de mera garantía, como la anotación preventiva, no modifican la naturaleza del derecho a que afectan ni convertirán en enajenables los que no lo sean, y que las facultades del representante no pueden sobrepasar a las del representado, y, por ello, la autoridad judicial, al actuar, lo hacia dentro de los mismos límites y con las mismas prohibiciones que aquél.

El Presidente de la Audiencia confirmó la calificación registral, y la Dirección General ratifica el auto apelado. Vistos los artículos 467, 468, 469, 470, 504, 513, 781, 787 y 797 del Código civil; 1, 26, 27 y 42 de la Ley Hipotecaria y 145 de su Reglamento, y las resoluciones de 7-III-1893, 8-X-1902, 11-VIII-1916, 7-VII-1920, 23-VII-1924, 7-I-1928, 13-VII-1933 y 30-XII-1946, establece la siguiente doctrina:

A) *Los albaceas, no obstante sus amplísimas facultades, no configuran con la necesaria claridad el carácter real de las cargas piadosas, que resultan inscritas con evidente obscuridad e imperfección.*

B) *Cualquiera que sea la naturaleza de las prohibiciones de disponer y la mayor o menor aceptación de que gocen en la doctrina, sancionan los actos realizados contra ellas con la simple nulidad y excepcionalmente con la resolución del derecho del favorecido.*

C) *La voluntad subrogatoria de la autoridad judicial en el proceso de ejecución no puede traspasar los límites del derecho subjetivo del obligado y de su poder de disposición.*

D) *El artículo 1.911 del Código civil no basta para atribuir eficacia a la enajenación forzosa llevada a cabo por el Juez, toda vez que el usufructo transmitido formaba parte del haber del deudor con las referidas limitaciones testamentarias.*

E) *Para que sea inscribible la escritura de venta otorgada en rebeldía del deudor cuyo derecho consta inscrito en el Registro, sujeto a prohibición de enajenar, en asiento que se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales, es preciso que previamente declaren éstos cuál sea el alcance de la prohibición y si la enajenación forzosa da lugar a la extinción del derecho del usufructuario y, consiguientemente, efectos de la substitución.*

Arturo GALLARDO RUEDA

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

TRIBUNAL SUPREMO

1. La fecha en el Testamento ológrafo

(SENTENCIA 4 NOVIEMBRE 1947)

La sentencia de 4 de noviembre de 1947, recogiendo la doctrina sentada en otras anteriores, considera como requisito esencial para la eficacia o validez del testamento ológrafo la expresión del día, mes y año en que el testamento se otorgue, de suerte que su ausencia produce la invalidez del mismo. Igualmente reitera también el criterio de que la falta de consignación de la fecha no puede ser suplida o enmendada mediante deducciones o por los medios ordinarios de prueba.

En el recurso de casación a que se refiere la anterior sentencia¹ se planteaba la validez de un testamento otorgado por un sacerdote, que terminaba, ante de la firma, con las palabras "así lo otorgo en esta villa, día de la fecha", sin que apareciera ésta en el testamento, si bien, a juicio del recurrente, podía determinarse cuál fuera.

Como las cuestiones relacionadas con la fecha del testamento ofrecen interés, hemos de exponer, en base, principalmente, de los distintos precedentes jurisprudenciales, los diferentes supuestos que pueden presentarse.

Partimos para ello de la premisa de que, efectivamente, en nuestro Código civil no sólo por aplicación general de los requisitos formales de los testamentos, sino por disposición expresa del artículo 688, es requisito necesario para la validez del testamento ológrafo la expresión del año, mes y día en que se otorgue.

Por ello examinaremos los requisitos exigidos para la existencia de la fecha, o sea la forma suficiente para que se estime que la fecha ha sido expresada, las expresiones defectuosas de ésta, el lugar que puede ocupar en el testamento y el momento a que debe referirse.

I. REQUISITOS QUE DEBE REUNIR LA FECHA

A) *En cuanto a la forma de expresar los elementos que la constituyen (año, mes y día).—Expresiones equivalentes.—Para saber en qué casos existe o no fecha, hemos de examinar sus requisitos. El artículo 688*

1. Véase el tomo I, fascículo 2, de este ANUARIO, págs. 343 y ss.

del Código civil exige la "expresión del año, mes y día en que se otorgue; el orden en que se coloque el año, mes y día debe ser intrascendente". En cuanto a la forma de expresarle, es indiferente que sea en letras o en números; aunque nada se ha resuelto sobre este punto, por no haberse planteado la cuestión en casación, se encuentra implícitamente reconocida, por la validez de los testamentos—no impugnados—, en que la fecha constaba en números². Creemos que la fecha puede referirse a calendarios distintos del Gregoriano, si, por la nacionalidad, religión del testador u otra circunstancia, pudiera suponerse que era el que utilizaba habitualmente. También pensamos no es necesario que en los casos en que el año se expresa en cifras, que contenga las cuatro, bastando tres o incluso dos. Igualmente debe estimarse válido el testamento escrito en papel que tenga impresas las dos o tres primeras cifras del año y el testador rellene las dos o la última cifra; porque, en definitiva, la fecha es obra exclusivamente suya al completarla, y el requisito de la autografía se ha establecido para garantizar que el testamento sea, al menos materialmente, encarnación exclusiva del testador, sin intervención de tercero. Por el contrario, no pensamos sea válido el testamento escrito, por ejemplo, en una tarjeta postal sin fecha alguna, pues aunque por el matásellos de correos pudiera resultar la fecha, ésta no es obra, no es autógrafa, del testador³.

Aunque el Código habla de año, mes y día, pueden faltar algunos de éstos, sin peligro para la validez del testamento—aunque suponga una infracción literal del texto del precepto—, en virtud de las formas equivalentes de expresión. Lo que es necesario es que conste la certeza de la fecha⁴, de tal manera que el testamento en que se pone por fecha, por ejemplo, "al día de Navidad de 1940" debe estimarse válido.

B) *En cuanto al lugar que debe ocupar en el texto del testamento. ¿Puede ir en otro documento?*—Nada especifica el Código sobre el lugar en que debe estar colocada la fecha. El artículo 688 exige dos requisitos: autografía y fecha "deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue", pero sin indicar dónde ha de estar ésta. Por ello, debe entenderse que es indife-

2. Así se desprende de la sentencia de 4 de abril de 1895, en la que se declaró no haber lugar a la casación planteada por infracción de los artículos 6.^º, 688 y 687 del Código civil, porque el testamento ológrafo comenzaba la fecha escribiendo el mes y después el día y año, sin que la costumbre alegada como infringida en este punto pudiera tener, según se dice en la sentencia, la transcendencia que pretendía darle el recurrente.

3. Entre otras, en las de 8 de junio de 1918, 5 de enero de 1924 y 13 de mayo de 1942.

4. Así opina, con cita de jurisprudencia italiana, ROMOLO ASTRALDE, en *Le nullità formali del testamento ológrafo*. Padua, 1940, págs. 129 y ss.

5. Así lo recorocen SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, VII-1.^º, pág. 370, Madrid, 1910; CASTAÑ, *Derecho civil español común y foral*, t. I, vol. 2.^º, pág. 160, Madrid, 1939; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. V, pág. 88, Valladolid, 1926; DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, t. III, Madrid, 1932, pág. 58, y LÓPEZ R. GÓMEZ, *Tratado teórico legal del Derecho de sucesión*, t. I, pág. 104, Madrid, 1916. Nada dice TRAVIESAS en *El testamento*, Madrid, s/a, pág. 98.

rente se coloque al principio o al final, incluso después de la firma. El Tribunal Supremo ha resuelto casos en que la fecha estaba al principio⁶ o al final, y, aunque la cuestión no se ha planteado, entendemos que es intranscendente, por no determinarse este detalle en el Código⁷. En el Derecho francés e italiano, en que sería más discutible por exponerse un cierto orden, se llega a igual conclusión. Los argumentos que pudieran utilizarse de que la fecha posterior a la firma no resulta autorizado por ésta, suponen una relación de dependencia o subordinación de aquélla a ésta que no autoriza el texto del artículo 688 del Código civil. Por otro lado, el artículo 706, al referirse al testamento cerrado, indica que el testador "pondrá al final su firma", y esto no resulta del artículo 688.

Incluso la fecha puede ir dentro del texto del testamento. Lo único difícil en estos casos—lo que siempre sería una cuestión de hecho y no de derecho—es determinar si existe unidad entre las disposiciones anteriores o posteriores de la fecha. En el mismo sentido que la validez opinamos por la fecha puesta al margen e incluso en el reverso del documento⁸.

Más dificultades tiene el caso de que la fecha no resulte del propio documento, sino de otro diferente; por ejemplo, del sobre que lo contenga. En el testamento ológrafo, en el que faltaba la fecha, otorgado por la Baronesa de Pujol de Planes, en el que decía: "Llamad, si me pongo enferma, al excelentísimo señor Marqués de Grigny..., y este señor, pariente mío, representará y heredará mis bienes, como es mi voluntad", se pretendía por el recurrente, entre otras razones, dar valor por sí como testamento o completar la fecha con una carta que la Baronesa dirigió al Marqués en 31 de diciembre de 1912, en la que, después de interesarle noticias de él y su familia, le comunicaba lo siguiente: "Como tengo formado de ti tan elevado y probo concepto..., me acordé de tu parentesco y de tus sinceros ofrecimientos... y escribí tu dirección para que, si me agravaba, te avisaran que vinieras, para que, por caridad, te cuidaras de que me asistieran y te hicieras cargo de esta casa, que encierra algunos intereses, y que, al faltar yo, sería el puerto de Arrebatacapas, empezando por las autoridades, que se querrían posesionar de cuanto hay en ella. Así... te suplico... que si tuvieras algún aviso alarmante, lo dejes todo y te vengas, que para mí sería un consuelo verte en casa..." Nuestro Tribunal Supremo⁹ rechaza el recurso, aparte de por otras razones, basado en que la sentencia de instancia "no admite más relación entre los dos documentos que sirven de fundamento a la demanda que la referencia que hace a haberse suscrito el primero en días anteriores a la fecha del segundo, sin que en realidad quepa señalar otra distinta conexión entre aquéllos, en el aspecto esencial de que se trata, porque el tener en cuenta la Baronesa de Pujol de Planes la inte-

6. López R. Gómez, *O. c.*, págs. 105 y s., cree que la fecha ha de ir necesariamente al final delante de la firma.

7. La sentencia es de 21 de abril de 1945; al aludir a una fecha consignada en el dorso del documento, no la considera inválida por esta causa, sino porque era falsa.

8. En sentencia de 7 de junio de 1923.

gridad y honradez del demandante para intentar hacerle cargo de su casa, revela que eligió, por reunir esas relevantes cualidades, el que había de salvar y guardar fielmente intereses ajenos y no aludió a quien en su caso, y cualesquiera que fuesen sus condiciones de carácter, correspondieran como bienes propios en concepto de heredero". En otra sentencia⁹, en la que se trataba también de completar la fecha del testamento por la del sobre que la contenía, se mantiene por la Sala primera que "carece del requisito indispensable de la expresión exacta del año, mes y día en que fué otorgado y, por tanto, de validez en derecho..., pues del propio documento sólo resulta la fecha falsa..., y para fijar la fecha de 20 de enero de 1937 ha acudido [la sentencia] a la que consta en el sobre presentado con el testamento para su protocolización, documento extraño a dicho testamento..."

En el testamento otorgado por doña Mariana López Guerrero y Manrique de Lara, que sólo tenía como firma su nombre, sin apellido, y que se presentó para su protocolización acompañado de un sobre abierto, sin fecha, en el que, escrito por la testadora, se decía: "Testamento ológrafo que para mis sobrinos don Juan..., Marqués de Casa Treviño, y su hermana doña Concepción..., vuestra tía Mariana López Guerrero", con la rúbrica, se dice, en un considerando de la sentencia¹⁰, al aludir al valor de este sobre, que se le niega eficacia como testamento ológrafo por no tener fecha.

Supuesto muy interesante es, a estos efectos, el contemplado en el apartado b) del artículo 3.^º del Anexo II al Reglamento notarial (Decreto de 2 de junio de 1944) de que se tome razón en el Registro General de Actos de Ultima Voluntad de los testamentos ológrafos, si los otorganentes lo desean y lo hacen constar por medio de acta notarial en que se expresen la *fecha* y lugar de su otorgamiento. Igual interés reviste el caso de que el testamento ológrafo que no tuviere fecha se entregará al Notario para su custodia. En ambos casos existe una indiscutible relación entre el testamento y el acta y, en el primero de los casos, una declaración de la fecha por parte del testador. No obstante la constancia de la fecha del testamento, la falta de autografía de ésta se opondría a la validez del testamento.

C) *En cuanto a su realidad o certeza.*—El testamento ológrafo requiere necesariamente, como hemos visto, que contenga fecha. La forma en que este requisito debe ser cumplido la hemos examinado anteriormente; pero nos queda por estudiar si esta fecha ha de ser cierta, es decir, si ha de referirse a un momento determinado o, por el contrario, queda al arbitrio del testador el fijarla. Respecto a esta cuestión cabe mantener dos posiciones contrarias: una, la de que el testamento ológrafo es válido si contiene una fecha, sea ésta cualquiera, y otra, que, por el contrario, precisa que la fecha sea una determinada, la de la confección del testamento, y cualquier otra fecha distinta determina la nulidad del testamento.

9. Sentencia de 13 de mayo de 1942.

10. 5 de enero de 1924.

La primera opinión es la seguida por la jurisprudencia belga, que admite sin vacilación la validez del testamento ológrafo independiente de que la fecha sea o no la verdadera¹¹; opinión tan unánime que la jurisprudencia francesa, cuando ha tenido ocasión de resolver en el año 1901 sobre el caso de un testamento ológrafo de un súbdito belga con fecha anterior a la de su redacción, acordó su validez¹². Igual opinión se defiende por Romero¹³, quien, del examen de la finalidad de la fecha y de la aplicación de la jurisprudencia italiana, cree poder justificar que una fecha cualquiera, aun imposible, cumple los requisitos que exigía el artículo 775 del Código civil italiano de 1865. También Saleilles¹⁴ cree que con una fecha cualquiera queda cumplido el requisito exigido por el Código civil francés en su artículo 970.

Contrariamente a lo que acabamos de exponer, se sostiene, más generalmente, que la fecha debe ser real; que no constituye ningún formalismo, sino que corresponde también al contenido¹⁵; que responde a una finalidad, la de situar el testamento en un momento determinado que sirva para poder apreciar si el testador era capaz en el momento del otorgamiento y la prioridad o preferencia entre varios testamentos. Consecuentemente con esta finalidad, a que responde la fecha y sin lo cual realmente no sería sino un simple formalismo, la jurisprudencia italiana inició en el año 1911 una nueva dirección, que exigía para la determinación o investigación de la fecha la existencia de un interés jurídico (capacidad, concurso de varios testamentos, etc.), así que el testamento que contenía fecha anterior o posterior no estaba afecto *per se* de nulidad. El nuevo Código civil italiano ha recogido esta tendencia de los Tribunales, determinándose en el artículo 148 que la prueba de la falsedad de la fecha no es admisible más que cuando se trate de juzgar sobre la capacidad del testador, de la prioridad de fecha entre varios testamentos o sobre cualquier otra cuestión que hubiera de decidirse en base al tiempo del testamento.

Vemos, pues, la existencia de limitaciones al rigor de la realidad de

11. COLIN Y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, t. VIII, págs. 21 y ss. Madrid, 1928.

12. ASTRALDI: *O. c.*, pág. 159, nota 1.^a

13. Citado por ASTRALDI: *O. c.*, pág. 152, nota 3.^a

14. En *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1903. Sobre opiniones que la fecha sea un requisito puramente formal o debe coincidir con la realidad, véase *Ennecerus-Kipp. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, II, 3, pág. 43, nota 11, 7.^a ed. Marburgo, 1928.

15. BURKHARDT: *Methode und System des Rechts*, pág. 29, Zurich, 1936, al formular, como ejemplo de claridad de una cuestión, la de si, según el artículo 505 del Código civil suizo, es la fecha exacta del testamento un requisito para su validez formal, dice que "la cuestión no puede ser contestada sin determinar previamente lo que sea la forma de un negocio jurídico en oposición a su contenido. Cuando se considera como forma el modo y manera de exteriorizar la declaración de voluntad de los negocios jurídicos en oposición a su contenido la escritura es completamente una forma; pero no lo que está escrito, y, por tanto, tampoco la fecha. La fecha pertenece, pues, al contenido. Pero si se llama forma lo que condiciona la validez del testamento ológrafo, la fecha es un requisito de forma en ese sentido, y solamente bajo este aspecto puede preguntarse lo que debe ser conforme a la Ley".

la fecha. Además, la fecha de un testamento ológrafo se supone siempre cierta. Aunque sus exigencias formales son mínimas como tal acto formal, tiene valor por sí propio; si la fecha no resulta contradicha con el contenido mismo del testamento, no es lícito impugnar su validez formal sin destruir el concepto fundamental de cualquier forma, que tiene su prueba, por decirlo así, en sí misma¹⁶. La impugnación de la fecha debe hacerse en base de datos que consten en el mismo testamento, al aludir, por ejemplo, a hechos posteriores a aquélla, pero no por medios extrínsecos, y no es aplicable lo que se dispone en el artículo 1.225 del Código civil, "porque el testamento no es un contrato ni una obligación"¹⁷.

La no coincidencia de la fecha que aparece en el testamento con la de su redacción puede ser debida a un acto voluntario o involuntario por parte del testador. En el primer caso existe una falsedad, y en el segundo, una equivocación. En los Derechos francés, italiano y alemán, en el primer caso, se considera inválido el testamento, no así en cuanto al segundo, si puede ser suplida la equivocación por el propio testamento. Por el contrario, la doctrina sentada por la Sala primera de nuestro Tribunal Supremo—lo mismo en los casos de falsedad que en los de equivocación—mantiene con gran rigor, "sin salvedad ni excepción alguna", la invalidez del testamento. Esta extraordinaria rigidez tiene, en nuestra opinión, su origen en el requisito exigido antes de la reforma del año 1904 de que el testamento se escribiera en el papel sellado del año del otorgamiento. No obstante, conviene precisar matices y observar cómo existe incluso una brecha abierta de que no se exija unidad de acto en la confección de esta clase de testamento.

Además, las afirmaciones doctrinales contenidas en los considerandos de las sentencias que se han dictado, si bien tienen un carácter rotundo, hay que relacionarlas con los supuestos de hecho a que se refieran. Prescindiendo de los casos resueltos antes de la reforma establecida en la Ley de 21 de julio de 1904, en los que, por exigencia de que el testamento se escribiera en el papel sellado del año correspondiente, merecen examen aparte por haberse tenido en cuenta fundamentalmente este requisito, nos encontramos en los casos que se han resuelto con que había o una imposibilidad absoluta de que el testador pudiera otorgarlo en la fecha que aparece puesta en el testamento, como ocurrió en el otorgado por doña María de Olano Picavea y Lesada, quien puso como fecha las doce del día 19 de abril de 1923, cuando, según constaba en el certificado del Registro Civil de Vitoria, aquella señora falleció en dicha ciudad veintitrés horas antes, o sea a las trece del día 18 de los citados mes y año, por lo que "dicho testamento carece del requisito esencial que constituye una verdadera solemnidad, de la falta de fecha, ya que la que en él se consigna es falsa, y, por tanto, aunque se haya pretendido demostrar que la testadora cometió el error de poner al final del mismo el día

16. ALFREDO ASCOLI: *Rivista di Diritto civile*, año VIII, 1916, pág. 550, notas a la Jurisprudencia.

17. Sentencia ya citada de 7 de junio de 1923.

19 de abril en vez del 18, ese error, si es que lo hubo, no puede prevalecer, por ser la fecha en todos los testamentos, y con más razón en los ológrafos, uno de los requisitos exigidos como necesarios en el artículo 688 del Código civil y ser doctrina de esta Sala que no puede suplirse la falta de formalidades en los testamentos con prueba alguna posterior, por lo que hay que decretar su nulidad...”¹⁸, o bien resulta la falsedad de la imposibilidad de prever sucesos futuros, como en el testamento del tenor que sigue: “Encontrándome en el pleno goce de mis facultades mentales, vengo en disponer lo siguiente: En el mes de junio o primeros de julio de 1936 hice testamento a favor de mi esposa, dejándola todo cuanto poseía, y actualmente son mis deseos dejarle todo lo que concede la ley y el resto a mis hermanas, por partes iguales; si alguna faltara, acrecerá a las demás. Esta es mi verdadera voluntad. Madrid, 20 de enero de 1936” (firma y rúbrica). El Juzgado de Primera Instancia declaró ineficaz el testamento y la Audiencia lo estimó válido, entendiéndolo otorgado en 20 de enero de 1937 (fecha del sobre que lo contenía). El Supremo¹⁹ casó la sentencia porque “la falsedad de la fecha 20 de enero de 1936, escrita de puño y letra del testador, resulta palpable, porque no podía tener en ella noticia del matrimonio del otorgante, celebrado el 19 de junio de 1936 y el testamento abierto otorgado el 1 de julio de ese mismo año, a cuyas fechas y actos alude el propio testamento ológrafo”.

La jurisprudencia que se refiere a aquellos testamentos a los que era aplicable el texto del artículo 688 antes de la reforma del año 1904, tiene menos valor, por estar muy influída en el requisito de que el papel sellado fuera del año del otorgamiento. Así, por ejemplo, se dice²⁰ “... que la expresión del día, mes y año del otorgamiento tiene que servir de pauta para averiguar y saber si la voluntad se ha consignado en papel sellado del año correspondiente...”, afirmación que no creemos fuera exacta, pues reduce la función a la fecha a una circunstancia tan pobre y tan formal cuando tiene de por sí un valor propio.

En otros casos, el requisito del papel sellado ha servido para demostrar la falsedad de la fecha, por llevar el testamento una anterior a la del momento en que había salido el papel timbrado de las oficinas de la Compañía Arrendataria de Tabacos y Timbre²¹, pero siendo del año correspondiente al momento del otorgamiento, extremo éste que, probado por medios extrínsecos al propio testamento, va en contra del criterio de que la falsedad debe deducirse del propio testamento y no de medios extrínsecos; igual ocurre con el testamento de don Francisco de Paula Márquez²², que aparece extendido en papel del año 1890 y que no se puso

18. Sentencia de 5 de diciembre de 1927.

19. Sentencia de 13 de mayo de 1942.

20. En la ya citada sentencia de 12 de julio de 1905. La de 17 de noviembre de 1898 aclara “para los efectos, entre otros, de apreciar si el papel del timbre empleado es al correspondiente al año del otorgamiento”.

21. Sentencia de 20 de diciembre de 1913.

22. Sentencia de 29 de septiembre de 1960.

a la venta hasta el 22 de diciembre de ese año, y que fué otorgado con fecha de 6 de agosto de 1888, apareciendo también la imposibilidad de esta fecha por algunas cláusulas del mismo testamento. En estos casos, como en algún otro, se basa la invalidez del testamento en que, siendo falsa, debe tenerse como no puesta, por lo que carece de uno de los requisitos esenciales.

Hasta ahora hemos aludido a que el testamento debe contener una fecha cierta, pero no sabemos exactamente a qué momento debe de referirse ésta. El Código dice: "Para que sea válido el testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día del otorgamiento." La fecha hay que referirla, por tanto, al momento del otorgamiento. Otorgamiento equivale aquí al acto mediante el cual el testador finaliza o concluye la expresión de su voluntad y hay que referirlo al momento en que se han cumplido todos los requisitos exigidos para la validez del testamento. Como estos requisitos son tres, lógicamente parece que siempre ha de ser antes escrito y después firmado, y la fecha puede ir al principio o al final, y, en este caso, antes o después de la firma. Pues bien, en base de ello, la fecha deberá coincidir con el momento en que se ponga. Será la del día de comienzo o la del día de la terminación del testamento. La no exigencia de la unidad de acto permite que pueda ser escrito un día y terminado otro²³, "pues ni el legislador ha preceptuado por modo expreso que se atienda única y exclusivamente a la fecha por el testador escrita para la determinación de lo del otorgamiento, ni deja de ser período de otorgamiento en el testamento todo el que prudencialmente se aprecie que necesita el testador para comenzar y concluir su obra sin solución de tiempo que revele voluntaria suspensión en la ejecución de la misma"²⁴. La fecha en estos casos, cuando el testamento no se redacta en un día, puede ser la de cualquiera de éstos: lo correcto sería especificar cuándo se comienza y cuando se termina, si bien la fecha del testamento a la que había de atender era la última.

En resumen, creemos que se puede concluir afirmando que el testamento ológrafo debe contener una fecha que debe resultar del propio testamento; que la fecha se reputa cierta mientras no resulte lo contrario del propio testamento, pero no de elementos extraños al mismo, salvo casos de imposibilidad absoluta.

Abraham VAZQUEZ DE HERMUA

23. En la biografía de que es autor el CONDE DE ROMANONES: *Doña María Cristina de Habsburgo y Lorena*, publicada por Espasa-Calpe, Madrid, 1933, en la página 205 se lee que "en los primeros años de la Regencia, en la plenitud de la juventud y de la euforia, tomando consejo de aquel gran jurisconsulto Alonso Martínez, redactó (la Reina) un testamento ológrafo revelador de su espíritu recto, de amor a sus hijos y del cariño a su patria adoptiva, y que, además, contenía acertados consejos sobre la política y la gobernanza del Estado, en previsión de que su vida acabara antes de terminar el período de su Regencia; interesante documento que no llegó a firmar y conocido sólo por muy contadas personas". Como puede apreciarse, el criterio de Alonso Martínez respecto a la fecha no era de gran rigorismo, y esto incluso cuando no se había suprimido el requisito del papel sellado.

Tampoco era partidario del excesivo rigorismo en cuanto a la fecha D. Luis Díaz Cobeña, como puede verse en sus *Dictámenes*, págs. 161 y sigs., Madrid, 1919.

24. Sentencia de 17 de noviembre de 1893.

2. Causa, motivo y fin del negocio

(SENTENCIA 30 JUNIO 1948)

ANTECEDENTES.--El 6 de julio de 1943, ante el Juzgado de Primera Instancia número 2, de Barcelona, doña Josefa y doña María M. formularon demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Dolores G. y sus hijos don Juan, don José y doña Angeles C., sobre cumplimiento de contrato, fundada en los siguientes hechos:

Que en 17 de mayo de 1919 el fallecido don Juan C., marido y padre de los demandados, y las actoras celebraron un contrato privado, cuyo contenido y cláusulas más importantes eran las siguientes: En el preámbulo del documento las partes otorgantes declaraban poseer, respectivamente, propiedades en el término de San Vicente de Sarriá, que se hallaban afectadas por la calle de la Industria, no urbanizada entonces en toda su extensión, añadiendo que, a fin de que los terrenos que las señoras M. poseían de su finca, con fachada a la calle de G., pudieran tener fachada a la calle de la Industria, el día que ésta se abriera en aquel tramo, pactaban y convenían que transcurridos quince años, a contar de la fecha del convenio, o antes de este plazo, siempre que se abriera la calle de la Industria en aquel punto, don Juan C., por sí y los suyos, se comprometía y obligaba a vender, libre de cargas, a las hermanas M. o los suyos las porciones delimitadas de terreno que se indicaban para cada una, al precio de 75 céntimos el palmo cuadrado. En su virtud, las señoras M. o los suyos podrían exigir del señor C. o los suyos que les otorgara las ventas, pasados quince años, a contar de la fecha del contrato. Y las señoras M. podrían exigir del señor C. les vendiera; y el señor C. exigir a las señoras M. que le compraran las respectivas porciones antes de los quince años, si se abría la calle de la Industria; pero el derecho de las señoras M. quedaba limitado a la compra, y la obligación del señor C. limitada a la venta de las partes colindantes con los terrenos de las señoras M.

Que don Juan falleció el 12 de mayo de 1930 con testamento, en el que instituyó usufructuaria de sus bienes a su esposa, la demandada doña Dolores G., y herederos a sus hijos, los cuales, por lo tanto, asumieron las obligaciones que competían a su causante.

Que, en resumen, don Juan C. se obligó a vender a las demandantes, por el precio referido, las dos porciones de terreno que se reseñaban en dicho contrato, reconociendo el derecho de los actores a exigir a él, o a los suyos, el otorgamiento de escritura pública, una vez transcurridos quince años, y que a ello se encaminaba la petición de la demanda.

Los demandados, en escrito de 30 de agosto de 1943, contestaron a la demanda, alegando, entre otros extremos, que los demandantes carecían de acción y derecho para entablar la demanda, ya que el contrato en cuestión tenía por objeto, según sus propios términos, el facilitar a las señoras M. que sus terrenos con fachada a la calle de G. pudieran tener fachada a la calle de la Industria y que, por lo tanto, el contrato se fundaba en la consideración de que dichas señoras eran y continuasen siendo, ellas o sus herederos, propietarios de dichos terrenos, pues si éstos pasaban a terceros, la obligación quedaba extinguida; y así había acontecido. Y, además, que en el documento se afirmaba que, si antes de transcurrir los quince años se abriera dicha calle, quedaba establecida una promesa recíproca de compraventa, pudiendo exigir las señoras M. que el señor C. les vendiese y éste que le comprasen; pero, en cambio, después de transcurridos quince años, las señoras M. podían exigir la compra al señor C., mientras que éste no podía exigir nada, lo que era absurdo, poniéndose, por tanto, de manifiesto que la condición necesaria

para el cumplimiento de la obligación no dependía de la sola voluntad de uno de los contratantes, sino de la de un tercero (el Ayuntamiento).

Evacuado el trámite de réplica en escrito de 17 de septiembre de 1943, las actoras alegaron que el fin que se proponen los otorgantes de un contrato, al igual que los móviles de los contratantes, no influyen en la validez de las convenciones ni tienen nada que ver con el objeto o la causa de las mismas, y menos influyen todavía los propósitos o el destino que se piensa dar a las cosas que constituyen el objeto del contrato, pues en él sólo influyen el consentimiento, objeto y causa. Y en cuanto a la supuesta falta de reciprocidad, tampoco era exacto lo alegado, pues el señor C. se obligó a entregar unos miles de palmos de terreno y tenía que recibir su valor exacto, por lo que no cabía ni mayor igualdad en la contraprestación ni más equivalencia, y en cuanto a la fijación de plazo en el contrato, lejos de no señalarse ninguno, se fijaban dos: el primero, al abrirse la calle de la Industria, y el segundo, al transcurrir quince años; y que era falso se dijera en el contrato que al transcurrir los quince años podían las actoras exigir la compra y el señor C. no podía exigir la venta, sino que precisamente decía lo contrario.

Con escrito de dúplica de 8 de octubre de 1943, los demandados insistieron en lo que alegaron en la contestación, añadiendo que no habiéndose establecido plazo en el contrato después de transcurridos los quince años ni habiéndose señalado por los Tribunales, era injusto el pedido de las actoras.

El 11 de agosto de 1944 el Juez de Primera Instancia del Distrito número 2 de Barcelona dictó sentencia por la que, teniendo por existente, válido y eficaz el contrato, y, ello no obstante, desestimando la demanda, absolió a los demandados de cuantos pedimentos en ella se contenían, puesto que no se habían cumplido las condiciones pactadas.

Interpuesta apelación, la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, en 10 de diciembre de 1945, dictó sentencia condenando a los demandados a que otorgasen a favor de los demandantes escritura pública de venta de las parcelas reseñadas por el precio convenido, revocando, por tanto, el fallo del Juzgado en lo que se opusiera a éste y confirmándolo en lo demás.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Fundado en el número 1.^º del artículo 1.692 de la L. E. C. Interpretación errónea del contrato y de la intención de los contratantes, no ya como mera cuestión de hecho, sino como punto de doctrina legal comprendido en los artículos del Código civil que regulan la interpretación de los contratos. Según la sentencia recurrida, la voluntad consignada en el documento se manifiesta en el sentido que, al transcurrir el término de quince años, queda purificada la obligación, sin quedar sujeta a condiciones de ninguna clase, y los actores pueden exigir de los demandados la venta al precio convenido. Pero para llegar a este resultado es preciso incidir en el error de no reparar que los diversos párrafos numerados del documento son consecuencia y ejecución del preámbulo del mismo, según el cual, lo que las partes pretendieron fué dar fachada a los terrenos de las señoras M. : la calle de la Industria, el día que ésta se abriera. Al dejar dichas señoras de ser propietarias de tales terrenos (hecho reconocido en la sentencia) y al no abrirse la calle de la Industria (hecho también reconocido) es evidente que, al desconectar el párrafo segundo del documento del preámbulo, se incide en el error de considerar como obligación pura la que en realidad era condicional—con condición suspensiva prevista en los artículos 1.113, 1.114 y 1.117 del Código civil—. La cualidad de dueñas de terrenos en San Vicente de Sarriá que tenían las señoras M. al tiempo de otorgar el documento no sólo constituye una condición, sino que, en realidad, integra un supuesto de nacimiento de la voluntad de las partes y una circunstancia que expresa la finalidad perseguida. Y

zunque se considerase que la cualidad de dueñas de esos terrenos no constituye una condición suspensiva, sí implicaría en todo caso la base de la voluntad, de la finalidad y del objeto perseguido por las partes, y, por tanto, al dejar dichas señoras de ser dueñas de los terrenos y al no tener, en consecuencia, la finalidad de abrir a éstos fachada en la calle de la Industria, ha desaparecido el propósito que quisieron lograr las partes, y, por tanto, no se puede condenar a una de ellas a que ejecute lo que está en pugna con lo que las mismas partes se propusieron realizar. Y por lo que respecta a la condición de que se abriera la calle de la Industria, ninguna duda puede caber de que ésta es una verdadera condición suspensiva, y, por tanto, que no habiéndose abierto dicha calle, la condición no se ha cumplido, por lo que no pudo condenar la sentencia en los términos en que lo hace. La indagación de la intención de las partes y del verdadero sentido jurídico del documento pone de manifiesto los errores en que incidió el Tribunal de Instancia, tanto al aplicar los artículos que regulan la interpretación de los contratos (1.281, 1.286 y 1.289 del Código civil), como los que definen los contratos sujetos a condición (1.113, 1.114 y 1.117 del Código civil), que por lo mismo resultan infringidos, así como también la doctrina legal contenida en las sentencias que confirman el contenido de dichos preceptos.

Segundo. Fundado en el número 1.^º del artículo 1.692 de la L. E. C. Se consideran infringidos, por aplicación indebida, los artículos 1.450 y 1.451 del Código civil.

Tercero. Fundado en el número 7.^º del artículo 1.692 de la L. E. C. En la apreciación de la prueba ha habido error de hecho que resulta de documento auténtico, que demuestra la equivocación evidente del juzgador.

CONSIDERANDOS.—Primero. Que por haber quedado fuera de discusión la validez del contrato de promesa de venta, que en 18 de mayo de 1919 celebraron mediante documento privado las demandantes con don Juan C., que obligaba a sus herederos, los demandados ahora recurrentes, queda únicamente cómo cuestión concreta a dilucidar el alcance y extensión de sus estipulaciones para deducir la fuerza de las mismas en función de las condiciones que aparecen limitando su eficacia.

Segundo. Que el recurrente, en el primer motivo del recurso, apoyado en el número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, plantea ante esta Sala la cuestión de la interpretación jurídica del antes aludido contrato, que, por haber sido efectuada, a su juicio, con error por el Tribunal *a quo*, ha motivado la infracción con su fallo de los diferentes artículos del Código civil que cita referentes a la interpretación de los contratos, los efectos de las condiciones que se imponen a una obligación y el precepto cardinal en nuestro Derecho de que las obligaciones que nacen de los contratos son ley entre las partes y a su tenor deben cumplirse aquéllos, y esta cuestión de la interpretación de los negocios jurídicos, traída a la casación, viene siendo objeto de continuada jurisprudencia de esta Sala, que en la doctrina más reciente enseña que cuando la interpretación constituye la verdadera *quaestio juris* del litigio, el criterio de la Sala sentenciadora puede ser revisado en casación al amparo del número 1.^º del artículo 1.692, ya citado, de la Ley procesal, si se advierte que la equivocación del juzgador nace de aplicar con visible error los preceptos del Código civil relativos a la interpretación del contexto de

los negocios jurídicos, y aconteciendo esto en el caso presente, hay que estimar adecuada la vía que el recurrente emplea para impugnar la sentencia recurrida y procede entrar en el examen de la cuestión que se somete a estudio de esta Sala.

Tercero. Que en el contrato referido de 17 de mayo de 1919, base de la demanda, se establece en síntesis que como ambas partes, respectivamente, poseen terrenos en término de San Vicente de Sarriá, que se hallan afectados por la calle de la Industria, no urbanizada aún en toda su extensión, a fin de que los terrenos que las señoras M. poseen en su finca M. B., con fachada a la calle de G., puedan tener también fachada a la calle de la Industria cuando ésta se abra en aquel trozo, pactan y convienen que, transcurridos quince años, a partir de la fecha del convenio, o antes si se abriera la calle de la Industria, el señor C., o los suyos, promete vender determinadas parcelas de su propiedad, que se reseñan, a las señoras M., al precio de 75 céntimos el palmo cuadrado, de forma que, pasados quince años, las señoras M., o los suyos, podrán exigir al señor C., o los suyos, que les otorguen la venta; pero si antes de los quince años se abriera la calle de la Industria, las señoras M. podrán exigir del señor C. que les venda, y el señor C. podrá exigir de las señoras M. que le compren, quedando convenida en este segundo evento una reciprocidad de derechos y obligaciones que no aparece establecida en el primer supuesto de transcurrir los quince años, que es el plazo máximo fijado para el nacimiento de la exigibilidad de la obligación, pero sin que se determine la fecha hasta la cual podrán las señoras M. hacer uso de su derecho, y esta misma indeterminación y la falta de reciprocidad, contraria a la letra del artículo 1.256 del Código civil, que prohíbe que el cumplimiento de un contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, contribuyen ya por su parte a mermar la eficacia del contrato en cuestión.

Cuarto. Que la Sala sentenciadora, al interpretar el contrato cuya eficacia se discute, distingue entre el fin particular a que cada persona determinada se propone dedicar la cosa cuya propiedad adquiere por compra, lo que se llama fin del contrato, del fin próximo que todos los compradores o el comprador abstracto, se propone en la celebración del convenio, que es, a juicio de la Sala, la causa eficiente del mismo, o sea adquirir la cosa comprada, y, fundándose en tal distinción, entiende, que las manifestaciones insertas en el documento que preceden a las palabras "pactan y convienen" son declaración o expresión de un mero o simple pensamiento alusivas a aquel fin remoto, que no afecta a los pactos consignados después como parte dispositiva del contrato, única que vincula las voluntades de los contratantes.

Quinto. Que en el encabezamiento del repetido documento contractual se dice textualmente "y a fin de que los terrenos que las señoras M. poseen de su finca M. B., con fachada a la calle G., puedan tener también fachada en la calle de la Industria el día que ésta se abra en aquel trozo, pactan y convienen...", palabras que revelan un nexo indiscutible entre los pactos que a continuación siguen y la finalidad que tales pactos tienen, finalidad que no es meramente el propósito, ventaja o deseo que

cada parte contratante se proponga conseguir mediante el contrato, según sus cálculos o preferencias personales, que pueden lograr o no en virtud de circunstancias ajenaas al acto contractual, sino que se expresa como fin del contrato mismo, sin que, por tanto, pueda separarse de él, en cuanto es revelación de la voluntad común de los contratantes, determinante del alcance y sentido de los pactos, que precisamente se han establecido para cumplir esa manifiesta finalidad, por lo que no puede ésta calificarse de fin remoto, en el sentido que da a tales palabras el Tribunal *a quo*.

Sexto. Que a la vista de los términos del contrato y ahondando en la voluntad de sus otorgantes, es indudable que lo que aquél protege es el interés de las dueñas de los terrenos con fachada a la calle G, en adquirir parcelas que puedan tener en su día fachada a la calle de la Industria, pues establece una conexión entre ambas circunstancias unificadas en un mismo interesado propósito, que era el de que los terrenos que por la consabida compra se adquirieran formaran, por agregación al que poseían, una unidad que ostentara fachadas a las dos calles mencionadas; pero declarado por la Audiencia como hecho probado que las demandantes han enajenado los terrenos de su propiedad que al tiempo de otorgar el repetido contrato tenían en su posesión colindantes con los que se proponían adquirir mediante aquél, no es posible ya obtener el fin perseguido con el convenio concertado, según la voluntad de las partes en el mismo manifestada, y lo que ahora con la interpretación de la demanda se ha pretendido es otra cosa diferente, puesto que se trata de adquirir de los demandados una finca independiente que, aunque linde con la calle de la Industria, si se abriera, no podrá también tener fachada a la de G., que una y otra cosa es la que se propusieron los contratantes, por lo que debe apreciarse que, a causa de dicha enajenación, ha dejado de existir la condición motriz de la voluntad contractual determinante del derecho de las actoras a exigir el cumplimiento de lo pactado, por desaparición de la base en que se asentaba, que era la tenencia en poder de aquéllas de los terrenos que, por agregación de los que se adquirieran, formarían la unidad predial con las características pretendidas en cuanto a sus linderos, y habiéndolo entendido de modo distinto la Sala de instancia ha incurrido en error con infracción de los preceptos que se indican en el primer motivo del recurso, motivo que, por lo tanto, procede ser estimado.

Séptimo. Que por la estimación del primer motivo del recurso, se hace innecesario el examen de los dos restantes, por la conexión que con aquél tienen.

FALLO.—Ha lugar.

C O M E N T A R I O

En el aspecto procesal nada nuevo dice la sentencia en examen, que se limita a recoger la doctrina sentada por las anteriores sentencias de 29 de abril de 1926, 30 de noviembre de 1929, 24 de octubre de 1933 y 8 de julio de 1940, respecto al problema de la interpretación de los nego-

cios jurídicos, llevada a la casación como *quaestio juris*, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

En el aspecto civil, en cambio, contiene pronunciamientos interesantes que conviene esclarecer.

El Tribunal Supremo, siguiendo una plausible tendencia, decide la cuestión objeto del recurso de la forma más equitativa, guiado por la idea de la justicia, sin preocuparse excesivamente del fundamento técnico-jurídico de su fallo. Ciertamente, no es misión del juzgador el formular conceptos, tarea que corresponde al intérprete, sino la de aplicarlos en los casos concretos sometidos a su apreciación.

La justicia del fallo resulta de dos consideraciones que se desenvolvieron ya en la vía de instancia: la de la indeterminación del plazo de vigencia del contrato, pasados los primeros quince años de la vida del mismo, si se estima concluido puramente, sin condición alguna, y la falta de reciprocidad de derechos y obligaciones para este segundo período, en contraposición a la que se daba en el primero, que hace que el cumplimiento del contrato quedara al arbitrio de una de las partes contratantes, en manifiesta contradicción con lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código civil. Añádase a esto la injusta consecuencia a que se habría llegado en el supuesto de admitir el recurso y de seguir el criterio, excesivamente formalista, del Tribunal de instancia: las demandantes hubieran obtenido de los demandados por un precio cada vez más desactualizado, por el transcurso ilimitado del tiempo, una finca independiente totalmente ajena al intento contractual de las partes, que no fué otro que el de suministrar una mejor salida a unos terrenos inferiores colindantes, que ya se habían enajenado en la fecha de la interposición de la demanda.

Para resolver con justicia la cuestión debatida en el pleito, se hacía, pues, necesario limitar de algún modo los efectos del contrato. En la primera instancia se absolió a los demandados, alegando que no se habían cumplido las condiciones que al efecto de la ejecución del aludido contrato se pactaron. En la segunda instancia se condenó a los demandados a cumplir el contrato, sin duda alguna por estimar que era excesivo admitir la existencia de una condición suspensiva no pactada claramente como contenido de la voluntad de las partes, relegando a la categoría de mero motivo, jurídicamente irrelevante (fin particular o fin remoto del contrato, por oposición al fin próximo o causa eficiente del mismo), las palabras que expresaban la finalidad que aquéllas se propusieron y que se contenía en el preámbulo del documento privado en el que se plasmó el negocio de autos.

El Tribunal Supremo, muy ponderadamente, evita uno y otro extremo. Ni afirma de modo tajante la existencia de una condición expresa, como pretendía la parte recurrente, ni niega relevancia jurídica a la finalidad concreta, claramente expresada por la voluntad de las partes. Por eso habla del fin del contrato mismo, revelador de la voluntad común de los contratantes, de una manifiesta finalidad que no puede calificarse de fin remoto, de condición motriz de la voluntad contractual, y hasta de la base en que se asienta el convenio.

¿Cuál será, pues, la naturaleza de esa finalidad que tiene alcance jurídico?

En primer lugar, no es el "fin próximo" que todos los compradores o el comprador abstracto se propone en la celebración del contrato, o, dicho de otro modo, no es la causa del contrato o la "causa eficiente" del mismo, que para el comprador, como dice la sentencia de instancia, consiste en adquirir la cosa comprada. Ni tampoco es el mero motivo jurídicamente irrelevante, es decir, empleando las mismas palabras de que el Tribunal Supremo se sirve en la sentencia anotada, el propósito, ventaja o deseo que cada parte contratante se propone conseguir mediante el contrato, según sus cálculos o preferencias personales, que se pueden lograr o no en virtud de circunstancias ajena al acto contractual.

¿Será entonces una presuposición?¹ Por presuposición se suele entender—nos dice Messineo²—una especie de condición no del todo desen vuelta, o, más exactamente, un motivo particularmente relevante (puesto que determina la voluntad), si bien no elevado a la categoría de condición: motivo que opera sobre *uno* de los contratantes, con previsión de determinados efectos del contrato y al cual subordina su propia declaración. Como tal, la presuposición no forma parte del contenido del negocio; pero si era también conocida por la otra parte, provocaría la resolución del convenio cuando no se realizase lo previsto, que es precisamente en lo que la presuposición estriba.

Aparte de las numerosas críticas contra la admisibilidad de esta figura, que pusieron de relieve sobre todo la circunstancia de ser la presuposición ajena al contenido del contrato y el peligro que implica para la certeza de las relaciones jurídicas³, la referida institución se adapta mal al caso de autos, porque en éste se trata de una finalidad o motivo común a ambas partes, que además está inserto en el contenido del contrato, formando parte de la declaración de voluntad, y tampoco explicaría el fallo del Supremo, que no decreta la resolución del negocio, sino la improcedencia de su ejecución, por estar en cierto modo condicionada y no haberse verificado el evento previsto.

Pero el concepto de la presuposición ha sufrido correcciones y nuevas adaptaciones que le desvían de su primitiva fórmula, y que nos será útil recordar.

Oertmann⁴ propuso el concepto de fundamento o base del negocio (*Geschäftsgrundlage*) o la superveniente de determinadas circunstancias, representaciones que salen a la superficie durante la conclusión del negocio

1. La elaboración originaria del concepto pertenece, como se sabe, a WINDSCHIED (*Pandette*, §§ 97-100).

2. *Dottrina generale del contratto*, 3.^a ed., Milán, 1948, pág. 130.

3. Ultimamente, BETTI (*Teoría del negocio jurídico*, Turín, 1943, pág. 333) ha dicho que repugna al sentido de claridad y responsabilidad que debe dominar la autonomía privada en una concepción rigurosa y objetiva. Sin embargo, como objeta MESSINEO (op. et loc. cits.), la presuposición no es extraña a la conciencia jurídica general y no se le puede negar tan rotundamente ingreso en el sistema de derecho.

4. *Die Geschäftegrundlage*, Leipzig, 1921.

y que son reconocidas e inecontestadas por la otra parte, hasta el punto que sobre la base de las mismas se levanta la voluntad negocial.

Locher⁵, partiendo de la presuposición, elaboró el concepto de "fin u objetivo ("scopum") del negocio" ("geschäftszweck"), como algo que es común a las dos partes y, por lo mismo, necesariamente presente a las mismas en la conclusión del contrato.

A estas dos últimas formulaciones se ha objetado con razón⁶ que la base o el "scopum" sólo pueden tener influencia sobre el contrato cuando, al menos, se eleven a la categoría de condición tácita.

En el caso que nos ocupa, no cabe duda de que en el ánimo de las partes estuvo presente la idea de una condición tácita que no llegó a formalizarse de modo expreso, pero que en sus elementos fundamentales fué llevada al contenido del negocio, de tal forma que fácilmente puede efectuarse su reconstrucción.

Y esto es lo que ha hecho el Tribunal Supremo al interpretar rectamente el verdadero querer de los contratantes. El propósito de ellos era que los terrenos que por la consabida compra se adquirieran formasen, por agregación a los que se poseían, una unidad que ostentara fachadas a las dos calles de G. y de la Industria, esta última por abrir. Vendidos los terrenos por las demandantes y no abierta aun la calle de la Industria, faltaron los presupuestos de hecho necesarios para poder exigir la compra, aun pasados los quince años de vigencia del contrato. Las actoras, como se dice en uno de los considerandos, no podían exigir el cumplimiento de lo pactado por desaparición de la base en que se asentaba, que era el que éstas conservasen en su poder los terrenos que por agregación de los que se adquirieran formarían la unidad predial, con las características pretendidas en cuanto a sus linderos, uno de los cuales estaba aún en potencia.

De otra suerte, se adquiría de los demandados una finca independiente, que, aunque lindase con la calle de la Industria si llegara a abrirse, no podría tener también fachada a la calle G.; y una y otra cosa se profusieron los contratantes.

Creemos que en esta sentencia la Sala ha hecho aplicación más bien del concepto de "fin del negocio" ("Geschäftszweck") que del concepto de fundamento o base del mismo ("Geschäftgrundlage"), como se desprende del quinto considerando: "En el encabezamiento del repetido documento contractual se dice textualmente "y a fin de que los terrenos que las señoras M. poseen en su finca M. B., con fachada a la calle G., puedan tener también fachada en la calle de la Industria el día en que ésta se abra en aquel trozo, pactan y convienen...", palabras que revelan un nexo indiscutible entre los pactos que a continuación siguen y la finali-

5. *Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck*, en "Archiv für die civile Praxis", vol. 121 (1926), pág. 16.

6. LEONHARD: *Allgemeines Schuldrecht des B. G. B.*, vol. I, pág. 418; cfr., además, GIORGANNI: *Negoci giuridici collègati*, en "Rivista Italiana per le scienze giuridiche", 1937, páginas 65 y sigs. de la separata; OPPO: *Contratti parassociali*, Milán, 1942, págs. 78 y sigs., y *Adempimento e liberalità*, Milán, 1947, pág. 174, nota 2.

dad que tales pactos tienen, finalidad que se expresa como fin del contrato mismo, sin que, por tanto, pueda separarse de él en cuanto es revelación de la voluntad común de los contratantes, determinante del alcance y sentido de los pactos, que precisamente se han establecido para cumplir esa manifiesta finalidad, por lo que no puede ésta calificarse de fin remoto en el sentido que da a tales palabras el Tribunal a quo".

Las notas características, entresacadas de los varios considerandos, son, a nuestro juicio, éstas:

1.^a Se trata de una finalidad que no es el mero motivo ni la causa eficiente del negocio, sino el *fin* u objetivo del contrato.

2.^a Constituye un *mismo interesado propósito* de las partes contratantes, que, por lo tanto, es *común* a ambas.

3.^a Dicho *fin* es *inseparable* del acto contractual y de los pactos establecidos, que resultan así *condicionados* en su sentido y alcance por la posibilidad o imposibilidad de obtener el fin perseguido con el convenio concertado.

4.^a Actúa como *condición motriz* de la voluntad contractual.

5.^a Trátase de una finalidad *manifestada*, que resulta del contenido del negocio.

Por último, conviene insistir en que este *fin del contrato* tiene relevancia jurídica precisamente porque se eleva, al menos, según el querer de las partes, a la categoría de una condición tácita.

Es cierto que el Tribunal Supremo no llegó a definir el concepto—no era esa su misión—; pero, como hemos visto, suministra los datos necesarios para su reconstrucción doctrinal. Con ello muestra también una tendencia de adaptación instrumental de los conceptos más modernos, inspirada por un fuerte sentido de la justicia del caso concreto, digna de las mejores alabanzas.

Juan JORDANO BAREA

II. SENTENCIAS DE LAS SALAS PRIMERA Y QUINTA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. Sentencias de la Sala Primera

En esta sección colaboran: Alberto Ballarín, José M.^a Codina, Joaquín Escora, Manuel González, José E. Greño, J. Hernández Canut, Jerónimo López y Abraham Vázquez.

SENTENCIA 12 MARZO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—desahucio—necesidad de aplicar las normas contenidas en los artículos 5.^o del Decreto de 21 de enero de 1936, 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y la Orden de 8 de noviembre de 1944, siempre que se demuestre la necesidad del local a la que se refieren.

Procesal—providencias de citación para los actos de conciliación.

Procesal—carácter de las diligencias de reconocimiento judicial.

Procesal—costas en los procesos de arrendamientos urbanos.

ANTECEDENTES.—A. presentó demanda exponiendo que tenía su industria instalada en una casa de su propiedad, y que, por ser insuficiente el local que ocupaba, solicita el desahucio de B., que tenía, asimismo, su industria en dicha casa. Este se opuso señalando que no se había celebrado acto conciliatorio por incomparecencia del actor, el cual no necesitaba ampliación de local.

El Juez de primera instancia desestimó la demanda, y apelada su sentencia por A., con motivo de la necesidad de acomodar sus pretensiones a las normas procesales que establece la vigente L. A. U., se tuvo por preparamado el recurso de revisión por injusticia notoria, basado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción por inaplicación del artículo 5.^o, apartado c) del Decreto de 21 de enero de 1936, en relación con el artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y Orden de 8 de septiembre de 1944, con arreglo a los cuales correspondía decretar el desahucio. La sentencia recurrida interpreta en un sentido tan estricto la expresión “necesidad del local” que equivaldría a decir que solamente se podría conceder el desahucio si de no hacerlo pereciese la industria del actor.

Segundo. Manifiesto error en la apreciación de la prueba. A) Se estima que no está probado que se hiciera el ofrecimiento de indemnización legalmente exigido, pues no consta que el alguacil del Juzgado municipal que entregó a B. la papeleta de demanda de conciliación actuase por delegación del fedatario, siendo así que B. reconoció en la contestación a la demanda y en la prueba de confesión que tal indemnización le había sido ofrecida. El Juez señala, asimismo, que A. tendría que probar que la copia de la papeleta testimoniada por el Juez municipal es fiel reflejo de la pre-

sentada en los autos originales, y en realidad corresponde a B. la prueba de la no coincidencia. B) Que no se aprecia la necesidad de mayor local, a pesar de resultar de la inspección ocular y de la prueba pericial lo contrario.

CONSIDERANDO: Que la desestimación del desahucio, por lo que se refiere a la falta del ofrecimiento de la indemnización, se basa en que, si bien se trató de justificar con la citación el acto conciliatorio, de lo testimoniado en las actuaciones no aparece que, al hacerse, se observasen las prescripciones legales, "habiéndose, además, practicado la citación por una persona que se titula alguacil, y que, aunque lo fuera, no se justifica que actuase por delegación del fedatario, ni que la copia de la papeleta entregada al demandante fuese fiel reflejo de la original, unida a los autos".

CONSIDERANDO: Que en conformidad con lo estatuido en el artículo 467 de la Ley de Enjuiciamiento civil, las providencias de citación, para los actos de conciliación, se notificarán por el Secretario, o por persona en quien éste delegue, arreglándose a lo prevenido en los artículos 262 y 267 de la Ley mencionada respecto a todas las notificaciones; y, por consiguiente, como de la certificación del Secretario del Juzgado municipal se acredita, por modo eficaz, que la persona en quien delegó fué el alguacil, y que éste, constituyéndose en el domicilio del señor B., por no encontrarlo en él, le citó por cédula, entregando ésta al vecino más próximo, arrendatario de otro local contiguo, que asimismo fué citado a idénticos fines para el acto de conciliación, no cabe afirmar, sin palmaria contradicción entre las declaraciones de hecho y lo acreditado por el referido testimonio, que no se cumplieron, al practicarse la diligencia, los requisitos legales, ni menos aducir que no está probado que el alguacil interviniese por delegación, pues si así fuera no estaría unida a los autos la diligencia; y en cuanto a que tampoco está probado que la copia de la papeleta entregada fuera reflejo fiel de la original, basta estimar el error de tal aseveración la circunstancia de no haberse alegado por el demandado, a quien incumbía, de ser ello cierto, su prueba; procediendo, por tanto, estimar el manifiesto error en la apreciación de la prueba, invocada en el recurso, y determinante de injusticia notoria.

CONSIDERANDO: Que al declarar el Juzgado de instancia que tampoco está acreditada la necesidad que tiene el actor del local que ocupa el señor B., incide asimismo en injusticia notoria: en primer lugar, porque del dictamen pericial emitido por el ingeniero industrial señor X., se infiere, con toda claridad, la precisión absoluta que tiene el actor de ocupar el local objeto del desahucio, para dejar en condiciones higiénicas y de buena explotación su importante industria; en segundo término, porque de la propia diligencia de reconocimiento judicial—aunque realmente no constituya prueba documental, y se tenga en cuenta sólo como elemento corroborante del dictamen, que es lo esencial—aparece la notoria insuficiencia del establecimiento donde el propietario tiene instalado su negocio: por ser un local único, donde, al propio tiempo que se realizan operaciones, de cierta incompatibilidad, como la fabricación, embreado y secado de las lo-

nas, se halla instalado, en un compartimiento de madera, el escritorio, un despacho o recibidor, y hasta el mismo motor que acciona la industria, en peligrosa proximidad, a metro y medio de distancia de los toldos, colgados a lo largo de las paredes hasta el fondo; y, en definitiva, porque la verdad y razón de las pretensiones de la demanda resultarían evidenciadas, aun haciendo caso omiso de los elementos de convicción apuntados, de las propias consideraciones que se hacen en el fallo recurrido, en el que, en síntesis, y textualmente, se concluye por declarar "que el local objeto del desahucio contribuirá, en parte, a poderse instalar mejor la industria del actor, pero no a que desapareciera en absoluto la causa de la deficiente instalación, de las condiciones higiénicas, de la escasa ventilación y de las demás alegadas."

CONSIDERANDO: Que a tenor del artículo 5.^o del Decreto de 21 de enero de 1936, en relación con el 5.^o del de 29 de diciembre de 1931 y Orden aclaratoria de 8 de noviembre de 1944, es procedente el desahucio cuando el propietario de un local, destinado a comercio o industria, precise ampliar su propio negocio, y necesite de los locales de su propiedad que tenga alquilados, siempre que demuestre la necesidad de ocupar para tales fines aquellos cuyo desahucio pretenda; por lo que es demostrado, en grado más que suficiente, tal necesidad, la sentencia que, en tales circunstancias, no da lugar al desahucio incurre en injusticia notoria, por infracción, interpretación errónea e inaplicación al caso de los preceptos referidos, y debe ser revocada al estimarse el motivo primero.

CONSIDERANDO: Que a tenor de lo establecido en los artículos 171, en relación con el 164, 162 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y regla octava de la base décima de la Ley de Justicia municipal, no procede hacer mención de las costas del recurso, pero sí deben imponerse las de primera instancia al demandado por acogerse en su totalidad las pretensiones de la demanda.

FALLO.—Ha lugar.

AUTO 27 ABRIL 1948

ANTECEDENTES.—En autos incidentales sobre consignación de acciones, la A. T. de Barcelona dictó auto, contra el cual el demandante preparó recurso de casación por infracción de ley, pasados los autos al Ministerio Fiscal, emitió dictamen en el sentido de que dicho recurso está incurso en las causas tercera y quinta del artículo 1.729 de la L. E. C., por lo que no procedía su admisión.

CONSIDERANDO: Que no se da el recurso de casación contra las resoluciones dictadas en actos de jurisdicción voluntaria, según el número cuarto del artículo 1.690 de la L. E. C., interpretado por el T. S. desde el auto de 29 de septiembre de 1866, para un caso también de entrega de acciones, y los de 1.^o de octubre de 1907, 18 de mayo de 1943 hasta el de 25 de septiembre de 1947, si no tienen el carácter de definitivas o, según expre-

sión de la sentencia de 3 de octubre de 1910, cuando su materia puede ser de nuevo ventilada en otro pleito, como ocurre en el caso de autos, en que por haberse declarado contencioso el expediente de consignación se abre amplio cauce para discutir sus incidencias, pues no es un juicio independiente el que ha de seguirse, sino la continuación de ese expediente de jurisdicción voluntaria, según la sentencia de 7 de octubre de 1896, por lo que no debe admitirse el recurso interpuesto, de acuerdo con el número tercero del artículo 1.729 y número primero del 1.728 de la citada Ley litigiosa.

SENTENCIA 10 JUNIO 1948

Civil—arrendamiento de cosas—obligaciones del arrendador—aplicación del artículo 1.124 del Código civil.

No puede alegarse el incumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 1.554, núm. 3.^o, C. c. si las alteraciones no resultan de actos del arrendador que le constituyeran en la obligación de restablecer la perturbación producida y el arrendatario hubiese dejado de cumplir el mandato que le impone el párrafo 1.^o del artículo 1.559 C. c.

Civil—facultades del albacea.

Son nulos los actos realizados por éste extralimitándose en el poder concedido por el testador, o por las normas del C. c., subsidiarias en lo no expresado de lo que el testador dispuso.

Procesal—recurso de casación por error de hecho.

No puede recurrirse sin indicar en qué consiste la equivocación padeida, para poder examinar el fundamento de la alegación que se hace.

Procesal—apreciación de los hechos.

No es lícito sustituir el criterio del juzgador por el de la parte recurrente.

SENTENCIA 11 JUNIO 1948

Competencia—sumisión—requisitos del documento privado en que se realiza.

El documento privado en el que consta la existencia de una deuda constituye un principio de prueba en favor del comprador y apareciendo en el mismo la sumisión a determinado Juzgado es obligado estimar la existencia de un pacto de sumisión expresa, sin que a ello se oponga el

hecho de ser la cláusula contractual sumisoria marginal del referido documento, ya que todo él se encuentra amparado por la firma.

SENTENCIA 21 JUNIO 1948

Procesal—casación—competencia—acción personal derivada de un contrato de arrendamiento de servicios.

Negada por el demandado de modo terminante la existencia del contrato alegado así como la realidad de los servicios que en la misma se indican y no pudiendo estimarse ninguno de los documentos presentados por el actor como principio de prueba de la existencia de dicho contrato de servicios, es competente el Juzgado del demandado, donde fué empleado y requerido de pago por el actor.

SENTENCIA 22 JUNIO 1948

Civil—interpretación de las normas de Derecho romano aplicables según las legislaciones forales.

Debe haces en consonancia con las ideas, necesidades, intereses y medios de vida, huyendo del severo rigorismo en servicio del ideal e intereses de la comunidad dentro de la que deban aplicarse dichos textos.

Civil—testamento ológrafo en los territorios de Derecho foral.

Es jurisprudencia del Tribunal Supremo que constituye una forma válida de testar en los territorios de Derecho foral, sin restricción de lugar ni de contenido, ni más requisitos formales que los exigidos por el Código civil para ese testamento.

Civil—requisitos de las disposiciones “mortis causa” de carácter secundario.

Procesal—recurso de casación: efectos de la estimación de un motivo.

ANTECEDENTES.—A., catalán, otorgó testamento en 30 de noviembre de 1935, en el que, aparte de algunas disposiciones a título singular, determinó que sus bienes se invirtieran en la fundación de un hospital, designando una Junta a tal efecto, y en 26 de marzo de 1938, encontrándose preso y previendo su fin, como luego ocurrió, otorgó un documento concebido en los siguientes términos: “... ante las circunstancias actuales y considerando los riesgos a que me hallo sujeto y no teniendo en esta fecha Notario en ésta para mejor legalizar este documento, por el mismo hago constar mi voluntad de ceder en propiedad después de mi muerte a B... la finca de mi propiedad denominada “Gochos”... y a C... la finca denominada “Bixabens”..., y para que se cumpla y conste firmo el presente

documento ante los testigos en Mora de Ebro, a 26 de marzo del 38". Suscitada cuestión sobre la validez de estos legados, se consideró nulo a tal efecto el citado documento, que había sido protocolizado como testamento por el Juzgado.

CONSIDERANDO: Que el rígido formalismo del *jus civile*, tanto respecto al lugar (cabeza del testamento) y términos solemnes e imperativos de la institución de heredero, como a la revocación de los testamentos; a las fórmulas solemnes predeterminadas y su ordenación únicamente en testamento, para los legados; a la confirmación testamentaria de los codicilios, etcétera, fué evolucionando dentro del propio derecho, paralelamente a la evolución del concepto de heredero y en el derecho creado por el pretor, que atendía preferentemente a la intención del testador.

CONSIDERANDO: Que esta evolución que trata de aproximar la norma, con su rigidez, generalidad, permanencia y abstracción a las exigencias sociales, que cambian y se modifican, no ha de entenderse estancada, en el Derecho romano bizantino, sino que debe tenerse muy en cuenta para la interpretación actual de los textos, en consonancia con las ideas, necesidades, intereses y medios de vida, huyendo del severo rigorismo en servicio del ideal e intereses de la comunidad, dentro de la que deban aplicarse dichos textos, como ocurre en Cataluña, en cuanto suplen la falta de normas del Derecho catalán y del canónico, para decidir la cuestión planteada.

CONSIDERANDO: Que siguiendo esta línea interpretativa de adaptación de los textos a las exigencias sociales y al perfeccionamiento de los conceptos, iniciado y proseguido, como se ha dicho, en el *jus civile* y en el derecho del pretor, este Tribunal ha declarado el testamento ológrafo como forma válida de testar en los territorios de Derecho foral, sin restricción de lugar ni de contenido, ni más requisitos formales que los exigidos por el Código civil, para ese testamento (sentencias de 31 de marzo de 1917 y de 26 de junio de 1929).

CONSIDERANDO: Que si, pues, el documento de que se trata reúne, como afirma la sentencia recurrida, las solemnidades suficientes en el lugar de su otorgamiento, para la validez de la manifestación de última voluntad, y su contenido, limitado a legados, no requiere, en ese lugar, conforme al Derecho romano aplicable, ir unido en el mismo documento a la institución de heredero, es evidente su validez en cuanto a tales disposiciones, pues de lo contrario se llegaría a la conclusión inadmisible de que las facilidades que el derecho suministró como medio de ejecutar esas disposiciones secundarias con menos formalidades y sin tocar al testamento, ni hacer otro, y ligadas, como accesorias a él, cuando lo hubiere, quedaban sin efecto por haberse hecho con solemnidades, correspondientes al acto, más importantes y solemnes de testar.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida, reconociendo la validez del documento en cuestión, por su forma, al negársela por la falta en el mismo de institución de heredero, fundada en las disposiciones contenidas en el párrafo 34 del título XX, y en el segundo del XXIII, ambos del libro segundo de la Instituta de Justiniano, en la Ley primera del título V, libro XXVIII del Digesto, y XXIX del título XXIII, libro VI del Código

de Justiniano, infringió dichos preceptos legales, por su indebida aplicación al caso, como se ha expuesto, infracción alegada como tercer motivo del recurso estimable por el mismo, sin necesidad de examinar los demás.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 22 JUNIO 1948

Civil—reducción de legados.

No puede hacerse de tal modo que comprenda no sólo las cargas establecidas sobre la cosa legada, sino también las que afectan a los bienes que se adjudicaron al heredero, y que éste conservó íntegramente.

Civil—compra por el alfacea de los bienes pertenecientes al caudal hereditario.

El artículo 1.459, núm. 3, establece, sin distingos, la prohibición de compra.

Civil—confirmación de operaciones particionales afectadas de nulidad.

No surte efectos si son nulas por simulación absoluta objetiva, por disposición de la ley, y por concurrencia de menores, ya que no fué hecha en su nombre y representación por sus padres, que, por otra parte, dada la cuantía de lo renunciado, no hubieran podido hacerlo sin autorización judicial.

Procesal—recurso de casación: cuestiones nuevas.

No pueden plantearse en casación, y menos si se tiene en cuenta que afectan a personas que no fueron parte en el pleito, puesto que sin su intervención no cabe adoptar resolución alguna.

Procesal—recurso de casación: decisiones judiciales consentidas.

No puede recurrirse alegando excepciones desestimadas en la sentencia de primera instancia, pues esta decisión fué consentida al no apelar de ella en la segunda.

SENTENCIA 28 JUNIO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—el artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y el 5.^o del Decreto de 31 de enero de 1936.

Por referirse a materias distintas, aquél no fué derogado por éste.
Desahucio por expropiación forzosa, en la nueva y en la anterior legislación.
La solución es la misma, transcurrido el plazo convenido de duración.

ANTECEDENTES.—El Ayuntamiento de P. decretó en 1942 la expropiación de un edificio, cuyos ocupantes se negaron a desalojarlo. El Juzgado y la Audiencia los condena. Se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—1.^º Infracción de los artículos 1.^º y 5.^º del Decreto de 21 de mayo de 1936, pues el local no era vivienda, sino de negocio.

2.^º Infracción de la Disposición transitoria XIII de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que deroga las disposiciones especiales anteriores, y, por otra parte, la expropiación es un hecho anterior, que no puede tener efectos.

CONSIDERANDO: Que el artículo 5.^º del Decreto de 21 de enero de 1936 enumeraba casos en que el propietario podía ejercer la acción de desahucio, aun vigente el contrato de arriendo, por no haber transcurrido el plazo convenido, mientras que el de igual número del Decreto de 29 de diciembre de 1931 lo hacía de los casos en que no procedía como obligatoria la prórroga del arrendamiento que, con tal carácter y a voluntad del inquilino, estableció el artículo 1.^º del Decreto últimamente citado.

CONSIDERANDO: Que por tal razón de referirse a materias distintas y comprender el 5.^º del Decreto de 1936 casos no comprendidos en el 5.^º de 1931 no puede entenderse éste derogado por aquél, que, además, expresamente ordena, en su artículo 1.^º, la aplicación de la legislación vigente a su publicación para lo que en él no se regulase especialmente.

CONSIDERANDO: Que si, pues, el artículo 5.^º del Decreto de 1931 no fué derogado por el de 1936, y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos contieneanáloga disposición que aquél respecto a los efectos de la expropiación forzosa del inmueble arrendado sobre la subsistencia del arrendamiento, la aplicación de cualquiera de las dos legislaciones conduciría a la misma solución, supuesto transcurrido el plazo convenido, sobre lo cual no se ha hecho cuestión como motivo del recurso que, por lo tanto, no puede estimarse por ninguno de los dos alegados.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 30 JUNIO 1948

(Véase sentencias anotadas en este mismo fascículo, pág. 749.)

AUTO 30 JUNIO 1948

No cabe el recurso de casación contra las resoluciones que no tienen el carácter de definitivas con las condiciones que para éstas determina el

artículo 1.690 de la L. E. C. y que requiere el número primero del artículo 1.689 de la misma Ley.

SENTENCIA 6 JULIO 1948

Civil—arrendamientos urbanos—causas de resolución del arrendamiento: cesión.

Por no distinguir las disposiciones legales entre la cesión total y la parcial como causa de resolución del arrendamiento, cualquiera de ambas puede estimarse como causa bastante al efecto, y más ante la consideración de que la interpretación contraria autorizaría a burlar la prohibición legal, si por cesiones parciales sucesivas se llegase a la cesión total..

Procesal—recurso de injusticia notoria: presupuestos para la efectividad de los motivos en que se fundamenta.

No pueden prosperar cuando el pronunciamiento de la sentencia recurrida tenga que mantenerse invariable con arreglo a la legislación que debe aplicarse, aun cuando su fundamento radique en normas no aplicables.

SENTENCIA 8 JULIO 1948

Civil—indemnización en caso de negar la prórroga al arrendatario de local—requisitos para que se considere efectiva.

No basta el mero ofrecimiento, sino que se requiere la entrega o puesta a disposición.

Civil—excepción de cosa juzgada—cuando hay identidad de causa petendi.

No la hay cuando en un juicio se ejercita la acción de desahucio y en el otro la de indemnización de daños y perjuicios.

Civil—arrendamientos—indemnización—el precio del traspaso que se paga por otro local debe ser comprendido en la indemnización.

ANTECEDENTES.—Al demandante se le negó la prórroga de arrendamiento de un local de negocio, y se discute la cuantía de la indemnización a satisfacer por el propietario, así como su procedencia.

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.^o Infracción del párrafo 3.^o del ap. A) del artículo 5.^o del Decreto de 29 de diciembre de 1931 en relación con los párrafos 1.^o y 2.^o del propio apartado, que deja afecto el derecho a indemnización a la condición resolutoria de que se desaloje el local, lo que se incumplió en este caso.

2.^º Infracción de los arts. 1.106 y 1.107 del C. c. y la jurisprudencia según la cual la indemnización requiere la prueba de los daños y perjuicios.

CONSIDERANDO: Que el artículo 5.^º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 dispone que no procederá la prórroga establecida en el artículo 1.^º cuando el propietario necesite el local arrendado para establecer en él su propia industria, debiendo de participarlo al arrendatario con un año de antelación y previniendo además el citado precepto que el arrendatario tendrá derecho en todos los casos a una indemnización por los daños y perjuicios que le ocasionó el traslado y que consistirá en el importe del alquiler de un año cuando se trate de un establecimiento mercantil e 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 o 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 de la necesidad de asegurar los derechos del arrendatario desahuciado, necesidad que la legislación aludida no puede olvidar dado su carácter, como de los términos literales del precepto, se deduce que cuando el propietario no ha entregado al arrendatario dicha indemnización la ha de poner a su disposición en tal forma que pueda el arrendatario hacerla efectiva directamente, sin necesidad de reclamársela al propietario o de entablar la acción correspondiente, como tendría 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 en el caso actual no se cumplió en cuanto el propietario se limitó a ofrecer la indemnización al arrendatario por medio de acta notarial, pero sin ponerla de hecho a su disposición, y como mientras esto no sucediera al arrendatario tenía derecho a permanecer en el local, como previene el aludido artículo, es visto que no perdió el derecho a la indemnización por no desalojar dicho local dentro del plazo del aviso, y la Sala sentenciadora al entender así no infringe, sino que aplica rectamente el artículo 5.^º del Decreto de 29 de diciembre de 1931.

CONSIDERANDO: Que si bien el Juez de primera instancia número 2 de Barcelona, en su sentencia de 26 de noviembre de 1941, por la que dió lugar al desahucio promovido por la Compañía Barcelonesa de Electricidad, S. A., contra D. ... estimó que con el ofrecimiento de la indemnización hecho por la entidad actora al demandado quedaba cumplido el requisito de poner a disposición del arrendatario la indemnización a que se refiere el artículo 5.^º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, esta declaración

no puede surtir los efectos de la cosa juzgada en el presente procedimiento, porque para que la presunción de la cosa juzgada surta efecto en otro juicio es necesario, conforme al artículo 1.252 del Código civil, que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron y en los juicios de que se trata, si bien se dan las dos últimas identidades, en cuanto las personas de los litigantes y la cualidad con que actúan en ambos procedimientos son las mismas, no concurre igual identidad en cuanto a las cosas y causas de pedir, porque en el primero de dichos juicios se ejercita una acción, como es la de desahucio, encaminada a obtener la extinción del vínculo arrendatario creado entre los litigantes y la consiguiente recuperación por el arrendador de la posesión de la cosa arrendada, mientras que en la acción ejercitada en el presente persigue el arrendatario obtener del arrendador una indemnización de los daños y perjuicios que hubo de sufrir por consecuencia de su traslado del local de que fué desahuciado a otro distinto y, por lo tanto, no puede estimarse la infracción de los artículos 1.251 y 1.252 del Código civil, como pretende el recurrente.

CONSIDERANDO: Que el citado artículo 5.^º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 establece en su párrafo 5.^º que la tasa fijada a las indemnizaciones comprendidas en los párrafos anteriores del mismo artículo no impedirá que el arrendatario que ésta ser de cuantía mayor los daños y perjuicios sufridos por consecuencia de su traslado, reclame del propietario la cantidad a que crea tener derecho, de cuyos términos se desprende que los daños y perjuicios reclamables por el arrendatario al propietario han de ser consecuencia directa e inmediata del traslado a que se ve forzado por el desahucio, y esto establecido es preciso reconocer que el precio justo del traspaso que el arrendatario desahuciado tenga que satisfacer para adquirir nuevo local es constitutivo de un daño originado por el traslado, porque implica una lesión económica o disminución patrimonial dimanante directamente de la privación del derecho de prórroga del arrendamiento, que la ley compensa con la indemnización de todos los daños y perjuicios que origine el traslado a nuevo local siempre que sean previsibles o se hayan podido prever, según prescribe el artículo 1.107, párrafo primero, del Código civil, complementario de la legislación especial de alquileres, y en este sentido, como la Sala sentenciadora estima la necesidad que el arrendatario tuvo de satisfacer una cantidad para obtener el traspaso, se trata de un daño enteramente previsible y de la cual el propietario debe de responder, sin que pueda eximirle de su responsabilidad la circunstancia de que el traspaso del nuevo local se verificara con el consentimiento de su dueño y esto determinara la ventaja de la recuperación del precio a que se refiere el artículo 9.^º del Decreto de 21 de enero de 1936, porque esta recuperación es meramente eventual, ya que dependerá del hecho de que el arrendatario adquiere del local por traspaso vuelva a traspasarlo, y si este hecho no se produce, tal recuperación no será posible y siempre habrá dejado el arrendatario de obtener los beneficios que la

disponibilidad del precio invertido en el traspaso hubiera podido producirle.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 JULIO 1948

Civil—pago—requisitos.

El pago ha de hacerse al acreedor o persona autorizada para recibirllo, y en lugar convenido, salvo cuando aquél lo admite en otro distinto.

ANTECEDENTES.—El Banco de España, de Tarragona, negoció con D. J. B., en el año 1936, diversas letras de cambio, y en el mismo período de tiempo, con su mujer, otras distintas. Fallecido sin testamento D. J. B., durante la guerra, el Banco solicitó de las demandadas—madre y esposa—el total abono de la deuda. A tal proposición se contesta manifestando haber constituido por terceras personas, en Barcelona, un depósito con dinero suficiente para la total extinción de la deuda, en fecha en que, liberada Tarragona, lugar del pago, continuaba Barcelona sometida al dominio rojo.

Interpuso la demanda, el Juzgado estima en su totalidad las peticiones, y apelada, la A. T. revoca la sentencia del Juzgado, interponiéndose recurso de casación por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Número 1 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los arts. 444, 489, 505 del C. de c.

Segundo. Número 7 del art. 1.692 de la L. E. C., por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Tercero. Número 1 del art. 1.692 de la L. E. C., por violación, al no ser aplicados, los arts. 167, 443, 452, 458, 459, 461, 462, 467, 470, 488, 495 y 502.

Cuarto. Números 1 y 7 del art. 1.692 de la L. E. C., por error de hecho y de derecho.

CONSIDERANDO: Que las alegaciones de las partes y lo afirmado por la Sala de instancia, en lo que coinciden, ofrecen como extremos incuestionados que sirvieron de base al planteamiento por aquéllas de la principal de las cuestiones sobre las que ha versado el debate, la realidad de una obligación de pago de cantidad, dimanante de letras de cambio, negociadas, unas por D. Juan Durán Piñas, y otras por su mujer, doña Rosa Folch Pie, en la sucursal del Banco de España, en Tarragona, donde fueron protestadas a su vencimiento, y la entrega por terceras personas, por cuenta de doña Rosa Folch, en la sucursal del mismo Banco, en Barcelona, de cantidades que en total exceden de lo adeudado, bajo resguardos de depósito, en los días 16, 17, 23 y 24 de enero de 1939, fechas en las que, liberada ya Tarragona, que era el lugar en que el pago debía hacerse, continuaba Barcelona sometida al dominio rojo.

CONSIDERANDO: Que reclamado en la demanda inicial del juicio el cumplimiento de la obligación a qua se refiere el primero de los extremos

antes concretados, y opuesta a esta pretensión de la parte actora la eficacia extintiva que, según las demandadas, asistía al segundo de ellos por ser constitutivo de pago de las cantidades adeudadas, quedó con estos términos propuesta como principal de las cuestiones a resolver la de si la expresada entrega de cantidades lo fué en concepto de pago y si, esto supuesto, concurrieron en él cuantos requisitos legales son necesarios para su validez productora del efecto liberatorio, que sólo de los pagos bien hechos se sigue.

CONSIDERANDO: Que reducida por la Sala de instancia la indicada cuestión a los más simples términos de si las demandadas debían a la entidad actora determinada cantidad de dinero como importe de ciertas letras de cambio y de que de la excepción principal de pago dependía toda la oposición a la demanda, la decidió en sentido absolutorio para las demandadas, con total abstención de fundamentar en derecho su fallo, para el que expresó, como únicas apreciaciones conducentes al mismo: que en beneficio de los deudores se había entregado en la sucursal del Banco de España en Barcelona una cantidad suficiente para cubrir el importe de las letras a que se refería la demanda y sus gastos; que al modo de ver de la Sala era clarísimo que los documentos expedidos por aquella sucursal en impresos de resguardo de depósito eran sencillamente recibos de cantidades que reconocía haberseles entregado en beneficio de la sucursal de Tarragona y, en definitiva, del Banco, apareciendo en ellos que la sucursal de Tarragona constituía en la de Barcelona un depósito intransferible relacionado con ciertos créditos que se encontraban en poder de aquélla; y que las circunstancias en que se encontraba la región forzaban a entender que cualesquiera que fuesen las relaciones normales entre sucursal y sucursal, cuando prácticamente era imposible pagar en Tarragona, entendieron bien las deudoras que podían pagar en la sucursal en que lo hacían, aceptándolo ésta en representación de la entidad acreedora, a la que con sus actos y omisiones obligaban.

CONSIDERANDO: Que por ser el pago, en su más amplio sentido, modo normal de cumplimiento de una obligación precedente, se hallan presididas las reglas a que se ha de acomodar, para su validez, por el principio doctrinal que lo hace consistir en la prestación de lo que, y como se debe, a quien la misma es debida, en armonía con lo cual señala y exige el Código civil en sus artículos 1.157, 1.162 y 1.171, como requisitos que, entre otros, han de concurrir para que el pago adquiera la eficacia que libera al deudor, la completa entrega de lo adeudado y que se haga al acreedor o a persona autorizada para recibarlo, y en el lugar convenido, salvo cuando aquél lo admite en otro distinto.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 19 JULIO 1948

Civil—interpretación—si debe prevalecer el espíritu sobre las palabras.

Así debe ser, tratándose de una declaración de voluntad no recepticia.

Civil—arrendamientos urbanos—alcance de la expresión “propietarios e inquilinos”.

Comprende a los antiguos propietarios y a las personas que con ellos habían celebrado contratos de inquilinato y quedaron como precaristas.

ANTECEDENTES.—El Ayuntamiento de P. tomó el acuerdo de expropiar un edificio, desahuciando a sus ocupantes, que, sin embargo, después de la expropiación permanecerían en él, alegando que no eran inquilinos, sino precaristas, y no les alcanzaba el acuerdo del Ayuntamiento, referido sólo a propietarios e inquilinos. Se interpuso demanda contra ellos.

El Juzgado y la Audiencia la desestimaron, y se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—1.^º Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

2.^º Infracción por interpretación errónea de los artículos 102, ap. C; 105, núm. 4, y 207 de la Ley Municipal, en relación con el 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y por inaplicación de los artículos 1.709 y 1.727 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que si, como declaró la sentencia de esta Sala de 19 de junio de 1918, en materia de interpretación debe tenerse en cuenta más que la acepción rigurosa y gramatical de las palabras el espíritu que las informa, con mayor razón se impone atender con preferencia a la voluntad real tratándose de una declaración no recepticia, cual es la expresada por la Corporación municipal al adoptar el acuerdo de ejercitarse la acción de desahucio, criterio el indicado que en materia de interpretación de las disposiciones de última voluntad ha venido inspirando la jurisprudencia de esta Sala, como lo demuestran, entre otras, las sentencias de 18 de noviembre de 1930 y 29 de octubre de 1933; y—sobre esta base de examen—establecido en el acuerdo municipal adoptado en sesión de 31 de mayo de 1944 que se proceda a promover los correspondientes desahucios contra los propietarios e inquilinos de las fincas expropiadas por el Ayuntamiento, resulta controvertible que al ser éste el único dueño de las mismas desde que se consumó la expropiación y no habiéndolas cedido en arriendo, carecería de todo alcance y significación dicho acuerdo si no se refiriese a los antiguos propietarios y a las personas que con ellos habían celebrado contratos de inquilinato y que después de realizada la expropiación continúan ocupando las fincas sin pagar merced.

FALLO.—Ha lugar.

AUTO 25 SEPTIEMBRE 1948

Del examen de los artículos 1.822, 1.689 y número cuatro del 1.690 de la L. E. C. se infiere con toda claridad que a los fines del recurso de casación sólo tendrán el concepto de definitivas las sentencias o autos pronunciados en autos de jurisdicción voluntaria en los casos establecidos por la Ley, que no se refiere concretamente a las aludidas resoluciones en materia de depósito de personas.

SENTENCIA 30 SEPTIEMBRE 1948**Procesal—casación: los problemas de jurisdicción por razón de la materia.**

CONSIDERANDO: Que el presente recurso se ha interpuesto contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Valencia en la que, revocando la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia, se estima la excepción alegada por la parte demandada y se declara la incompetencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la cuestión propuesta por entender que la materia objeto del pleito es de carácter administrativo, y como el recurso se plantea por quebrantamiento de forma al amparo del número 6.^º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es notorio que carece de viabilidad y debe ser desestimado por imponerlo así la reiterada jurisprudencia de esta Sala que enseña que los problemas de jurisdicción por razón de la materia sólo pueden ser tratados en casación mediante el recurso por infracción de ley que preconiza el número 6.^º del artículo 1.692 de la mencada Ley procesal civil—improcedente en este caso por tratarse de juicio interdictal—, reservándose el recurso de casación por quebrantamiento de forma según el citado número 6.^º del artículo 1.693 de la Ley rituaria en relación con el 106 de dicho ordenamiento procesal para los demás casos en que sea de naturaleza civil la cuestión debatida y se discuta la preferencia entre Juzgados y Tribunales de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria para conocer de la litis entablada, es decir, que se trate de aquella atribución de competencia jurisdiccional que se halla regulada en el Libro I, Título II, de la Ley de Enjuiciamiento civil vigente, lo que no acontece en el recurso a que esta resolución se refiere.

SENTENCIA 22 OCTUBRE 1948**Civil—compraventa—arras: fines que pueden tener—requisitos para que sea aplicable el artículo 1.454.**

Que conste de manera clara y evidente que las partes quisieron dar a las arras el carácter y efectos que tal artículo les atribuye.

Civil—interpretación—cuando las palabras tienen diversas significaciones.

La Sala puede aceptar la que dados los términos del contrato y sus circunstancias le parezca más adecuada.

Procesal—casación—base para apreciar el error de hecho.

No la es el documento auténtico, cuya interpretación ha servido a la Sala para formar su juicio.

ANTECEDENTES.—El demandante compró en documento privado una partida de carbón, entregando una cantidad en concepto de señal y parte del precio. Posteriormente se incumplió el contrato por el vendedor y el comprador demandante se separó de él, solicitando aquél en casación que aquella cantidad debía quedar a su favor.

MOTIVOS.—Se recogen en los considerandos que se transcriben.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso se formula al amparo del número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil y se funda en haberse violado por inaplicación el artículo 1.281 del Código civil, así como el 1.454 del mismo cuerpo legal y la doctrina de este Tribunal, en cuanto declarándose por la sentencia recurrida la resolución del contrato de compraventa celebrado entre las partes no se condena al comprador a la pérdida de las arras, como era lo obligado, toda vez que la resolución del contrato fué declarada como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones que correspondían a dicho comprador en su condición de tal, pero si bien el artículo 1.454 del Código civil, que se cita como infringido, dispone que si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compraventa podrá éste rescindirse allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas; como las arras no tienen siempre la misma significación y se entregan para distintos fines, como pueden ser el de servir de medio de prueba de la celebración del contrato o el de constituir un anticipo del precio, para que puedan considerarse comprendidas dentro de la hipótesis del repetido artículo 1.454 y producir el efecto de desligar a las partes del compromiso contraído es necesario, dada la trascendencia que dicho precepto envuelve, que conste de una manera clara y evidente que las partes quisieron dar a las arras el carácter y efectos que tal artículo las atribuye, y así lo tiene declarado este Tribunal en sus sentencias de 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927 y 16 de enero y 8 de julio de 1933, y como la Sala sentenciadora, interpretando el contrato, ha declarado que las arras o señal entregadas no tuvieron otro carácter que el de anticipo de precio, no puede considerarse infringido el artículo mencionado, así como tampoco el 1.281 del Código civil, cuyo párrafo primero, que es el que se supone infringido, sólo resulta aplicable cuando los términos de un contrato son claros y no dejan duda a la intención de los contratantes, por lo cual debe de estarse al sentido literal de sus cláusulas, pero en el caso presente la palabra señal empleada por las partes tiene diversas signifi-

caciones, aceptando la Sala sentenciadora la que dados los términos del contrato y sus circunstancias le ha parecido más adecuada, y por eso carece de aplicación al caso controvertido el citado artículo.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo del recurso se ampara en el número 7.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, denunciándose por el recurrente el error de hecho en la apreciación de las pruebas que la sentencia recurrida comete al otorgar a la cantidad otorgada por el comprador al vendedor el carácter de anticipo del precio en lugar del de arras, que es el que resulta del contrato celebrado entre las partes y consta en el documento reconocido como legítimo por ambas de 17 de junio de 1943, pero como la interpretación de tal documento es lo que ha servido a la Sala sentenciadora para formar su juicio, para que el recurso pudiera prosperar sería necesario demostrar que la Sala había infringido alguna de las normas relativas a la interpretación de los contratos que se contienen en los artículos 1.281 al 1.289 del Código civil, al amparo del número 1.^º del artículo 1.692, pero no al número 7.^º del mismo artículo, que supone la existencia de un documento auténtico que demuestre la equívocación evidente del juzgador, circunstancias que no concurren en el invocado por el recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

AUTO 23 OCTUBRE 1948

No cabe plantear en casación una cuestión no debatida y que no ha sido objeto de ninguna referencia en el pleito, por lo que su planteamiento hace incurrir el recurso en la causa de inadmisión señalada en el número quinto del artículo 1.729 de la L. E. C.

SENTENCIA 6 NOVIEMBRE 1948

Civil—hechos constitutivos de dolo grave en los contratos.

Civil—requisitos de la confirmación de los contratos: desaparición de la causa de nulidad.

Procesal—requisitos de los documentos públicos para que hagan fe en juicio—compulsa: cuándo no es necesaria.

Procesal—cuestiones nuevas en casación.

ANTECEDENTES.—Véase el segundo considerando de la sentencia.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Véanse los considerandos.

CONSIDERANDO: Que en el enjuiciamiento del acto o contrato titulado de dolo es de singular interés en casación diferenciar los hechos que motivaron la declaración de voluntad y la calificación jurídica que les corresponda como constitutivos o no de un consentimiento viciado que pueda invalidar el negocio así formado, pues mientras en el primer aspecto se ofrece a examen una *quaestio facti* que habrá de ser llevada por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en el segundo aspecto surge una *quaestio juris* que habrá de seguir la vía del número primero del mismo artículo para poder apreciar si los hechos procesales son determinantes de dolo grave o de dolo incidental, según el grado de intensidad con que resulte afectado el consentimiento a tenor de los artículos 1.265, 1.269 y 1.270 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que, respecto de los hechos procesales, la Sala sentenciadora declara probado, en síntesis: Primero, que con motivo de haber distraído fondos confiados a su custodia el cajero de una sucursal de la entidad bancaria demandada, los directivos de la sucursal, de acuerdo con el cajero y aprovechando la circunstancia de depresión de voluntad en que se hallaba el demandante, tío carnal del cajero, le ilusionaron con el señuelo de que el sobrino iba a continuar en su empleo; pero para ello era preciso, como mera fórmula, una garantía de su gestión, y así le convencieron para que firmara el 3 de marzo de 1941 una carta, hábilmente redactada, de afianzamiento personal de la gestión anterior y posterior a dicha fecha; y segundo, que continuando el plan emprendido y la maquinación empleada, los directivos de la sucursal trasladaron al actor precipitadamente y a hora intempestiva a una notaría el 21 del citado mes de marzo y allí firmó una escritura de reconocimiento de la deuda o descubierto del cajero y gastos por la suma de 65.293,33 pesetas, obligándose a satisfacerla al Banco e hipotecando en garantía del pago diecisiete firmas.

CONSIDERANDO: Que estos hechos no son de impugnación directa en el recurso, pues la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal se utiliza únicamente en los dos últimos motivos, cuarto y quinto, para denunciar error de derecho en la apreciación de la prueba a base de que en la sentencia recurrida se parte de la existencia legal en autos de la escritura de reconocimiento de deuda y de garantía hipotecaria, siendo así que a la demanda se acompañó solamente copia simple de la misma, impugnada por el Banco, sin que en período de prueba se haya traído al pliego testimonio fehaciente por mandamiento compulsorio, como ordena el artículo 597, en relación con el 505 de la Ley de Enjuiciamiento civil; pero los dos motivos así formulados, que no pueden prosperar, porque, aparte de que, siquiera fuese con desviación del rigor procesal, en vez de compulsa se practicó el cotejo de la copia simple con el original, resultando en sustancia conformes, se ha traído a los autos en período de prueba la certificación de inscripción de la hipoteca en la que se relaciona la escritura de acuerdo con la copia simple presentada, y, a mayor abundamiento de que en el juicio hay constancia suficiente de

la escritura, es de tener en cuenta que su contenido fundamental, como reconocimiento de una determinada deuda y prestación del gravamen hipotecario sobre diecisiete fincas en garantía del pago, está reiteradamente aceptado por la entidad demandada en sus escritos de contestación y dúplica e incluso en el escrito de interposición del presente recurso, en los que no sólo no se pone en duda su existencia, sino que se alega y mantiene su validez, y en estas circunstancias la doctrina jurisprudencial tiene declarado que no es necesaria la prueba por compulsa a que se refieren los artículos 505 y 597.

CONSIDERANDO: Que desestimados los motivos cuarto y quinto, únicos que con criterio benévolos pueden entenderse amparados en el número séptimo del artículo 1.692, dada la invocación global que de dicho número y del primero se ha hecho en el recurso, quedan firmes en casación los hechos procesales sintéticamente expuestos en el segundo considerando, y frente a la apreciación jurídica que de los mismos ha hecho la Sala de instancia como negocios viciados por la concurrencia de dolo grave, arguye el primer motivo del recurso que la entidad demandada no intervino en el otorgamiento de la escritura con su legítima representación, sino por medio de un mandatario verbal, y fué preciso que veinte días después el Banco, debidamente representado, otorgarse el correspondiente documento de aceptación, de lo que infiere el recurrente que el Banco no pudo inducir a que prestase la garantía hipotecaria en dicha escritura y que, además, durante los veinte días referidos, tuvo oportunidad el actor de revocar el contenido de la escritura, el cual quedó ratificado al no haberlo dejado sin efecto durante aquel plazo; pero a esta argumentación hay que oponer para desestimar el primer motivo del recurso: Primero, que se plantea una cuestión no debatida en la instancia y como cuestión nueva en casación es inadmisible; segundo, que de los autos, y en particular de la certificación de inscripción de la hipoteca, aparece que en el otorgamiento de la escritura intervino con el actor la *representación del Banco*, sin que conste en el apuntamiento si el representante estaba formalmente habilitado o intervino como mero mandatario verbal, y tercero, que, en todo caso, el demandante había quedado ligado en principio en aquella escritura, no por acto unilateral de declaración de voluntad que le permitiese revocarla en tanto no fuese aceptada por el Banco, como se da a entender en el recurso, sino por acto bilateral que vinculaba a cumplir la obligación contraída mientras no se obtuviese la declaración en forma legal de la ineffectiva del vínculo creado, por lo que ni remotamente pueda suponerse que su silencio durante los veinte días siguientes implique confirmación tácita de la escritura, ni, por lo tanto, que se hayan infringido por la sentencia recurrida los artículos 1.269, 1.259 y 1.311 del Código civil, invocados en dicho motivo primero.

CONSIDERANDO: Que tampoco es viable el motivo segundo, en el que se alega que el actor confirmó expresa y tácitamente la carta de garantía al otorgar después la escritura de hipoteca en la que se recogió como antecedente de la misma el contenido de aquella carta, pues para que la confirmación purificase el acto inicial viciado sería preciso, como es lógico, la actuación libre y consciente en el acto posterior de otorgamiento de la escritura o, en otros términos, que hubiese desaparecido o cesado la causa de nulidad del acto inicial, según se infiere de los términos del artículo 1.311 del Código civil, y es hecho probado, sin adecuada impugnación en el recurso, que la maquinación insidiosa determinante de la firma de la carta de garantía presidió también el otorgamiento de la escritura.

CONSIDERANDO: Finalmente, que es también desestimable el tercer motivo del recurso, porque admitido que la causa de la carta y de la escritura pública fuese la liberación del actor hacia su sobrino el cajero, como correspondencia a los favores que éste le había dispensado, y admitido también que se puede transigir sobre la acción civil proveniente de delito y constituir hipoteca por acto unilateral, según prescriben los artículos 1.274 y 1.813 del Código civil y el 138 de la Ley Hipotecaria, invocados en dicho motivo, no entran en juego estos preceptos en el caso de autos, pues no ha sido objeto de controversia la falta de causa contractual, ni la posibilidad de transigir y de hipotecar, sino la concurrencia o no de consentimiento viciado por dolo, resultando así desbordado en el recurso el problema litigioso, pues quedan en pie los hechos que en la sentencia recurrida se declaran probados y sin impugnación suficiente la apreciación jurídica que de los mismos hizo el Tribunal *a quo* como constitutivos de negocio que el actor llevó a efecto inducido por la actuación de la otra parte, llevándole a la aceptación de una responsabilidad real en la creencia errónea por parte del actor de que se trataba de mera fórmula para que su sobrino continuase en el cargo de cajero que venía desempeñando, lo que, unido al estado de depresión de voluntad en que aquél se hallaba y a las demás circunstancias concurrentes según los hechos probados, lleva a la conclusión de que en la firma de la carta de garantía y de la escritura de hipoteca medió dolo grave, determinante de la anulabilidad del vínculo viciosamente creado, a tenor de los artículos 1.269 y 1.270 del Código civil.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 NOVIEMBRE 1948

Civil—prescripción—interrupción por presentación de demanda.

Esta se halla sometida a la regla del artículo 1.973 del Código civil, que sólo exige el ejercicio de la acción.

CONSIDERANDO: Que, como declaró esta Sala en su sentencia de 17 de diciembre de 1927, confirmando el criterio sustentado en la de 4 de enero de 1901, la interrupción de la prescripción de acciones no se halla sujeta a la exigencia del artículo 1.946 del Código civil, que subordina la eficacia de aquélla al seguimiento y resolución favorable del litigio, y sí solamente a lo que establece el artículo 1.973 del mismo Código, precepto este último de cuyo texto aparece que, una vez ejercitada la acción, queda interrumpido el término prescriptivo, el cual habrá de contarse de nuevo cuando cesen los efectos de la interpelación, bien por desistimiento, bien por caducidad de la instancia, bien por resolución judicial que no impida, sino que permita promover de nuevo la contienda; y, sobre la base de esta doctrina y con relación al caso presente, no habiendo llegado a transcurrir íntegramente un año desde el 25 de mayo de 1940—fecha del auto en el que declaró esta Sala no haber lugar a la admisión del recurso entablado por los actores contra el fallo desestimatorio dictado en apelación—hasta el día 19 de mayo de 1941—día en que fué interpuesta la nueva demanda origen del actual litigio—no cabe entender que la sentencia recurrida vulnere los artículos 1.968, 1.969 y 1.973 del Código civil, como el recurrente sostiene.

SENTENCIA 8 NOVIEMBRE 1948

Procesal—necesidad de impugnar en casación por injusticia notoria las afirmaciones de hecho de la sentencia de instancia.

No habiéndose impugnado en casación por los medios establecidos en el artículo 169 de la L. A. U., afirmación de hecho de la sentencia de instancia, no constituye la causa cuarta del citado artículo y, por tanto, carece de fundamento el recurso.

SENTENCIA 17 NOVIEMBRE 1948

Civil—prescripción—responsabilidad de funcionario—“dies a quo” cuando se tramita procedimiento contencioso-administrativo.

CONSIDERANDO: Que no obsta al establecimiento de esta doctrina la circunstancia de que el artículo 4º del Reglamento de 23 de septiembre de 1904 hable de suspensión para interponer la demanda de resarcimiento en el caso de que se esté tramitando procedimiento contencioso-administrativo, porque esta locución sólo tiene un alcance meramente aclaratorio de la ley para fijar, cuando existe reclamación en la vía contenciosa, el plazo señalado por el artículo 11 para el ejercicio de la acción, que ha de contarse desde el día en que queda definitivamente resuelto el pleito contencioso-administrativo.

AUTO 18 NOVIEMBRE 1948

No cabe el recurso de casación contra aquellas resoluciones susceptibles de algún recurso ordinario, por no tener el carácter de definitivas que exigen los artículos 1.689 y 1.690 de la L. E. C.

SENTENCIA 22 NOVIEMBRE 1948

Procesal—pobreza—fuerza mayor.

Procesal—pobreza.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso se denuncia infracción del artículo 1.105 del Código civil, que define la fuerza mayor, estimando como tal la prisión sufrida por el recurrente; pero es obvio que el citado artículo no es atinente a la cuestión debatida, puesto que no se trata de si ha habido o no fuerza mayor en el hecho de la prisión, sino de si ese hecho ha producido empeoramiento de la fortuna del actor con posterioridad a la anterior sentencia por privarle del ejercicio de su profesión de abogado, y situada así la cuestión en cuanto a este extremo, que se dice constituye la base fundamental de la demanda, es inconcusso que el hecho de la privación de tal ejercicio profesional ha sido justamente comprendido por el Tribunal *a quo* entre los que no pueden ser tenidos en cuenta en este segundo incidente, por ser anteriores a la referida sentencia de 22 de mayo de 1948, toda vez que la prisión tuvo lugar en 3 de abril del mismo año, apreciación que por sí sola es de toda evidencia y que, además, resulta de las manifestaciones del actor en el hecho tercero de su demanda, debiendo, en consecuencia, tenerse también por inoperante la invocación del artículo 4.^º del Código civil y la de error de hecho y de derecho que se hace, sin citar documento auténtico ni preceptos referentes a la valoración de la prueba.

Para obtenerla después de la sentencia denegatoria no basta probar que no ha mejorado el actor de fortuna, sino que es preciso demostrar que ha empeorado.

SENTENCIA 30 NOVIEMBRE 1948

Civil—arrendamientos urbanos—competencia cuando además de la resolución se hacen otras peticiones.

Es del Juzgado de Primera Instancia.

Civil—calificación de local de negocio—impugnación en casación, si fué apreciada por el juzgador de instancia.

Sólo puede hacerse demostrando manifiesto error en la apreciación de la prueba.

Civil—ejercicio de la opción del artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

No puede admitirse que se ejercite la acción declarativa de la legitimidad de la elevación de la renta y se trata de obtener en la ejecución de la sentencia los efectos de la opción.

ANTECEDENTES.—M. arrendó un local a R. y solicitó de él la elevación de la renta, reservándose para trámite de ejecución de sentencia el ejercicio de la opción a que se refiere, entre otros, el artículo 31 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. R. se negó a tal elevación. El Juzgado le condena, e interpone recurso de injusticia notoria, alegando los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Incompetencia de jurisdicción, porque se ejercitaba una acción declarativa, y otras incompatibles.

Segundo. Se alega también incompetencia, porque se ejercitaba la acción de desahucio y sólo la jurisdicción municipal es competente.

Tercero. Injusticia notoria por infracción de preceptos de doctrina legal al formular mal la demanda por pretender ejercitar la opción en trámite de ejecución de sentencia.

Cuarto. Aplicación indebida del aumento porque no se trata de local de negocio.

CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que en la demanda se hace la manifestación de que se ejercita una acción resolutoria de un contrato de arrendamiento de local de negocio por haberse negado la parte demandada al incremento legítimo de la renta pretendido por la actora y entre los preceptos legales que sirven de fundamento a la acción se citan artículos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en los que se establece que es causa de resolución del contrato de arrendamiento la falta de pago de la renta o de las cantidades a ella asimiladas, no es menos cierto que en la súplica de la demanda, donde queda precisado lo que se pide y se determina, por lo tanto, la acción que se ejercita, se solicita: a) que se dicte sentencia en la que se declare que la demandada ha rechazado la propuesta de incremento en un cuarenta por ciento de la renta que pagaba en 18 de julio de 1936; que dicha elevación de la renta es legítima; b) que se ejecute la sentencia conforme a lo que por la actora se opte en su día, ya para la resolución del contrato o ya para la reclamación de las diferencias que debieron serle satisfechas, y esto establecido, resulta evidente que no puede calificarse la acción ejercitada de meramente resolutoria de un contrato de arrendamiento por la falta de pago del incremento legítimo de la renta, único caso en que sería competente el Juez municipal para el conocimiento del asunto, conforme al artículo 161 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; pero no siendo así, tal conocimiento corresponde al Juez de primera instancia, dados los términos del artículo 160, en relación con el 165 de la citada Ley, tanto si se considerara el local arrendado como local de negocio, como pre-

tende la parte actora, como si se le calificara de despacho, oficina de distribución de películas y almacén, conforme sostiene la demanda, y por ello procede desestimar la incompetencia de jurisdicción en que se funda el motivo primero del recurso.

CONSIDERANDO: Que en el tercero de los motivos alegados se denuncia como infringido el artículo 10 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto la sentencia recurrida considera como local de negocio el cuarto arrendado, siendo así que se trata de oficinas de la entidad demandada, que es necesario reputar legalmente como vivienda, según el texto de dicho artículo; pero como la calificación del local objeto del arrendamiento como local de negocio es una conclusión a que llega el juzgador de instancia como resultado de la apreciación que hace de la prueba practicada y esta apreciación no ha sido combatida por el recurrente utilizando el único medio que la ley le otorga a saber la demostración del manifiesto error en la apreciación de dicha prueba acreditado por la documental o pericial que obre en los autos, conforme exige la causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es visto que tampoco procede la estimación del recurso por este motivo.

CONSIDERANDO: Que el artículo 1.124 del Código civil consagra el principio de que 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, pudiendo el perjudicado escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, y este principio encuentra su expresión, entre otros artículos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en el 131, que el recurrente reputa como infringido en el segundo motivo del recurso, artículo según el cual cuando el inquilino o arrendatario rechazare la elevación de la propuesta de la renta y tal elevación resultare legítima, podrá el arrendador optar entre reclamarle las diferencias desde el día en que debieron serle satisfechas o resolver el contrato, por lo que habiendo sido rechazada por la demandada la elevación legítima de la renta que la actora le propuso, hubiera podido esta parte, haciendo aplicación del citado artículo, optar entre reclamarle las diferencias de renta autorizadas por la ley o solicitar la resolución del contrato, ejercitando una u otra acción; pero lo que no puede admitirse es que dicha parte se limite a ejercitar una acción declarativa de la legitimidad de la elevación de renta y trate de obtener en la ejecución de la sentencia efectos que no son los propios de dicha acción, sino que implican el ejercicio de acciones de otra naturaleza, como son las expresadas de reclamación de las diferencias de renta o de resolución del contrato, que dicha parte no ha ejercitado.

FALLO.—Ha lugar, en cuanto al motivo tercero, al recurso, revocando la sentencia en lo relativo a la opción.

AUTO 1 DICIEMBRE 1948

Declarándose en la sentencia recurrida la incompetencia de jurisdicción, el recurso encaminado a impugnar aquella declaración de instancia sólo será viable al amparo del número sexto del artículo 1.692 de la L. E. C.

SENTENCIA 3 DICIEMBRE 1948

Civil—obligaciones—transacción—retroventa de fincas sujetas a devolución de préstamo.

Procesal—casación—error de hecho.

No existe error en la apreciación de la prueba si no se cita documento auténtico que, sin relacionarlo con otros elementos de justificación, evide el error del juzgador.

Procesal—casación—error en la apreciación de la prueba—desarticulación.

No es lícito, según reiterada jurisprudencia, desarticular la prueba, acogiéndose al texto de un documento que ha sido apreciado por el juzgador en concurrencia con otros medios de justificación.

ANTECEDENTES.—Don J. B. P. G., comerciante y vecino de Valencia, estableció relaciones mercantiles con don A. V. R., para la compra y venta de naranja por parte de este último, mediante cantidades que le entregaba el señor J. B. P. G., y que éste cargaba en cuenta a un interés anual del 6 por 100. Al finalizar la etapa del año 1925-26 existía a favor del hoy demandante la cantidad de 4.000 libras esterlinas. Para solventar esta deuda otorgaron ambas partes escritura pública de venta de unas fincas, propiedad de don A. V. R., en el precio convenido de 181.950 pesetas. Como complemento de esta escritura se convino por contrato entre las mismas personas que en determinadas condiciones el acreedor vendería las fincas por el mismo precio al enajenante.

Las partes continuaron durante varias temporadas naranjeras sus relaciones comerciales, y para zanjar definitivamente el saldo deudor se llegó a una transacción por la que se fijaba como saldo efectivo a satisfacer por don A. V. R. la cantidad de 220.000 pesetas, según un extracto de cuenta redactado por el acreedor. Pocos días después, el señor A. V. R. hace entrega de un talón por valor de 100.000 pesetas, y meses más tarde 6.000, en concepto de interés de las 120.000 pesetas restantes.

Las posiciones de las partes se concretaron en la determinación de si el señor J. B. P. G. tiene obligación por la cantidad recibida de 100.000 pesetas de retrovender las fincas o bien si sólo le incumbe esa obligación al recibir las 120.000 pesetas restantes, que el señor A. V. R. le adeuda.

MOTIVOS DEL RECURSO. Primero. Número primero del artículo 1.692, por violación de los artículos 1.225 y 1.228 del Código civil, en relación con los 1.232, 1.233 y 1.254 del Código civil.

Segundo. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la L. E. C.

Tercero. Número séptimo del artículo 1.692 de la L. E. C., al infringir los artículos 1.248 del Código civil y el 604 de la L. E. C. y los artículos 1.225 y 1.278 del mismo cuerpo legal.

CONSIDERANDO: Que para llegar la Sala sentenciadora a estas conclusiones de hecho no pospone, como se aduce en el recurso, el extracto de cuenta básico del convenio al resultado ofrecido por la prueba testifical, sino que, teniéndole en cuenta, según se expresa en el auto aclaratorio del fallo, y sin desconocer su fuerza y eficacia, aprecia éstas en concurrencia con las declaraciones de los testigos que intervinieron en el contrato, y fija su alcance en los términos que estima probados; por lo que es obvio que no ha incidido aquél en los errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que se le atribuyen en el motivo tercero de casación; en cuanto al de hecho, porque no se cita documento auténtico que, sin relacionarlo con otros elementos de justificación, evidecie, por sí solo, el error del juzgador, ya que el extracto de cuenta de referencia constituye un elemento de prueba que, sometido a la apreciación del Tribunal de instancia conjuntamente con la de testigos, le permite hacer la declaración impugnada sin infringir los artículos 1.248, 1.225, 1.228, 1.278 del Código civil y párrafo segundo del 604 de la Ley procesal, por ser notorio que el carácter admonitivo del primero de los preceptos indicados autoriza a la Sala sentenciadora para apreciar el valor de la prueba testifical en concurrencia con cualquier otro elemento de justificación; y en cuanto al de derecho, porque la circunstancia de que el documento en cuestión haya sido reconocido por los litigantes no quiere decir que el recurrido admitiese, en ningún momento, que la retroventa debiera sólo realizarse en el supuesto pretendido por el acreedor, por cuanto la tesis contraria ha sido la primordial finalidad perseguida por la demanda y no habiéndose por ello cometido las transgresiones que se denuncian de los artículos 1.232 y 1.233 del Código civil, relativos al valor de la confesión como medio de prueba.

CONSIDERANDO: Que la desestimación de este motivo lleva implícita la de los otros dos restantes; porque si la Sala sentenciadora no aceptó en su integridad, como queda dicho, el extracto de cuenta al apreciar la prueba testifical como complementaria del contenido de aquél, no cabe aducir la infracción de los mismos preceptos alegados en el motivo tercero, amparándose en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a base de desarticular la prueba acogiéndose al texto de un documento que ha sido apreciado por el juzgador en concurrencia con otros medios de justificación, de los cuales se prescinde para impugnar el fallo, lo que no es lícito, según reiterada jurisprudencia.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 DICIEMBRE 1948

Civil—arrendamientos urbanos—desahucio—necesidad del propietario—ampliación de industria.

Ningún precepto de la L. A. U. autoriza a restringir el alcance de la excepción de la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento al caso de que el arrendador ejerza la industria por sí mismo y no por medio de gerente o apoderado, porque, lo mismo que en otro caso, puede darse la razón del precepto legal: la prioridad del propietario de disponer de la cosa que le pertenece con respecto al inquilino en caso de necesitar de la misma cosa.

Civil—arrendamientos urbanos—alcance del artículo 76 de la L. A. U.

El artículo 76 de la L. A. U. viene a reproducir, sin perjuicio de las modalidades de regulación del ejercicio de este derecho, los preceptos de la legislación anterior.

ANTECEDENTES.—Doña M. G. G. formula demanda de desahucio—asistida de su esposo—contra el arrendatario de un local de negocio en finca propiedad de aquélla, por necesidad de ampliar un taller de confección y venta de artículos de mercería instalado en local contiguo. La demandante había sido sancionada por la Inspección del Trabajo por carecer el local que ocupaba de sitio para establecer los elementos de higiene indispensables. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por la propietaria, y preparado recurso de injusticia notoria, se fundamenta en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Causa tercera del artículo 169 de la L. A. U., por infracción del artículo 76 de la misma.

Segundo. Causa cuarta del artículo 169 de la L. A. U.

CONSIDERANDO: Que, en cambio, el motivo segundo del recurso, amparado en la causa cuarta del artículo 169 de la citada Ley es desestimable, porque el recurrente se apoya exclusivamente, para destruir la apreciación que hace de la prueba el Tribunal sentenciador, en un acta de la Inspección de Trabajo, donde se hace constar la falta de capacidad del local, en el que trabajan cinco operarias, y su carencia de servicios sanitarios; pero el juzgador no desconoce el contenido de dicha acta, sino que poniendo ésta en relación con otros elementos probatorios, como son el estacionamiento de la contribución satisfecha por el negocio, cuya ampliación se sostiene como causa para el desahucio, y la posibilidad que tuvo, a su juicio, la actora para ocupar con fecha anterior otro local en la misma casa, cuyo traspaso realizó, concluye declarando improbadla la necesidad invocada por el propietario para desalojar al inquilino, y como esta apreciación conjunta de los elementos probatorios no resulta desvirtuada, no existen términos hábiles para declarar que dicho Tribunal haya incurrido en injusticia notoria al hacer dicha apreciación, y por ello, aun reconociendo el error en que haya podido incidir el Tribunal al estimar

necesario que para que el propietario pueda pretender el desahucio por necesitar el local para su propia industria, precisa que la ejerza personalmente, no es posible estimar el recurso, por lo que procede declarar no haber lugar al mismo, con las costas al recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 4 DICIEMBRE 1948

Civil—comorencia: indiferencia, a efectos del art. 33 C. c., respecto a cuál sea el título sucesorio.

Civil—comorencia: requisitos.

Basta probar la existencia de un estado de duda para que se aplique el artículo 33 C. c., aunque en el Registro civil consten hechos contrarios a la presunción de comorencia.

Civil—valor de las actas del Registro civil cuando se suscita contienda ante los Tribunales.

Civil—inexistencia en Derecho romano de una presunción general de premorencia de la mujer respecto al marido.

ANTECEDENTES.—Los cónyuges don J. V. G. y doña M. C. S., catalanes, que por testamento se habían instituído recíprocamente herederos, fueron asesinados el mismo día por los rojos. Doña M. V. G., hermana del marido, logró que en expediente de jurisdicción voluntaria, y por manifestaciones testificales, se declarase que don J. V. G. había sido fusilado unos minutos después que su mujer, con lo que obtuvo las oportunas inscripciones de defunción en el Registro civil, y consiguió heredar a ambos esposos. Más tarde, varios sobrinos de doña M. C. S., que serían sus herederos de no haber fallecido ella antes que su marido, presentaron demanda solicitando la rectificación del auto recaído y de las subsiguientes inscripciones, alegando la falsedad de los testimonios utilizados y la posibilidad de que el orden de los fallecimientos no fuese el mismo que el de los fusilamientos. En ambas instancias se estimó la demanda. La demandada interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Vid. los considerandos de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se funda en la infracción por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 33 del Código civil, por entender el recurrente que la frase de dicho precepto legal “personas llamadas a sucederse” únicamente comprende el caso de que el título sucesorio que medie entre tales personas sea la sucesión intestada, pero no la sucesión testamentaria, que era la que mediaba entre los cónyuges don J. V. G. y doña M. C. S., ya

que el Código civil cuando se refiere a esta última sucesión emplea generalmente las palabras institución, disposición, nombramiento, reservando la de llamamiento para aquellas disposiciones que regulan la sucesión legítima, pero a este criterio del recurrente hay que oponer que el artículo que se reputa infringido obedece a la necesidad de dar certidumbre a la transmisión de los derechos que determina la muerte de dos o más personas, cuando surge el estado de duda sobre cuál de ellos ha muerto primero, resultando indiferente la naturaleza del título en que la sucesión se funde, y por eso el repetido precepto no distingue las dos clases de relación sucesoria que pueden darse entre las personas fallecidas en la hipótesis a que se refiere, careciendo de todo fundamento la opinión de que la palabra llamamiento la reserva el Código civil para las instituciones propias de la sucesión intestada, pues la aplica indistintamente para una y otra sucesión, como lo demuestra, entre otros artículos que pudieran citarse, el 1.009, al decir "el que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato y la repudia por el primer título se entiende haberla repudiado por los dos".

CONSIDERANDO: Que otro de los fundamentos invocados por el recurrente en el primer motivo del recurso es que el estado de duda sobre la premoriencia no se dió en el presente caso porque en las actas de inscripción de los citados cónyuges en el Registro civil consta que la muerte de la mujer fué anterior a la del marido, y como el estado civil se prueba por las actas del Registro civil quien afirme una realidad contraria al resultado de tales actas está obligado a demostrarla, y por eso los actores que sostienen la comoriencia de los esposos en contra del contenido de tales inscripciones deben de justificarla, según el recurrente, pero aunque sea cierto el principio general de que quien haga una afirmación relativa al estado civil de las personas contraria a la que resulte del Registro civil debe de probarla, no lo es menos que en el caso a que se refiere el artículo 33 del Código civil, a saber, la existencia de un estado de duda sobre cuál de dos o más personas llamadas a sucederse haya muerto primero, aquel que sostenga la muerte anterior de una u otra es el que debe de justificarla, pero quien afirme la comoriencia y, consiguientemente, la intransmisión de derechos entre los mismos, no tiene que probar otra cosa sino que tal estado de duda existe, porque, supuesta tal situación, la comoriencia es una presunción establecida por el indicado precepto legal, y las presunciones establecidas por la ley relevan de toda prueba a los favorecidos por ellas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.250 del Código civil, procediendo por todo lo anteriormente expuesto la desestimación del primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida declara que no ha podido determinarse, dadas las circunstancias en que la muerte de ambos cónyuges se produjo, cuál de los dos murió primero, es decir, afirma la existencia de un estado de duda sobre el momento de la muerte del uno con relación a la del otro, y como a tal declaración de hecho llega la sentencia como consecuencia de la apreciación de las pruebas, para impugnar eficazmente tal apreciación hubiera necesitado demostrar el recurrente, conforme con

lo prevenido en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, o que existió un error de hecho resultante de documentos o actos auténticos que acreditaran el error evidente del juzgador, lo que no se ha intentado en el recurso, o un error de derecho que el recurrente denuncia y funda en la infracción del artículo 1.218 en relación con el 327 del Código civil, por entender que la sentencia no otorga a las actas del Registro civil el valor probatorio que merecen, en cuanto de las actas de defunción de los repetidos cónyuges resulta que la mujer murió antes que el marido, pero si bien es cierto que por virtud de los preceptos citados las actas del Registro civil constituyen la prueba del estado civil de las personas, tal prueba tiene un carácter provisional y sólo puede subsistir en tanto en cuanto no se suscite contienda ante los Tribunales que pongan en entredicho la verdad de lo contenido en tales actas, pues cuando tal contienda se suscita la eficacia de las mismas queda subordinada a que los Tribunales la confirmen por responder su contenido a la realidad de los hechos o la nieguen por no reflejarse en ellas tal realidad, siendo esto último lo que declara la sentencia recurrida, que no infringe con ello los citados artículos, por lo que debe desestimarse el tercer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el segundo de dichos motivos se funda en la infracción por violación del Derecho romano vigente como supletorio en Cataluña, y concretamente en la del fragmento noveno, título quinto, libro treinta y cuatro del Digesto, pero el Derecho romano, aplicando los principios imperantes en materia de prueba, tenía establecido que quien fundaba un derecho en la prioridad de la muerte de una entre dos personas debía de probarla, de cuya norma surgía la consecuencia de que en la duda no debía de considerarse a ninguna de ellas superviviente de la otra, sino que se estimaba que las dos habían perecido en el mismo instante, como se decide en el fragmento dieciocho, título quinto, libro treinta y cuatro del Digesto, según cuyo texto "in quibus casibus si pariter dececerint nec apparcat quis ante spiritum emisit, non videtur alter altera supervixissi", y si bien como excepción a este principio general regían algunas presunciones de premorioricia, estas presunciones estaban limitadas a las hipótesis de que se tratase de padre o madre e hijo, en cuyos casos se presumían premuertos el padre o la madre si el hijo era púber y premuerto el hijo si era impúber, pero fuera de estas excepciones regía la regla general antes expuesta, de la cual no puede estimarse como una derogación el texto que el recurrente reputa infringido, el cual se limita a declarar que "si el marido y la mujer muriesen juntamente tendrá lugar la estipulación de dote por el capítulo si la mujer muriese en el matrimonio, si no se probase que sobrevivió al marido", es decir, que para los efectos dotales a que dicho texto se refiere considera muerta dentro del matrimonio a la mujer que muere al mismo tiempo que el marido, pero de aquí no cabe deducir, como el recurrente pretende, que cuando se trata de fijar para establecer una relación sucesoria entre dos cónyuges cuál de ellos ha muerto primero haya que declarar la prioridad de la muerte de la mujer, pues esto no lo reconocía el Derecho romano de una manera expresa, como lo hubiera reconocido de

haber querido establecer tal presunción, que constituiría una excepción a la norma general de aquel derecho que ha quedado expuesta.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 DICIEMBRE 1948

Procesal—recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma: inexistencia de indefensión por inadmisión de una prueba que, admitida, no habría modificado el fallo.

ANTECEDENTES.—Se trataba de un juicio de desahucio por transformación de una vivienda en local de negocio. El demandado solicitó se practicase prueba documental y de reconocimiento judicial para acreditar que habitaba el local, además de tener establecida una industria. En ambas instancias se denegó esa prueba, y se estimó la demanda. El demandado interpuso recurso de injusticia notoria por quebrantamiento de forma, basado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO.—Único. Infracción de la Base 10.^a, normas 6 y 7, de la Ley de Bases de la Justicia Municipal, en relación con el artículo 162 de la Ley de Arrendamientos Urbanos: por la denegación de la prueba solicitada.

CONSIDERANDO: Que el quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio sólo pueden dar lugar a recurso de injusticia, según el artículo 172 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, si hubiera producido indefensión.

CONSIDERANDO: Que la prueba documental y la de reconocimiento judicial rechazadas al demandado, aunque admitidas y practicadas, hubiesen dado el resultado apetecido de probar que aquél y su familia continuaban habitando el local arrendado, no podían argüir nada contra la conclusión a que se llega en la sentencia recurrida, fundada no en que en dicho local no habitasen el demandado y su familia, ni en que la parte del local dedicado a industria fuese mayor o menor que la habitada, sino en haber establecido una industria sin autorización del arrendador, y así falta la base indicada de la supuesta indefensión para estimar el recurso por su único motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 DICIEMBRE 1948

Procesal—recurso de injusticia notoria—motivos: error de hecho.

A parte de que los errores de hecho no se justifican por meras presunciones, es inequívocable que tal medio de prueba queda fuera del ámbito de la causa 4.^a del art. 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Procesal—la incongruencia como inadecuación entre la parte dispositiva del fallo y las pretensiones de los litigantes.

ANTECEDENTES.—Don F. F. P., propietario de una casa, presentó demanda contra don F. T. B. y doña F. C. C., alegando haber arrendado al primero de éstos una tienda, y que, al cesar éste en el negocio, su dependiente, doña F. C. C., se negó a desalojar, por lo que el demandante pidió la resolución del contrato por cesión. Doña F. C. C., al contestar, alegó que don F. T. B. sólo fué un intermediario para la celebración del contrato, siendo ella la verdadera arrendataria. Don F. T. B. se allanó a la demanda. El Juzgado estimó la pretensión, y doña F. C. C. interpuso recurso de injusticia notoria por los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.^º La sentencia es incongruente, pues los hechos alegados no son constitutivos de cesión.

2.^º Error en la apreciación de la prueba, de la que se deduce que la recurrente era la arrendataria, y que el demandante había consentido la situación.

3.^º Infracción de la disposición transitoria 13.^a de la Ley de 31 de diciembre de 1946, ya que los hechos en cuestión son anteriores a dicha Ley.

CONSIDERANDO: Que conforme a lo estatuido en la causa cuarta del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, para que a su amparo pueda prosperar el recurso por injusticia notoria es preciso que el fallo de instancia haya incidido en manifiesto error en la apreciación de la prueba, cuando se acredite por la documental o pericial que obre en los autos; y esto sentado, como quiera que la sentencia impugnada declara que la recurrente no ha demostrado que sea arrendataria, sino que es mera ocupante del local litigioso, es claro que hallándose el contrato de inquilinato, los recibos justificativos del pago de la renta y las facturas del suministro de luz extendidos todos a nombre de don F. T. B., en concepto de arrendatario, no es dable sostener que el juzgador haya cometido el error que se le atribuye al no reconocer a la recurrente tal carácter, por la sola circunstancia de tener ella y haber aportado a los autos aquellos documentos; pues, aparte de que los errores de hecho no se justifican por meras presunciones, conforme a la doctrina de esta Sala es incuestionable que tal medio de prueba queda fuera del ámbito de la causa cuarta del artículo 169, careciendo, por tanto, de fuerza y eficacia para demostrar la equivocación del juzgador.

CONSIDERANDO: Que es doctrina de esta Sala que la incongruencia no cabe deducirla de los defectos en la fundamentación jurídica de la sentencia, sino de la falta de adecuación entre su parte dispositiva y las pretensiones de los litigantes, por lo que pédida en la demanda la resolución del contrato, y acogida tal petición en los términos solicitados, el fallo no incide en el vicio que se le atribuye, y, consiguientemente, procede desestimar el motivo primero.

CONSIDERANDO: Que es asimismo improcedente el tercero porque aceptados definitivamente, al rechazarse el segundo, los hechos declarados probados por el Juez *a quo*, es intrascendente el tema jurídico que en aquél se plantea, en torno a si es aplicable al supuesto de autos la legislación derogada

de inquilinato o el nuevo ordenamiento jurídico en relación con sus disposiciones transitorias.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 13 DICIEMBRE 1948

Procesal—competencia—acción personal.

Por cuanto el pago ha de realizarse en el establecimiento vendedor, si bien consta como mera facilidad la indicación de efectuarlo mediante transferencia bancaria, por todo lo cual ha de estimarse procedente la aplicación de la norma procesal de la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil y considerarse competente el Juzgado del lugar de tal establecimiento, sin que se oponga a este criterio el que el importe de un envío del comprador fuese estimado como abono de parte de la deuda anterior, porque la coincidencia de la voluntad de las partes en este modo de pago tuvo, a no dudarlo, la finalidad también de facilitar el de la deuda primitiva.

SENTENCIA 13 DICIEMBRE 1948

Procesal—competencia por razón del domicilio—facultad de elección del actor en el caso de pluralidad de demandados.

CONSIDERANDO: Que, por disposición expresa del artículo 2.^o de la Ley de 24 de enero de 1947, la competencia territorial de todos los organismos de la Justicia municipal se rige por la Ley de 21 de mayo de 1936, que dispone que a falta de sumisión expresa de las partes, que en el presente caso no se da, el fuero del domicilio del demandado determina la competencia, y siendo dos las personas contra quien se dirige la demanda origen de esta cuestión de competencia, sin que haya acumulación arbitraria de acciones, porque se alega por el actor que ambos demandados intervinieron en el contrato de autos, y de tramitarse separadamente las reclamaciones contra cada uno de ellos, podría haber resoluciones contradictorias, queda cumplido el precepto de la citada Ley de 1936 con haber ejercitado el demandante el derecho que le reconocen las sentencias de este Tribunal Supremo de 25 de abril de 1949 y de abril de 1947, aunque los demandados no estén obligados mancomunada o solidariamente, de elegir para incoar el juicio los Juzgados de Madrid como domicilio de uno de los demandados.

SENTENCIA 16 DICIEMBRE 1948

Procesal—juicios verbales—presentación de documentos.

Los artículos 503 y 504, en relación con los artículos 862, 893 y 1.693, en sus números tercero y quinto de la L. E. C. y la jurisprudencia concordante, no son de aplicación a los juicios verbales.

Deben admitirse los documentos que los litigantes presenten en el acto de la comparecencia en cuanto fueren pertinentes en orden a las cuestiones planteadas.

Procesal—casación—indefensión.

La inadmisión indebidamente de documentos probatorios de una cuestión decisiva produce la indefensión.

ANTECEDENTES.—La parte demandante arrendó al demandado, en 15 de abril de 1940, el negocio de la fábrica de jabones G. Vencido el contrato en octubre de 1945, se convino verbalmente una prórroga de un año y después otra trimestral. Al vencer ésta fué requerido el arrendatario para que se entregase la fábrica. Habiéndose negado, se llegó al juicio verbal, en el que se dictó sentencia declarando no haber lugar al desahucio, sentencia que fué confirmada por la Audiencia en apelación.

Se interpuso recurso por quebrantamiento de forma, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción de los artículos 1.569 y 1.589 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque aun cuando la demanda ha de presentarse conforme a lo prevenido para el juicio ordinario, se tramita en juicio verbal el desahucio.

Segundo. Infracción del artículo 523 de la L. E. C., que hace referencia a los juicios verbales y, por tanto, es de aplicación a este de desahucio.

Tercero. Infracción por errónea aplicación del artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento civil para el caso de que no estimen los otros dos, pues no están incluidos en su prohibición los documentos que tienen por objeto destruir las excepciones de los demandados.

CONSIDERANDO: Que es cierta y justificada la distinción que, respondiendo al principio dispositivo que predomina en los procesos regulados por la Ley de Enjuiciamiento civil, establece ésta en sus artículos 503 y 504 entre los documentos que se han de acompañar necesariamente con la demanda para que a la misma se dé curso, y los que, por ser fundamentales de la acción que se ejercite en ella, deben ser presentados con aquel escrito inicial, según admónitivamente previene al actor el segundo de los artículos citados, en su propio interés, para evitar que, si se desatiende el precepto, quede desamparado en el pleito su derecho por la prohibición que contiene el artículo 506 de la misma ley; pero si estas disposiciones procesales y en armonía con ellas la jurisprudencia interpretativa de su sentido y alcance, en concordancia con los artículos 862, 893 y 1.693, en sus números tercero y quinto, de la ley mencionada, se oponen a que en los incidentes y en los demás que

se hayan de tramitar conforme a las reglas por las que éstos se sustancian, se aperten como medios de prueba los documentos que, por fundar en ellos su derecho la parte actora, debieron serlo con el escrito de demanda, y a que su inadmisión después de ésta, o la negativa en la segunda instancia del recibimiento a prueba pedido para subsanarla, constituyan defectos de forma que den lugar a la casación, tales preceptos y doctrina carecen de aplicación en los juicios verbales, porque en los de esta clase no es con la demanda, sino en la comparecencia, el momento en el que las partes han de presentar para su unión a los autos los documentos de que intenten valerse, prescribiéndolo así los artículos 730 y 1.579 de la ley procesal.

CONSIDERANDO: Que ordenado por el artículo 1.589, también de esta ley, que cuando la demanda de desahucio se funde en algunas de las causas y en los casos a que se refiere el número primero del artículo 563, entre los que se encuentran los que tienen por objeto el de un establecimiento mercantil o fabril—y lo mismo se ha de entender cuando se trate del de una industria o negocio expresamente excluido por el artículo 4.^o de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos de la regulación en ella establecida—, ha de sustanciarse el juicio verbal empleándose el mismo procedimiento que en los que se celebren ante los Jueces municipales, sin otras modificaciones, en lo que a la demanda se refiere, que la de que formule por escrito, en papel sellado, conforme a lo prevenido para el juicio ordinario, sin que ninguna variación introduzca respecto a la presentación de los documentos por las partes, esta identidad de tramitación sumaria especialmente establecida para los juicios verbales asigna a los de desahucio que a ella se han de acomodar aquella naturaleza, en consecuencia con la cual las normas procesales estatuidas en los ya citados artículos 730 y 1.589 obligan a admitir los documentos que los litigantes presentasen en el acto de la comparecencia ante el Juzgado, en cuanto fueren pertinentes en orden a las cuestiones planteadas.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 18 DICIEMBRE 1948

Civil—necesidad de justificar la existencia de un poder de representación para actuar válidamente en nombre de otro.

Civil—distinción entre mandato y poder de representación.

Civil—formas de conferir el poder: por declaración al apoderado o al tercero que contrate con él.

Procesal—improcedencia del planteamiento de cuestiones nuevas en casación.

ANTECEDENTES.—Doña C. H. P. hizo a don J. T. C. un préstamo con garantía hipotecaria; por falta de pago de intereses, doña C. H. P. promovió la ejecución y le fué adjudicada la finca. En 1938, en zona nacional, don J. T. C., alegando haberse hecho la adjudicación en menos valor del real de la finca, promovió expediente ante la autoridad militar para la modificación de la situación existente; compareció don A. L., hijo de doña C. H. P., y el auditor propuso un proyecto de transacción, que fué más adelante rechazado por doña C. H. P. Don J. T. C. interpuso demanda contra los hijos y herederos de doña C. H. P., fallecida, alegando haberse concibido la transacción por ser el compareciente representante de su madre. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. El demandante interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Véanse los considerandos de la sentencia

CONSIDERANDO: Que frente a las declaraciones de la sentencia recurrida, según las cuales don A. L. no estaba autorizado por su madre doña C. H. P. para celebrar el contrato de transacción cuya realidad es objeto de controversia, habiéndose limitado aquél a examinar y discutir un proyecto de avalencia entre dicha señora y el marido de la recurrente, aducen los motivos primero y segundo del recurso que don A. L. actuó como representante y mandatario de su madre, en nombre de la cual se avino a un acuerdo de transacción, que quedó pendiente tan sólo de ser llevado a efecto, agregando el motivo cuarto que, al no reconocerlo así, infringe la Sala de instancia los artículos 1.216 del Código civil y 596 de la Ley procesal, porque habiendo dado fe de la indicada transacción un oficial jurídico en funciones judiciales, la sentencia niega valor probatorio al documento que él mismo autorizó y sosteniendo el motivo quinto que el fallo incide en errores de hecho en la apreciación de la prueba, en cuanto declara que don A. L. carecía de poder de doña C. H. P. y no prestó conformidad al convenido, errores que, según la recurrente, aparecen demostrados por aquel dictamen del oficial jurídico, que acredita la realidad de la discutida representación y la del convenio celebrado.

CONSIDERANDO: Que, según doctrina generalmente admitida, cabe conferir el poder de representación, tanto por declaración hacia el apoderado —que es lo habitual— como por notificación al tercero con quien el representante haya de celebrar el negocio jurídico de que se trate, mereciendo tan sólo la calificación de representante la persona que celebra el negocio en nombre de otra a la cual han de afectar sus consecuencias; y declarado por la Sala sentenciadora que don A. L. no estaba investido de la facultad de representar a su madre en la supuesta transacción, es indudable que tal aserto no se desvirtúa en el motivo quinto del recurso, pues aun llegando a admitir como documento auténtico, a efectos del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal, el dictamen del oficial jurídico que el citado motivo invoca, no consta en dicho dictamen ni cuáles eran las facultades de don A. L. ni la existencia y realidad del poder que a favor del mismo hubiese otorgado la señora C. H. P. ni si el apoderamiento había sido conferido por declaración al apoderado o por

notificación al marido de la recurrente, limitándose el invocado documento a hacer constar en cuanto a tan esenciales extremos que citada la acreedora para que expusiese sus puntos de vista en el asunto, compareció su hijo, que quedó conforme con la solución que en el dictamen se consigna; de donde se sigue que si, de una parte, no está demostrada la existencia de los supuestos errores de hecho en la apreciación de la prueba acusados en el motivo quinto del recurso, tampoco cabe, de otra parte, estimar infringidos los artículos 1.216 del Código civil y 596 de la Ley procesal, infracción denunciada en el motivo cuarto, porque, aunque llegando a admitir que entre las funciones atribuidas al oficial jurídico figurase la de dar fe del otorgamiento de un contrato de transacción, no es posible, sin quebrantamiento del artículo 1.259 del citado Código, reconocer fuerza obligatoria a tal contrato cuando, actuando como apoderado uno de los comparecientes, no aparece justificada la realidad del supuesto poder; y ello aun dando por cierto que don A. L. tuviese el carácter de mandatario de su madre, pues el mandato no implica necesariamente un poder de representación, como se infiere del texto del artículo 1.709 del repetido Código civil y ha declarado esta Sala en diversas sentencias, entre ellas la de 16 de febrero de 1935, siguiéndose de las anteriores consideraciones la desestimación de los motivos cuarto y quinto del recurso.

CONSIDERANDO: Que, para sostener la realidad de la transacción se apoya el motivo primero en un fundamento manifiestamente erróneo, cual es el de que el Tribunal sentenciador reconoce la existencia de la representación conferida por doña C. H. P. a su hijo don A. L., inexactitud que aparece patentizada con recordar tan sólo que el considerando tercero de la sentencia recurrida declara a la letra: "el hijo que compareció al llamamiento no estaba autorizado para transigir", frase precisa y categórica que demuestra el defecto esencial de que dicho motivo adolece y que impone su desestimación; y si el supuesto representante carecía de facultades para pactar la transacción en nombre de su madre, es incontrovertible que en nada podía obligar a ésta la conformidad que aquél hubiese llegado a prestar al proyecto-borrador del documento que señala el motivo segundo del recurso, motivo que, en consecuencia, tampoco puede prosperar.

CONSIDERANDO: Finalmente, que en el motivo tercero, e invocando el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, se sostiene que, por haber prestado don A. L. su conformidad a la transacción como representante de doña C. H. P., no puede oponerse ahora a cumplir lo convenido en nombre de dicha señora, de la que trae causa; pero no cabe acoger dicho motivo porque en él se suscita una cuestión que, no habiendo sido controvertida en el pleito ni resuelta en el fallo, reviste carácter de nueva, y tal carácter impide su planteamiento en casación, de conformidad con la constante jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 28 de noviembre de 1940, 5 de julio de 1941 y 2 de marzo de 1942, entre otras muchas).

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 22 DICIEMBRE 1948

Procesal—arrendamientos urbanos—demanda por traspaso—competencia.

Procesal—arrendamientos urbanos—cuantía litigiosa.

Procesal—injusticia notoria—infracción de los artículos 524 de la L. E. C. y 1.214 del Código civil.

Civil—arrendamientos urbanos—disposiciones transitorias—inaplicabilidad del artículo 36 al traspaso de locales de negocio.

Procesal—injusticia notoria—apreciación de la prueba—medios del artículo 169 en su número tercero.

Procesal—injusticia notoria—congruencia—referencia a condiciones que no han sido objeto de súplica especial.

ANTECEDENTES.—Arrendado en 1.^o de marzo de 1909 un local de negocio con la prohibición de traspasar, y realizado éste, se dirige demanda en 11 de noviembre de 1946 contra los herederos del arrendatario.

El Juzgado estimó la demanda y se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Incompetencia de jurisdicción, pues por tratarse de una cuestión de traspaso son aplicables los preceptos de la legislación especial.

Segundo. Quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, produciendo indefensión, pues el Juzgado debió cumplir lo preceptuado en el artículo 493 de la L. E. C., antes de estimar que el juicio era de menor cuantía.

Tercero. Injusticia notoria por infracción de precepto o de doctrina legal, porque el demandante no puede alegar que no sabe lo que ocurre en su piso y debe probar quién lo ocupa y que lo ocupa por traspaso y no por subarriendo. Además, en la ley no se regula el traspaso inconsentido, anterior a la misma, y cualquier demanda de resolución debe dirigirse contra el cessionario, a no ser que se infrinjan el artículo 36 y la disposición transitoria cuarta, los artículos de la sección segunda del capítulo IV y la disposición transitoria primera de la Ley de Arrendamientos.

Si el Juzgado aprecia otra causa que no sea el traspaso para resolver, se infringe el artículo 359 de la L. E. C. por incongruencia.

Cuarto. Error en la apreciación de la prueba, porque no se ha hecho la de los elementos indicados anteriormente.

Se presentó escrito impugnando el recurso, alegando en cuanto al motivo primero que el traspaso inconsentido no se encuentra nominalmente comprendido dentro del Decreto de 21 de octubre de 1936.

En cuanto al segundo, que la peritación es innecesaria, porque versando el litigio sobre resolución del arrendamiento, el contenido económico del litigio no puede ser otro que el precio de aquél. Además, el litigio queda dentro de los preceptos de tipo objetivo de la ley.

En cuanto al tercero, que no es lícito presentar cuestiones nuevas; que la infracción del artículo 1.214 no es materia de recurso; que la sentencia no podía acomodarse a la Ley de Arrendamientos, porque aun

no estaba en vigor, y no se puede retrotraer el procedimiento, y porque no hay incongruencia.

En cuanto al cuarto, porque el recurrente no cumple al alegarlo las normas procesales.

CONSIDERANDO: Que en cuanto al primer motivo del recurso, basado en la causa primera del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por haberse seguido el procedimiento ante el Juzgado de primera instancia, por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía, en vez de hacerlo por los del juicio verbal, según lo establecido en los artículos 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y 10 del de 21 de enero de 1936, procede su desestimación, porque es evidente que la demanda en cuestión, en que se solicita excepción a la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos por haber traspasado el inquilino a un tercero el local arrendado sin consentimiento del dueño, era, cuando la demanda se dedujo en 13 de noviembre de 1946 (como lo es con posterioridad a la nueva ley), atendida la clase del arrendamiento y la cuantía de la renta, de la competencia del Juez de primera instancia, a tenor de lo preceptuado en la base 16 de la Ley de Reforma de la Justicia municipal de 19 de julio de 1944, y en cuanto al procedimiento seguido en el pleito, porque, aun admitiendo en hipótesis que no fuera el establecido en la ley, por más que fué aceptado por las partes, ello no podría dar nunca lugar a un recurso de injusticia notoria por incompetencia de jurisdicción, como pretende el recurrente, ni a un defecto de orden meramente procesal.

CONSIDERANDO: Que respecto del segundo motivo del recurso, en que se aduce quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio determinantes de indefensión, es aun más manifiesta si cabe su improcedencia, porque la falta de valoración de la cuantía litigiosa para determinar la clase del juicio que había de seguirse, antes de decidir el Juez el incidente suscitado sobre dicho extremo por la parte demandada, no constituye el vicio esencial originario de indefensión a que la Ley de Arrendamientos Urbanos se refiere en el número segundo del artículo 169.

CONSIDERANDO: Que otro tanto cabe decir de la pretendida infracción de los artículos 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 1.214 del Código civil, citado en el motivo tercero, porque el primero de aquellos artículos se refiere a materia formal respecto de la que sólo sería admisible el vicio esencial de forma aludido en el considerando anterior, y en cuanto al segundo, porque su carácter de generalidad lo hace totalmente inadecuado para su alegación en un recurso en cuanto al fondo.

CONSIDERANDO: Que tampoco es de estimar la infracción de los artículos 36 y disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque en el caso de autos se trata de una demanda de desahucio por traspaso no consentido por el dueño de un establecimiento mercantil o industrial, y dicho precepto, encuadrado en una sección del capítulo IV de la ley, rotulado "Cesión de viviendas", y la misma redacción del artículo 36, que a viviendas se contrae, impide su aplicación al caso de traspaso de locales de negocios, esto aparte de tratarse de disposición

anterior a la *litis contestatio*, y que, por lo tanto, no ha podido ser infringida, y en cuanto a la infracción de la disposición transitoria segunda, porque se trata de un traspaso, como queda dicho, y ésta alude concretamente al de subarriendo, figura jurídica totalmente distinta de aquélla.

CONSIDERANDO: Que respecto del cuarto motivo del recurso, por error de hecho en la apreciación de la prueba, es éste improcedente, porque lejos de demostrar la injusticia notoria en que el juzgador haya incurrido por los medios a que se refiere el artículo 169, en su número tercero, de la documentación invocada y muy señaladamente del hecho de haber alegado la demanda en un juicio ante la Magistratura de Trabajo la excepción de haber traspasado su industria, que de ella se infiere la legitimidad de la deducción de la realidad del traspaso efectuado y que sirve de base a la sentencia de aquél.

CONSIDERANDO: Que, finalmente, carece de eficacia la alegación que se hace de la incongruencia en cuanto a la sentencia recurrida, pues solicitando el desahucio y dándose lugar al mismo por la causa invocada de traspaso inconsentido, no puede menos de estimarse que la resolución se ajustó a los términos de la súplica de la demanda, sin que a ello obste que se haga referencia en el fallo a la infracción de otra condición del contrato que no ha sido objeto de súplica especial, ya que esta circunstancia no modifica la esencia del fallo, sino que le añade otro fundamento, y por ello no puede dar lugar a su revocación.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 29 DICIEMBRE 1948

Competencia—domicilio de la mujer casada comerciante para el caso de ser depositada.

Prescribe la regla vigésima del artículo 63 de la Ley procesal que será Juez competente el del domicilio de la persona que deba ser depositada y acreditado éste a medio de las correspondientes certificaciones en las que conste que la misma tiene abierto un establecimiento de paquetería, lo que lleva a estimar que su marido, vecino de otra localidad, consiente la separación de hecho y tácitamente autoriza a la mujer para el ejercicio del comercio por la presunción que establece el artículo 7.^o del Código mercantil.

SENTENCIA 30 DICIEMBRE 1948

Competencia—elementos decisivos—alegaciones de las partes.

Según reiterada doctrina, las contiendas de jurisdicción han de decidirse partiendo de las alegaciones de las partes y de los documentos por las mismas presentados.

AUTO 11 ENERO 1949

Reiterada jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 1.720 de la L. E. C., exige que en el escrito interponiendo el recurso de casación se exprese el párrafo del artículo 1.692 en que se halle comprendido, y ello no se cumple en el caso en que de forma genérica se declare que se halla comprendido en los párrafos primero y séptimo del citado artículo, pues no se concreta la relación entre cada uno de ambos párrafos y el motivo respectivo.

SENTENCIA 12 ENERO 1949

Mercantil—compraventa—denuncia de los vicios de la cosa—aplicabilidad de los artículos 342 y 345 del Código de Comercio.

No la hace quien dispone de la muestra y de los géneros, imposibilitando su confrontación.

No son aplicables aquéllos cuando juega el artículo 327.

ANTECEDENTES.—El demandante encargó una partida de bellota deseada, que le fué servida y empleada por él en su industria, bien que con ciertas reclamaciones, que llegaron a hacerse judiciales, fundadas en que la bellota servida no era seca, sino fresca. El Juzgado desestimó la demanda, y la Audiencia confirmó el fallo. Se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción del artículo 336, por confundir el “vicio propio” de la cosa con el “vicio interno”, que es el alegado por el recurrente.

Segundo. Infracción del artículo 342, por inaplicación.

Tercero. Infracción del artículo 345 del Código de Comercio y concordantes del Código civil, pues la sentencia, al inaplicarlos, viola el contenido imperativo de los mismos.

Cuarto. Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que es doctrina reiterada de esta Sala, según la letra y el espíritu que informan el artículo 327 del Código de Comercio, entre otras sentencias las de 14 de abril de 1919 y 3 de diciembre de 1926, que perfecto un contrato de compraventa mercantil, el primer derecho del comprador es examinar la cosa vendida y acudir al procedimiento que determina el artículo 2.127 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para que los peritos designados por los contratantes decidan si la mercancía es o no de recibo, al efecto de estimarse consumada la venta, en caso afirmativo, y rescindido el contrato en caso contrario.

CONSIDERANDO: Que el fallo de instancia, aplicando esta doctrina al supuesto del pleito, absolvío de la demanda y accedió a la reconvenCIÓN, en la que la Compañía vendedora sustancialmente interesaba que se estimase consumada la compraventa y se le abonara el resto del precio, por cuanto el actor, lejos de acudir al juicio pericial aludido, dispuso de la muestra y de los géneros vendidos, imposibilitando su confrontación; y como tan capital fundamento del fallo no ha sido impugnado en el

recurso, tal omisión bastaría a desestimarla y declarar aquél firme y subsistente, si no fueran también improcedentes los demás razonamientos en que se apoya.

CONSIDERANDO: Que no pueden prosperar los motivos primero, segundo y tercero, porque encaminados a demostrar en el primero la inaplicación del artículo 336 del Código de Comercio, como la propia Sala lo declara de notoria inaplicación, es obvio que debe rechazarse y también los dos últimos, dirigidos por el recurrente a denunciar la infracción, por inaplicación de los 342 y 345 del ordenamiento legal referido, porque si, como dicho queda, el aplicable es el 327, que regula los derechos y obligaciones de los contratantes en la compraventa sobre muestras, caen por su base, por ineficacias a los fines de la casación, las consideraciones que en los mismos se aducen.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 15 ENERO 1949

Procesal—juicio ejecutivo—título: letras de cambio en función de garantía.

La letra no expresiva de contrato de cambio, sino girada para servir de garantía los saldos de la cuenta corriente, puede servir de título si el aceptante es deudor con arreglo a aquélla.

Procesal—prueba: de la existencia de cuenta corriente.

La apreciación de si existe o no contrato de cuenta corriente incumbe en principio a la Sala de Instancia.

Mercantil—contratos: característica de la cuenta corriente en sentido estricto.

Es la recíproca concesión de crédito, aplazando la exigibilidad hasta que se fije la terminación de la cuenta.

Procesal—casación—impugnación del reconocimiento de saldo de una cuenta corriente.

Puede hacerse demostrando la equivocación por documento o acto auténtico.

Procesal—casación—congruencia: petición de que declare usurario un contrato de préstamo—facultades del Tribunal.

Hay que tener en cuenta el cuerpo del escrito y que en éste se revoca la Ley de Usura, así como que la parte demandada aceptó la discusión en ese terreno.

El principio de congruencia no impide al Tribunal hacer las oportunas declaraciones cuando los pactos de un contrato sean inmorales o ilícitos.

El Tribunal Supremo tiene la misma facultad que la Ley de Usura otorga al Tribunal de Instancia para formar libremente su convicción.

Civil—contratos—préstamo—cuando tiene carácter usurario—extensión de la condena al acreedor—cuando se pacta el interés del 8 por 100 compuesto.

Es desproporcionado a las circunstancias del caso cuando del producto de las fincas hay que deducir el sesenta por ciento para gastos.

Tiene carácter usurario la facultad de anticipar el pago que hace al deudor abonar un trimestre más de intereses y, sobre todo, el pago de una anualidad de éstos en caso de incumplimiento.

La Ley de Usura no distingue clases de intereses, atendiendo sólo al lucro indebido que puede obtener el prestamista.

Son circunstancias angustiosas las repetidas deudas contraídas antes del préstamo para acometer una empresa en que se arriesga la total fortuna.

Aunque el deudor se muestra conforme con abonar el interés legal al acreedor, no puede la S. concedérselo al deudor sin incidir en incongruencia.

Si las fincas hipotecadas han pasado legalmente a un tercer poseedor no puede obtener la indemnización de su valor ante la imposibilidad de obtener su devolución.

Hipotecario—procedimiento judicial sumario—rendición de cuentas—nulidad.

Las cuentas rendidas por el acreedor pueden y deben ser discutidas en el procedimiento y deben ser justificadas y notificarse al deudor el escrito de rendición para que pueda impugnarlo.

No es motivo de nulidad la falta de notificación al deudor de la cesión de parte de crédito.

ANTECEDENTES Y MOTIVOS.—Se deducen de los considerandos que se transcriben.

CONSIDERANDO: Que por lo que se refiere al primer motivo del recurso, apoyado en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en el que se alega la infracción de los artículos 444 del Código de Comercio, que alude a los requisitos que ha de reunir la letra de cambio para su eficacia en juicio; 1.479 de la citada ley, en orden a la posibilidad de promover juicio ordinario sobre las cuestiones ventiladas en el juicio ejecutivo, y de los artículos 1.261, 1.265 y 1.277 del Código civil, relativos a los requisitos de los contratos, por sostener el recurrente que la letra de cambio por

169.000 pesetas, fechada en 8 de noviembre de 1930 y aceptada por el demandante, que la demanda de instancia declara no es expresiva de un contrato de cambio, sino girada para servir de garantía a los saldos de la cuenta corriente abierta por el actor en el Banco del Oeste a favor del mismo, no pudo servir de título ejecutivo en el juicio de esta clase seguido contra el demandante por el referido Banco, debe ser desestimado, porque aunque es verdad que tal alegación no pudo ser discutida en el ejecutivo, al que el ejecutado no hizo oposición, dados los estrechos moldes en que éste puede moverse, según lo dispuesto en el artículo 1.464 de la citada ley, cabiendo, por lo tanto, fuera planteada esta cuestión en el ordinario, es lo cierto que el acreedor pudo eficazmente exigir el pago de la letra si el deudor en el momento de establecerse la ejecución lo era por la cantidad declarada, y como de la prueba practicada, según estima la Sala, aparece demostrado que el demandante en este pleito era deudor al Banco ejecutante, al tiempo de formularse la ejecución, por cantidad mucho mayor—619.153 pesetas—, como consecuencia de las operaciones mediadas entre ambos, es visto que el Banco al ejecutar hizo uso de su derecho, ya que la firma de la letra a título de garantía no podía tener otra finalidad que la de su efectividad en momento dado para el pago de la deuda.

CONSIDERANDO: Que si bien es verdad que el recurrente alega la imposibilidad legal de hacerla efectiva por existir un contrato de cuenta corriente propiamente dicha, por aparecer entre las partes, según viene a reconocer la sentencia, tres cuentas, una de crédito personal con saldo deudor, en 16 de octubre de 1931, por 688.719 pesetas; otra de exportación, con saldo acreedor de 231.242 pesetas, y otra de efectos, con saldo deudor por valor de 171.676 pesetas, todo en la propia fecha, lo que supone, según documentos suscritos por el deudor, que el Banco y el actor eran recíprocamente acreedores y deudores, sin posibilidad de que fuera exigible el saldo resultante hasta la época del cierre de la cuenta, es lo cierto que la Sala, a la que incumbe en principio la apreciación de si existe o no contrato de cuenta corriente propiamente dicha, conforme a sentencia de este Tribunal de 6 de abril de 1933, estima que lo que hubo entre las partes no fué un contrato de cuenta corriente, en sentido estricto, sino un contrato de cuenta corriente bancaria, sin que tal apreciación aparezca desvirtuada por documento auténtico demostrativo de la equivocación evidente del juzgador, y, en cambio, del resultado de las pruebas la Sala infiere que no existió aquella figura contractual cuya característica esencial estriba en una recíproca concesión de crédito que se hacen los contratantes al consentir que siendo unos y otros acreedores y deudores se aplica la exigibilidad de los créditos aislados hasta la época en que se fija la terminación de la cuenta corriente, y por ello resulta forzoso la desestimación del primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que por lo que toca al segundo motivo, donde, con invocación del mismo artículo de la ley de trámite, en sus números primero y séptimo, se alega la infracción de los propios preceptos sustantivos citados en el anterior motivo, al admitir el Tribunal de instancia la recon-

vención esgrimida por el Banco del Oeste contra el actor, es del mismo modo desestimable por las razones expresadas y, además, porque aunque es verdad que cualquier reconocimiento de saldo como el llevado a cabo por el demandante en los documentos obrantes en autos y a que se hace referencia en el considerando anterior, puede ser impugnado y perder su eficacia, si se demuestra el error experimentado por el que hace el reconocimiento, es lo cierto que en el presente caso, aun dando todo su valor a las anomalías consignadas por los peritos en su informe, como de éste y de la autenticidad de las firmas de reconocimiento de saldo, la Sala aprecia que está acreditada la realidad de los mismos, sin que esta apreciación aparezca desvirtuada por documento o acto auténtico que demuestre su evidente equivocación, es obligado pasar por tales reconocimientos de saldo y estimar, por tanto, la reconvenCIÓN, como se hace en la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Por lo que se refiere al motivo tercero, que si bien es indudable que para juzgar acerca de las peticiones de las partes hay que atender ante todo a los términos de la súplica de los escritos de las mismas y que en el de la demanda del presente pleito no se interesa literalmente la declaración de usurario del contrato de préstamo hipotecario a que aquél se refiere, aun cuando se solicita se declare hubo "usura en el cómputo de intereses", no lo es menos que para concretar lo que se quiso pedir es forzoso también tener en cuenta el cuerpo del escrito, y en éste se invoca la Ley de Usura, y se razona sobre el carácter usurario del préstamo, y, además, que una de las normas del principio de congruencia es la de evitar que la parte sea condenada sobre pretensiones no formuladas en la demanda y de las que no pudo defenderse, y aquí, por el contrario, la parte demandada ha aceptado la discusión en ese terreno y ha alegado cuantas razones ha podido invocar en contra del carácter usurario del préstamo, y por eso ha de estimarse interesada su nulidad, solución tanto más plausible cuanto que se trata de ejercitar la función social atribuida a los Tribunales para la represión de la usura, que en cierto modo trasciende del mero derecho civil y que, conforme a la sentencia de esta Sala de 29 de marzo de 1932, el principio de congruencia contenido en el artículo 359 no es "tan rígido y absoluto que impida al Tribunal hacer las oportunas declaraciones cuando los pactos de un contrato sean *inmorales* o *ílicitos*, lo que conduciría a que los fallos de los Tribunales por el silencio de las partes pudieran tener su apoyo y base fundamental en hechos torpes, "absurdo ético jurídico inadmisible", doctrina corroborada por la de primero de junio de 1944, en la que se establece que tienen importancia secundaria los defectos de formulación y concreción de la tesis de un recurso cuando se persiguen fines trascendentales de ética social.

CONSIDERANDO: Que desestimado así este fundamento de la sentencia de instancia para no entrar en el examen de si es aplicable o no la Ley de Usura al contrato debatido, ha de tener presente este Tribunal, al que reiterada jurisprudencia tiene reconocida la misma facultad que aquella ley otorga al Tribunal de instancia para formar libremente su convic-

ción en esta clase de asuntos conforme a las alegaciones de las partes, los puntos de hecho siguientes: Primero. El demandante, que había emprendido años anteriores al contrato la labor de convertir en tierras de regadío las dehesas de su propiedad a que se refiere la demanda, para lo que obtuvo del Banco Hipotecario de España diversos préstamos por valor de 956.000 pesetas, tuvo que acudir al crédito del Banco del Oeste, con el que contrajo, como resultado de una cuenta corriente impropia, débitos considerables, según se deduce de los anteriores considerandos. Segundo. Que siendo apurada su situación económica por no poder hacer frente debidamente a vencimientos de deudas contraídas con ocasión de las obras emprendidas, hubo de acudir a los demandantes, señores C. y S. M., de quienes obtuvo un préstamo de 550.000 pesetas, mediante escritura de 8 de abril de 1929, hipotecando en garantía del mismo las fincas expresadas, por un año forzoso y dos voluntarios, el ocho por ciento de interés, siendo condiciones del contrato que los trimestres de intereses no satisfechos devengarían, sin previa reclamación judicial, el interés del ocho por ciento, lo que equivale al interés compuesto, devengando también el mismo ocho por ciento los trimestres de intereses no pagados al Banco Hipotecario y que lo fuesen por los acreedores; que si la cancelación del préstamo se pedía en el último trimestre del primer año forzoso del préstamo o durante el período voluntario de dos años, el deudor abonaría como indemnización de reembolso el importe de otro trimestre de intereses, todos los que se abonarían adelantados, y que el incumplimiento de cualquier obligación de pago de intereses daría lugar a la rescisión del contrato y a una indemnización de daños y perjuicios que se fijaba en otro año de intereses. Tercero. Que el demandante, con fecha 10 de septiembre de 1932 y sin duda atemorizado por el hecho de haber presentado el Banco del Oeste una querella criminal contra el mismo por haber reconocido una deuda por valor de otras 500.000 pesetas al agente de cambio D. J. R., por presunta confabulación con éste, suscribió con los segundos acreedores hipotecarios y con el Banco del Oeste un pacto privado de anticresis, en el cual cedia las fincas a esta entidad en tal concepto, reconociendo sus deudas, contrato que se caracteriza por la dureza de sus condiciones, que no ha llegado a tener cumplimiento y no se elevó a escritura pública.

CONSIDERANDO: Que teniendo en cuenta la doctrina establecida por esta Sala en sentencias de 29 de enero de 1929, 30 de junio de 1940 y 18 de junio de 1946, entre otras—de las que la primera de ellas reputó usurario el interés compuesto del ocho por ciento—, no puede menos de apreciarse tal carácter en el préstamo en cuestión, basando esta apreciación, en primer lugar, en el interés estipulado, notablemente superior al normal del dinero, porque no se trata de un ocho por ciento simple, al que reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene reconocido como normal, sino compuesto, a lo que viene a agregarse al valor de las fincas evidenciada por la tasación pericial, que les atribuye un producto en 1932 de 637.000 pesetas, de las que hay que deducir un sesenta y cinco por ciento para gastos, lo que hace el interés, además, desproporcionado a las circuns-

tancias del caso; que el anticipo del pago por el deudor en uso de la facultad que le concede el contrato se traduce para éste en el abono de un trimestre más de intereses y, sobre todo, el pago de una anualidad de éstos en caso de incumplimiento, sin que sea de estimar a este respecto la alegación de que se trata de una cláusula penal susceptible de ser moderada por el Juez, puesto que, exigida ésta en el procedimiento judicial sumario, conforme al contrato de préstamo, se ponía al Juez en la imposibilidad de moderarla, ni quepa tampoco distinguir entre intereses devengados por el disfrute del dinero o producidos por la demora en el cumplimiento del contrato, porque la Ley de Usura no distingue entre unos y otros para determinar el carácter usurario de la prestación, sino al lucro indebido que puede obtener el prestamista.

CONSIDERANDO: Que, además, y aun no siendo necesario justificar este punto, conforme a la sentencia de esta Sala de 24 de mayo de 1942, la situación angustiosa del prestamista y que debió forzarle a aceptar aquellas condiciones, se infiere de modo evidente porque para ello no hay que atender al momento en que éste inició las obras de transformación de las dehesas en tierras de regadío, sino a aquel en que se contrajo el préstamo, y es manifiesto, por las repetidas deudas contraídas con el Banco del Oeste, el agobio económico que sobre él pésaba ante la alternativa de proseguir una empresa que iba encaminada sí a su provecho personal; pero también había de redundar en acrecentamiento de la riqueza del país—punto que no puede perderse de vista—, o renunciar a ella, arriesgando la pérdida de su total fortuna, ya comprometida por los desembolsos llevados a cabo, agobio evidenciado por las condiciones, aunque de fecha posterior, del proyectado pacto de anticresis, y por todo ello es indudable que concurren en el caso las circunstancias exigidas por el artículo primero de Ley de Usura para decretar la nulidad del contrato de préstamo en cuestión con todas sus consecuencias legales, y al no reconocerlo así la Sala de instancia incidió en inaplicación de dicho precepto, por lo que procede la casación de la sentencia por el expresado motivo, sin que por ello sea preciso entrar en los defectos alegados en el procedimiento judicial sumario, cuya apreciación queda reservada a la segunda sentencia.

FALLO.—Se confirma apilada en cuanto a la reconvención propuesta por el B. del O. y en cuanto a que la letra de cambio fué librada como garantía de una cuenta corriente abierta por aquel B. y en cuanto absuelve de la demanda al comprador de la finca sobre que se ejecutó la hipoteca.

SENTENCIA 24 ENERO 1949

Civil—arrendamiento de servicios—extinción por pago o por transacción entre las dos partes.

ANTECEDENTES.—El demandante, arquitecto, realizó unas obras en virtud de contrato con el difunto marido de la demandada que después fué novado, dando lugar a incidencias en su liquidación, que terminaron en

una transacción amistosa. Pero después de verificadas, el arquitecto reclama sus honorarios alegando que no se comprendieron en la transacción. El Juzgado estimó la demanda, pero su fallo fué revocado por la Audiencia. Se interpuso recurso por los motivos que se recogen en el considerando.

CONSIDERANDO: Que en la apreciación conjunta de la prueba practicada estimó la Sala sentenciadora que el señor arquitecto demandante ha percibido con exceso los honorarios que le eran debidos por sus trabajos facultativos en la ejecución de las obras de reforma, reconstrucción y ampliación de una casa de la propiedad de la demandada, estimando también probado que terminadas las obras surgieron discrepancias, principalmente referidas a los honorarios tarifados en la liquidación-resumen, siendo zanjadas por convenio, en virtud del cual, mediante la nueva entrega de veinticinco mil pesetas que la demandada hizo al actor se produjo el finiquito de cuentas sin que ninguna de las partes, según lo estipulado, pudiera reclamar cantidad alguna por razón de la liquidación de las obras, y ante tan sólida y clara argumentación de facto, que en el aspecto jurídico lleva evidentemente al pronunciamiento absolutorio que contiene la sentencia recurrida por aplicación de la norma extintiva de las obligaciones mediante su cumplimiento o pago y aun por la virtualidad de la transacción, según prescriben los artículos 1.156 y 1.816 del Código civil; se alzan los dos motivos del recurso amparados únicamente en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en términos notoriamente desestimables, porque en el primero se denuncia la infracción del artículo 1.544 del Código civil partiendo del supuesto de que al recurrente no le ha sido abonada una parte del precio u honorarios devengados, sin utilizar a este efecto el único cauce que para la impugnación de los hechos que se declaran probados en la instancia señala el número séptimo del citado artículo 1.692 de la Ley procesal, y en el segundo motivo se acusa la infracción de los artículos 1.203 y 1.204 del Código civil, por entender el recurrente que en el primer período de ejecución de las obras se produjo la novación del primitivo contrato, frente a la apreciación de la Sala de instancia en el sentido de que en aquel período no hubo modificación alguna del régimen de obras por contrata, y aparte de que en este recurso tampoco se desvirtúa el criterio del Tribunal "a quo" con la invocación de errores de hecho o de derecho en la valoración de las pruebas, el motivo sería en todo caso inoperante, porque con la modificación novatoria que se pretende o sin ella el resultado práctico sería el mismo, ya que extinguida mediante el pago la obligación de satisfacer los honorarios convenidos o arreglados a tarifa se impondría en todo caso el pronunciamiento absolutorio de la sentencia recurrida.

FALLO.—No ha lugar.

AUTO 4 FEBRERO 1949

El artículo 1.720 de la L. E. C. exige como requisito imprescindible para los escritos en que se formalice el recurso de casación por infracción de ley que expresen el párrafo del artículo 1.692 en que se hallen comprendidos, y esto no se estima cumplido, según reiterada jurisprudencia, cuando se mencionan en los antecedentes, sin mencionar en cuál de ellos se apoya cada uno de los motivos del recurso, ni mencionar con la debida claridad las leyes y doctrina legal que se crean infringidas.

SENTENCIA 12 FEBRERO 1949

Procesal—recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba.

No es lícito sustituir el criterio del Tribunal sentenciador por el de la parte recurrente.

Procesal—recurso de casación por infracción de ley—no puede ampararse en el número 7.^º del artículo 1.692 de la L. E. C.

No puede ampararse en el número séptimo del artículo 1.692 de la L. E. C.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo del recurso, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, impugna las apreciaciones de hecho que hace el Tribunal *a quo*, no apoyándose en la resultancia de documentos que demuestren la equivocación del juzgador, sino en razonamientos que el recurrente hace sobre estimación de los hechos que constan en unas cartas, con lo cual sustituye el criterio del Tribunal por el suyo propio, que, como repetidamente ha declarado la jurisprudencia, no es lícito hacer en casación, y, además, alega la infracción de los artículos 332 del Código de Comercio y 1.124 del Código civil, acogiéndose a ese número séptimo, que no es el adecuado para acusar tales infracciones.

SENTENCIA 21 FEBRERO 1949

Civil—arrendamientos urbanos—prueba—artículo 79 de la L. A. U.

El artículo 79 de la L. A. U. determina la necesidad de que el demandante acredite la necesidad de la causa alegada de excepción a la prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento.

ANTECEDENTES.—La actora funda su demanda en que un hijo necesita el piso ocupado por el demandado, y destinado en la actualidad a almacén de granos, para que aquél ejerza la industria de profesor de lenguas, lo

que venía haciendo en otro local, cedido en subarriendo con dicha finalidad y del que había sido desalojado antes de la iniciación del proceso.

El Juez de primera instancia accedió a la demanda de la parte actora, contra la que la parte demandada interpuso recurso de injusticia notoria, fundada en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Números segundo, tercero y cuarto del artículo 169 de la L. A. U.

Segundo. Infracción de los artículos 76, 77 y 78 de la L. A. U.; 326 del Código civil, y 35 del Registro Civil, base 15 de la Ley de 20 de septiembre de 1938, Orden ministerial de 7 de diciembre de 1938 y artículo quinto del Decreto de 7 de julio de 1944.

Tercero. Infracción del artículo 10 y disposición transitoria 22 de la L. A. U.

Cuarto. Infracción de los artículos 79 y 80 de la L. A. U.

Quinto. Infracción del artículo 177 de la L. A. U.

Sexto. Apartado segundo del artículo 175 de la L. A. U.

CONSIDERANDO: Que, evidenciado así el manifiesto error cometido por el juzgador al dar como probado aquel hecho fundamental del pleito, es obligado estimar el recurso, amparado entre los varios motivos alegados en el número tercero del artículo 169 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (manifiesto error en la apreciación de la prueba); y al no demostrarse la certeza de la causa invocada, es forzoso apreciar la infracción del artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, invocado en otro de los motivos, "y que determina la necesidad de que el demandante acredite la causa alegada de excepción a la prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento, sin que por ello sea preciso ocuparse de los restantes motivos del mencionado recurso".

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 26 FEBRERO 1949

Hipotecario—momento en que es exigida la buena fe a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

No es a la fecha de la inscripción, sino a la de la celebración del contrato que la motivó, a la que hay que remitirse para juzgar si la adquisición se efectuó con conocimiento registral o extraregistral de la causalidad del título del transferente.

Civil—posesión de buena fe: en caso de derecho de retención.

No es dudoso afirmar que obra de buena fe quien posee una finca al amparo del derecho que la Ley le concede, aunque esta tesis no tuviera conceptualmente acogida en los artículos 433 y 435 del Código civil.

Procesal—cuestiones nuevas en casación: daños y perjuicios pedidos por conceptos distintos.

ANTECEDENTES.—A. cedió en arrendamiento a B. un solar. B., a través de unos subarrendatarios, construyó en él un frontón. Por débitos de los

subarrendatarios a la Hacienda Pública se incoó contra ellos expediente de exacción por vía de apremio; B. fué declarado responsable subsidiario, y se le embargó el frontón, siendo adjudicado a A. en pública subasta; dicha adquisición fué inscrita en el Registro de la Propiedad. Con posterioridad, B. recurrió contra tal procedimiento, y la Dirección General del Tesoro anuló el expediente y la consiguiente subasta. A. había muerto. Sus herederos se negaron a devolver el frontón, que a su vez había sido arrendado a C. La Administración solicitó la cancelación de la inscripción causada a favor de A., negándose a hacerlo el Registrador, por no mediar el consentimiento de sus herederos. La negativa del Registrador fué confirmada por la Dirección General de los Registros. Finalmente, los herederos de A. vendieron el frontón a D. B. presentó demanda contra dichos herederos, contra C. y contra D., alegando simulación de los contratos de arrendamiento y compraventa a favor, respectivamente, de C. y de D., y solicitando: la nulidad de la compraventa en subasta a favor de A., la de la consiguiente inscripción, la de las inscripciones y anotaciones causadas por el expediente anulado, la de la compraventa a favor de D. y la inscripción que pudiera haber causado, y la del arrendamiento a favor de C.; la restitución del frontón, y el pago, en concepto de frutos dejados de percibir, de la cantidad correspondiente a la merced del anterior subarriendo desde que a los herederos de A. les fué comunicada la anulación del expediente de apremio, momento en que pasaron a ser poseedores de mala fe.

Después de la presentación de esta demanda, fué inscrita la adquisición del frontón a favor de D., sin que previamente se hubiese anotado dicha demanda.

En la contestación, los demandados alegaron, entre otras cosas, que la finca había sido adquirida por D., que era tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria; que la anulación del expediente de apremio no les podía afectar por haber sido tramitada sin su intervención; que por ello eran poseedores de buena fe; y que la demanda no podía prosperar por no ofrecerse el pago de los gastos realizados en la finca y del precio entregado al adquirir A. el frontón en pública subasta.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda. B. interpuso recurso de casación fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Inaplicación de los artículos 4, 1.259, 1.261, 1.262, 1.274 y 1.275 del Código civil, y de otros del Estatuto de Recaudación: la adquisición por A. fué nula.

Segundo. Violación de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria: D. no era un tercero hipotecario.

Tercero. Violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria: la nulidad de la adquisición de A. constaba en el Registro.

Cuarto. Error de hecho en la apreciación de la prueba: resulta de documentos auténticos la mala fe de D.

Quinto. Inaplicación de los artículos 433, 435 y 1.554 del Código civil: los herederos de A. fueron poseedores de mala fe desde que conocieron la nulidad del apremio, y, además, debían entregar la finca a B. por el arrendamiento vigente a su favor.

Sexto. La sentencia recurrida es incongruente al no resolver sobre las pretensiones meramente declarativas del actor.

Séptimo. Violación de los artículos 4, 453, 1.303 y 1.308 del Código civil: B. no tenía por qué ofrecer el pago de gastos, si bien los demandados podían haberlos reclamado. Además, los herederos de A. no tenían derecho de retención por ser poseedores de mala fe.

Octavo. Inaplicación de los artículos 1.255 y 1.556 del Código civil: el frontón debía ser devuelto a B. por seguir en vigor el primitivo arrendamiento.

Noveno. Violación de los artículos 1.307 y 1.556 del Código civil y 138 de la Ley Hipotecaria: procede la indemnización de daños y perjuicios si se considera que D. ha adquirido la finca.

CONSIDERANDO: Que la técnica procesal del recurso de casación obliga a examinar ante todo el motivo o motivos del recurso, amparados en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil para dejar fijados los hechos procesales que han de servir de base al estudio de las cuestiones jurídicas que plantean los restantes motivos del recurso.

CONSIDERANDO: Que el motivo cuarto es el único que formula la *quaestio facti* del pleito y denuncia error de hecho en que se dice ha incurrido la sentencia de instancia al estimar que el demandado D. adquirió la finca en litigio sin que conociese ni constase en el Registro de la Propiedad la causa de la nulidad del título anteriormente inscrito a favor de quien le transmitió el dominio, y para demostrar el error denunciado se invocan varios documentos, entre los cuales figura una anotación preventiva de anulación de la venta, a la que alude el recurrente, sin que en los autos conste su existencia, según fué apreciado ya por la Sala sentenciadora, invocándose también la propia resultancia del pleito referida a la fecha de la inscripción a favor de D., posterior a la de la demanda; pero es lo cierto que ni de ésta había constancia en el Registro al efectuar aquella inscripción, ni es a su fecha, sino a la de la celebración del contrato que la motivó anterior a la demanda a la que hay que remitirse para juzgar si la adquisición se efectuó con conocimiento registral o extraregistral de la causa de nulidad del título del transferente, y como los dos restantes documentos invocados—certificación de la inscripción anterior a nombre de A. y Orden ministerial declaratoria de la nulidad del procedimiento de apremio—no contienen antecedente registral de dicha causa de nulidad, ni de que de ella tuviera conocimiento por otro medio D., es visto que ninguno de los documentos señalados reviste autenticidad en casación para demostrar el error de hecho denunciado, en la forma exigida por el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y, en su virtud, procede desestimar el cuarto motivo del recurso, quedando así firmes los hechos procesales que sienta la sentencia recurrida y que patentizan en el aspecto jurídico la buena fe que presidió la adquisición de la finca por D.

CONSIDERANDO: Que estos antecedentes llevan a la conclusión jurídica evidente de que D., que inscribió el dominio de la finca, es tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en cuanto a la intangibilidad de su título de dominio, y, en consecuencia, no puede prosperar el tercer motivo del recurso, que acusa la infracción del referido precepto legal, partiendo del supuesto, inexacto en casación, de la mala fe del tercer adquirente de la finca.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida afirma la buena fe con que actuó A. al serle adjudicada la finca en el procedimiento administrativo de apremio, que en aquel momento no ofrecía visible la nulidad del mismo decretada con posterioridad, y afirma también que con igual buena fe

continuaron sus herederos en la posesión del inmueble, aun después de hecha la declaración de nulidad del expediente de apremio, incluso de la adjudicación de la finca en la subasta celebrada; particulares éstos que el motivo quinto del recurso acepta sólo en lo referente a la buena fe de A., pero no en cuanto a sus herederos a partir de la fecha indicada.

CONSIDERANDO: Que así planteado el quinto motivo, se advierte que no se tiene en cuenta que si en la instancia se estimó también la buena fe de los herederos fué porque al hacerles saber la nulidad del expediente se les requirió para que devolviesen la finca al actor, y se opusieron a esta pretensión alegando y probando que habían hecho gastos necesarios y útiles en la conservación y reparación del inmueble y se creían con derecho a seguir poseyéndolo en virtud de la facultad de retención que les concedía el artículo 453 del Código civil, en tanto no les fuesen abonados dichos gastos, aparte la devolución del precio de venta satisfecho al tiempo de la adjudicación de la finca en subasta, que les autorizaba asimismo para seguir en la posesión hasta que se les hiciese el reembolso correspondiente, según se infiere de los artículos 1.100 y 1.308 del Código civil; tesis ésta correcta y amparadora de la buena fe en la posesión, porque aun cuando conceptualmente no tuviera acogida en los artículos 433 y 435 del mismo Código, no es dudoso afirmar que obra de buena fe quien posee una finca al amparo del derecho que la Ley le concede, por lo que debe ser desestimado el quinto motivo.

CONSIDERANDO: Que proclamado por doctrina jurisprudencial el efecto jurídico distinto de las pretensiones declarativas y de condena, acciones que conjuntamente son puestas en ejercicio en la súplica de la demanda, es de notar que la pretensión declarativa de nulidad de la compra efectuada por A., a consecuencia de la nulidad de la adjudicación que se le hizo, en la subasta, está tan íntimamente ligada a la pretensión de condena global contenida en la demanda, fundamental y específicamente encaminada a que se devuelva al actor la finca subastada, que bien puede afirmarse que esta última pretensión condensa la aspiración finalista del pleito, y no hay posibilidad legal de acceder a ella, de una parte, porque la finca está en manos de un tercero hipotecario, que no viene obligado a entregarla, según queda dicho en el considerando tercero, y de otra, porque aun cuando no hubiese un tercer adquirente protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, los demandados, en concepto de herederos de A., habrían podido oponerse a la devolución de la finca mientras no se les satisficieran los aludidos gastos de conservación y reparación, y el precio de compra, de conformidad con lo dispuesto en los artículos ya citados sobre posesión de buena fe y sobre efectos de la nulidad de contratos, y como en la sentencia recurrida se da por probado, sin impugnación en el recurso, que el actor se niega a abonar los referidos gastos y precio, no obstante haber sido aplicado a la extinción de débitos del actor en el expediente de apremio, en el que puede solicitar la devolución por virtud de la nulidad decretada, es visto que sin el cumplimiento de la obligación de reintegro de gastos y precio no puede exigir el cumplimiento de la obligación recíproca de restitución de la casa com-

prada, lo que lógicamente conduce a la desestimación de los siguientes motivos: del primero, porque carece de toda finalidad práctica en este punto la declaración de nulidad de la escritura de compraventa a favor de A., ya que no hay posibilidad de que la finca sea devuelta al actor, y no se ha hecho petición alguna por el cauce del artículo 1.307, que congruentemente pudiera ser examinada y resuelta; del segundo, porque tampoco es posible decretar la cancelación de la inscripción a favor de A., porque tal inscripción aparece ya extinguida por la transferencia de la finca a favor de D., de acuerdo con lo que dispone el artículo 77 de la Ley Hipotecaria vigente al ser planteada la presente cuestión litigiosa, y reproducido en el artículo 76 de la nueva Ley; y del sexto motivo, porque la pretensión declarativa de nulidad de la venta a favor de A. ha sido examinada en los considerandos de la sentencia de primera instancia, aceptados en la de la Audiencia, y decidida en el fallo recurrido mediante un pronunciamiento absolutorio de la demanda, extensivo naturalmente a todas las pretensiones formuladas en la misma, que han sido objeto de razonamientos en la sentencia de instancia, por lo que no se está en presencia de ninguno de los casos de sentencia incongruente que la doctrina legal ha señalado como excepción a la norma también jurisprudencial de que el pronunciamiento absolutorio de la demanda decide todas las cuestiones en ella formuladas.

CONSIDERANDO: Que solicitada en la demanda la nulidad por inexistencia o simulación del contrato de arrendamiento del frontón, celebrado entre los herederos de A. y C., la sentencia recurrida desestimó la petición por no estar probada la referida causa de nulidad, y ante este pronunciamiento, no impugnado en casación, resulta inoperante el octavo motivo del recurso, en el que, partiendo de supuesto contrario a dicho pronunciamiento, esto es, de la vigencia del arrendamiento anterior a favor del demandante, se pretende que le sea entregado a éste el frontón, desposeyendo a quien lo tiene en virtud de vínculo arrendaticio, no simulado, sino perfectamente eficaz.

CONSIDERANDO: Que, finalmente, el noveno motivo del recurso es inadmissible, como comprendido en el número quinto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto se refiere a la reclamación de daños y perjuicios regulados en el artículo 1.307 del Código civil, derivados de la imposibilidad de que se les devuelva el frontón por haber pasado a un tercer adquirente hipotecario, lo que implica el planteamiento en casación de una cuestión nueva, ya que los daños y perjuicios pedidos en demanda respondían al concepto de arrendamiento incumplido por el arrendador, concepto éste en el que no es viable la infracción del artículo 1.556 del Código civil, que también acusa el motivo noveno por los razonamientos del considerando anterior sobre subsistencia del arriendo en favor de C., incompatible con la simultánea vigencia de la relación arrendaticia anterior que invoca el recurrente.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1.^o MARZO 1949

Civil—es válida la venta de cosa ajena.

Civil—desbloqueo—norma aplicable a las prestaciones dinerarias efectivamente recibidas bajo dominio marxista.

Es la del artículo 37 y no la del 36 de la Ley de Desbloqueo.

ANTECEDENTES.—C. vendió en zona roja una casa a P. en documento privado al que se dió fecha anterior al 18 de julio de 1936, alegando que era acreedor del propietario de aquélla y se estaba tramitando un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se la adjudicaría. Sin embargo, le fué pagada su deuda y no pudo cumplir el contrato. P. pide devolución del precio a la par e indemnización de daños y perjuicios. El Juez le concede la devolución, pero aplicando la desvalorización de la Ley de Desbloqueo. La Audiencia confirma el fallo, y se interpone recurso por los siguientes

MOTIVOS.—1.^o Error en la interpretación del artículo 1.269 del Código civil, pues el dolo a que se refiere se dirige a constituir la obligación. Interpretación errónea y falta de aplicación de los artículos 1.265 y 1.270.

2.^o Interpretación errónea del artículo 1.214 del Código civil y el 1.249 y el 1.253.

3.^o Error de hecho en la apreciación de las pruebas.

4.^o Infracción del artículo 36 de la Ley de Desbloqueo en la letra a).

5.^o Infracción del artículo 1.255 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que aunque el contrato versa sobre promesa de compraventa de cosa ajena no se ha discutido su licitud inicial por esta circunstancia de no ser dueño el vendedor de la finca que promete vender, si en realidad puede ofrecer duda la validez originaria del negocio jurídico en que se pacta a sabiendas y de buena fe sobre cosa ajena, como caso comprendido genéricamente en el ámbito de libertad contractual que autoriza el artículo 1.255 del Código civil y de modo específico en el artículo 1.451 del mismo texto legal, pero en otro aspecto ha sido objeto de controversia en el pleito la nulidad inicial del contrato por concurrencia de dolo que el demandante comprador atribuye a la parte contraria por haberle hecho creer insidiosamente que podría llegar a ser dueño de la finca, cuando realmente no existía, a juicio del actor, tal posibilidad.

CONSIDERANDO: Que desestimada en la sentencia recurrida la cesión de nulidad del contrato, pero decretada la resolución del mismo por sobrevenida imposibilidad de ejecución de la compraventa definitiva, se impuso al demandado-vendedor la obligación de restituir al demandante-comprador la cantidad que éste le había entregado a cuenta del precio convenido, desvalorizado de acuerdo con el porcentaje dispuesto por el artículo 37 de la Ley de Desbloqueo, en atención a que la entrega del precio se efectuó en dinero marxista durante la guerra civil, y contra este pronuncia-

miento arguye el cuarto motivo del recurso que la restitución del precio entregado debe realizarse a la par conforme a lo prevenido en el artículo 36 de dicha Ley, por tratarse del precio de una compraventa celebrada antes del 18 de julio de 1936, pero, aparte de que la sentencia de instancia no se pronuncia sobre la fecha del contrato y en casación no se ofrecen elementos de juicio para fijarla, siempre resultará que referida la restitución a prestaciones *dinerarias* efectivamente recibidas bajo dominio marxista, la norma aplicable es la del artículo 37 y no la del 36 de la Ley de Desbloqueo, pues este último precepto gobierna el supuesto de prestaciones no *dinerarias*, distinto del contemplado en el caso de antes.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 1 MARZO 1949

Mercantil—posibilidad de la usura en los préstamos mercantiles—criterio para determinar su existencia.

Lo que determina la índole usuraria de la operación es el interés inicial y obligatorio del préstamo susceptible de producir el empobrecimiento o la ruina del que toma el dinero, pero no la prestación eventual dependiente del mayor o menor lucro en las operaciones a que las cantidades entregadas habían de destinarse.

Tratándose de un préstamo mercantil, presidido por la idea de lucro, es lícito otorgarle una mayor tolerancia al concertarse cuando los interesados estimaron que sus estipulaciones podían reportarles beneficios.

También se ha de tener en cuenta el riesgo corrido por el prestamista de perder las cantidades prestadas.

Civil—indemnización de daños y perjuicios derivados de denuncia o querella criminal.

Civil—rescisión de la compraventa por lesión en Derecho foral catalán.

ANTECEDENTES.—Don E. P. V., residente en Barcelona, obtuvo de la Banca G. varios préstamos, por los que ésta libró las correspondientes letras de cambio, estipulándose que la Banca cobraría, además de los intereses y comisión, la tercera parte de los beneficios que don E. P. V. obtuviese dedicando el dinero recibido a negocios de tráfico de caballos. Habiéndose ausentado don E. P. V. de Barcelona, fué denunciado por la Banca G., basada en que había huído con fondos pertenecientes a la misma. Detenido, fué visitado en la cárcel por un representante de la Banca, que obtuvo de él una carta en que reconocía hechos constitutivos de estafa. La Banca retiró la denuncia y don E. P. V. fué puesto en libertad. Más tarde, aceptó otra letra de la Banca por el saldo existente a favor de ésta; también debía determinadas cantidades a la Sociedad O. F. y a don L. S. A consecuencia de las deudas, cedió, a título de insolventación, determinados bienes a la Banca G. y a don J. R. C., Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad O. F., el cual había pagado una suma a

don L. S. por cuenta de don E. P. V. Posteriormente, a consecuencia del crédito a favor de la Sociedad O. F., fueron embargados esos mismos bienes y puestos en administración judicial. Don E. P. V. dedujo demanda contra la Banca G., contra la Sociedad O. F. y contra don J. R. C., solicitando la nulidad, por usurarios, de los préstamos hechos por la Banca, así como la nulidad de la cesión de bienes (dado que don J. R. C., que había actuado en nombre propio, no era acreedor del demandante, y fundado además en que los bienes habían sido cedidos por valor muy inferior al real) y la indemnización por los daños y perjuicios causados a su prestigio comercial por la citada denuncia, de la que los periódicos habían dado cuenta.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda, y don E. P. V. interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.^º Inaplicación del art. 1.^º de la Ley de 23 de julio de 1908.

2.^º Infracción de la doctrina legal que admite la posibilidad de usura en operaciones mercantiles y sólo requiere para que exista que se estipule un interés superior al normal del dinero y desproporcionado a las circunstancias del caso.

3.^º Infracción del art. 1.902 C. c., al no concederse indemnización por los daños causados por la denuncia.

4.^º Inaplicación de los capítulos 3.^º y 4.^º de las Decretales de Gregorio IX, "de emptione et venditione", e infracción de ley y doctrina legal al considerar válida la cesión de bienes a un no acreedor.

CONSIDERANDO: Que la declaración de nulidad de los contratos de préstamo usurario, que define el artículo 1.^º de la Ley de 28 de julio de 1908, es aplicado tanto a los de carácter civil como a los mercantiles, no sólo porque aquél no establece distinción alguna, sino también porque la moderna jurisprudencia, aclarando el alcance y sentido de la antigua doctrina ha proclamado ya reiteradamente—sentencias de 13 de febrero de 1941 y 3 de mayo de 1945—, que no es posible interpretarla en términos tan absolutos que queden al margen de la usura las operaciones mercantiles o industriales, siquiera, al estar presididas por la idea de lucro, deba autorizarse para ellas una mayor libertad en la contratación y aplicarlas la norma especial cuando circunstancias muy calificadas revelen el carácter usurario del caso litigioso.

CONSIDERANDO: Que de los tres supuestos que abarca el citado precepto sólo se invoca en la súplica de la demanda el primero, o sea, el relativo al préstamo en que se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero, y manifestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, lo cual sentado, como el prestatario recurrente contrajo los préstamos objeto de la litis no cediendo a la presión de circunstancias angustiosas, que pudieran viciar el consentimiento, sino con plena libertad y para dar impulso, según sus propias manifestaciones, al negocio en gran escala de la compra y venta de caballos, no cabe aducir la ilicitud de tales pactos fundándola en que, aparte del interés bancario sobre las cantidades prestadas, se estipulase que la Banca G. percibiría una tercera parte de las ganancias que el prestatario en su calidad de técnico se prometía lograr, en primer término, porque lo que determina la índole usuraria de la operación es el interés inicial y obligatorio del préstamo susceptible de

producir el empobrecimiento o la ruina del que toma el dinero a préstamo, que es lo que la Ley tiende a evitar y trata de corregir, pero no la pres-tación eventual, dependiente del mayor o menor lucro en las operaciones a que las cantidades entregadas habían de destinarse, por cuanto, en todo caso, de lograrse alguna ganancia beneficiaría a ambos contratantes, y en mayor cuantía, claro es, al prestatario, y en segundo lugar, porque no cabe desconocer que en el presente caso se trata de un préstamo mer-cantil, presidido por la idea del lucro y, consiguientemente, en aplicación del criterio indicado, es lícito otorgarle una mayor tolerancia al concretarse cuando, como aquí ocurre, los interesados estimaron que sus estipu-laciones podían reportarles beneficio; y, finalmente, porque tampoco cabe desdenar el riesgo que la Banca G. corría de perder las cantidades presta-das sin garantía real alguna, a un prestatario con deudas de consideración, y que, en definitiva, no ha demostrado que, aparte de los intereses ban-carios, abonase numerario alguno a cuenta de supuestos beneficios.

CONSIDERANDO: Que es doctrina de esta Sala, por la repetida notoria—en-tre otras sentencias las de 4 de mayo de 1893, 28 de abril de 1913, 7 de mayo de 1929 y 20 de abril de 1933—, que para exigir indemnización de daños y perjuicios derivada de la interposición de denuncias o querellas, es preciso que dentro del juicio criminal se estime su ilicitud, como prece-dente necesario de futuras responsabilidades.

CONSIDERANDO: Que aplicado el precedente criterio al caso de autos, es llano que el fallo recurrido, al absolver a la Banca G. por haber presentado contra el recurrente la denuncia a que se contrae el motivo tercero, no ha incidido en la infracción del artículo 1.902 del Código civil, ya que, sobre declararse en aquél que no cabe pretender daños y perjuicios por una detención acordada por autoridad legítima, y en consecuencia de actuaciones sumariales sobreseídas provisionalmente, se funda también en que no está dentro de su competencia calificar la ilicitud de la denuncia, y, a mayor abundamiento, en que no se ha demostrado la realidad y existencia de los daños.

CONSIDERANDO: Que en el juicio que ha motivado el presente recurso, el actor, entre otras pretensiones, solicitó que se declarase nula la cesión que hizo a la Banca G. y al codemandado señor R. C., porque, consignándose en la escritura que se hacía como *insolutundación*, no podía jurídicamente declararse válida por no ser el último acreedor del cedente, pero como la Sala dec'ara, por el contenido del precitado documento en relación con los demás elementos de prueba, que R. ostentaba la cualidad aludida, puesto que intervino en el contrato a instigación del propio cedente para saldar cuentas que éste tenía pendientes con otro acreedor, a quien los adjudicatarios abonaron la totalidad del precio en que fueron tasados los bienes objeto de la cesión, ratificada por el propio señor P. V., al verifi-carse el pago, no habiéndose impugnado tan capital aseveración por el debido cauce legal, a ella hay que atenerse, y su subsistencia excluye la infracción de los artículos que se citan en el motivo cuarto.

CONSIDERANDO: Que según la legislación vigente en Cataluña, son rescin-dibles por lesión las ventas en que los contratantes hubieren sido perjudi-

cados en más de la mitad del justo precio, a cuyo fin el vendedor tendrá derecho a la rescisión y exigir la devolución de la cosa, restituyendo aquél, a menos que el comprador quiera evitarla abonando la diferencia; y como el fallo de instancia, para desestimar tal acción, se fundó en que no se ejercitó en forma y así se infiere de la declaración cuarta de la súplica de la demanda en la que concretamente se postula que se practique una liquidación justipreciándose los bienes y liquidándose los saldos definitivos a favor de una u otra parte, falta la base para que la rescisión, por tal motivo, pueda prosperar, máxime cuando tales razonamientos no se impugnaron, lo que excusa de entrar en el examen de los aducidos en el fallo sobre la inaplicación de ésta institución a los bienes cedidos.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 MARZO 1949

Civil—arrendamientos urbanos—interpretación del artículo 126 de la L. A. U.—Ley de 7 de mayo de 1942.

El artículo 126 de la L. A. U. consagra un estado de derecho anterior, y por ello es acertado acudir para su interpretación a la Ley de 7 de mayo de 1942, apartado b) del artículo 3, y al Decreto-Ley de 11 de enero de 1946.

ANTECEDENTES.—Los actores, arrendatarios de un local de negocio en Madrid, con contratos anteriores a la publicación de la L. A. U., recibieron meses más tarde a la promulgación de aquélla aumentos superiores al 40 por 100 de la renta que satisfacían. Efectuadas sin resultado gestiones particulares con el dueño de la finca para rectificar aquellas cantidades, demandaron de conciliación al propietario, que, sin comparecer, rectificó las cantidades de más percibidas, que les fué abonando en meses sucesivos.

Meses más tarde, el propietario volvió a girar los recibos con aumento superior a lo establecido por la L. A. U., justificando su posición en haber sido aumentado el líquido imponible de la finca. Los arrendatarios presentaron ante el Juzgado demanda solicitando se declarase la renta justa y legal que los demandantes venían obligados a satisfacer por el arriendo de los locales, dictando el Juez sentencia, de la que apeló el demandado.

MOTIVOS.—Causa tercera del artículo 179 de la L. A. U., por infracción de lo dispuesto en el artículo 126.

CONSIDERANDO: Que el único motivo del presente recurso se funda en la causa tercera del artículo 179 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, injusticia notoria por infracción de precepto legal, por entender el recurrente que la sentencia de instancia, al no dar lugar a la demanda entablada por el propietario de la finca contra los arrendatarios de locales de negocio en ella establecidos, pretendiendo repercutir sobre ellos el aumento de contribución consecuente a la elevación de la renta, por haber-

ejercitado el arrendador la facultad que le otorga el artículo 118 de la Ley, infringe el artículo 126, que permite a los propietarios repartir entre los inquilinos los aumentos contributivos.

CONSIDERANDO: Que en lo tocante al aumento en las rentas que otorga la sentencia recurrida por aplicación de lo dispuesto en el artículo primero del Decreto-Ley de 7 de noviembre de 1947, no habiéndose recurrido de este particular de la misma, no procede su modificación.

CONSIDERANDO: Que por las expresadas razones, el recurso debe ser desestimado, siendo las costas de cuenta del recurrente, conforme a los artículos 164 y 175 de la Ley.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 8 MARZO 1949

Civil—obligaciones—litis expensas—apreciación de su necesidad.

Con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala, el derecho a litis expensas está sometido a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales, que habrán de apreciar la necesidad, naturaleza y extensión del gasto para autorizarlo y graduarlo.

Civil—obligaciones del marido—litis expensas—fundamento.

El fundamento de la obligación de abonar litis expensas arranca de la consideración especial que deben merecer los productos de los bienes de los cónyuges, aun en el supuesto de que el régimen regulador de las relaciones patrimoniales de éstos sea diferente del de gananciales.

ANTECEDENTES.—Como incidente de las diligencias de depósito provisional, la actora demandó a su marido en juicio de alimentos provisionales, fundando su petición en la buena posición económica de su marido y en la falta de medios económicos para desenvolver su vida. El Juez de primera instancia dictó sentencia estimando la demanda de la actora y condenando al demandado al pago de 80.000 pesetas, en concepto de litis expensas, para satisfacer los gastos de los procesos contra aquél, interpuso por diversos conceptos. Apelada dicha sentencia, la Audiencia Territorial revocó en parte la sentencia, condenando tan sólo al demandado a la entrega de 15.000 pesetas, para los mismos fines que se consignan en la demanda del Juez inferior. Interpuesto recurso de casación, se fundó en los siguientes

MOTIVOS.—Amparado en el artículo 1.692 de la L. E. C., número primero, por infracción de las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1897, 29 de abril de 1902, 19 de octubre de 1905, 13 de febrero y 24 de mayo de 1915, 11 de diciembre de 1916, 16 de junio de 1920, 10 de enero de 1925, 2 de julio de 1926, 23 de enero de 1927, 7 de diciembre de 1928, 12 de abril de 1929, 14 de mayo y 16 de noviembre de 1930, 24 de junio de 1933, 8 de marzo de 1933, 12 de julio de 1933, 3 de marzo de 1935, 25 de junio y 3 de julio de 1946.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida contiene, entre otras declaraciones, las siguientes, no impugnadas por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal: A) La actora ha entablado contra su marido querella por amancebamiento, y como incidente de las diligencias de depósito provisional, situación en la que aquélla se encuentra, está en tramitación un juicio de alimentos provisionales. B) La actora no ejerce industria de ninguna clase, no desempeña ocupación retribuida ni obtiene de sus bienes propios cantidades suficientes para costear los litigios pendientes con su marido, quien no sólo retiene la administración de la finca más importante de su cónyuge, sino que, además, ha denegado a ésta autorización para enajenar los bienes propiedad de la misma. C) El demandado—ahora recurrente—disfruta de muy buena posición económica.

CONSIDERANDO: Que sobre estas bases de hecho procede, en primer lugar, tener en cuenta que con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala—sentencias de 27 de marzo de 1914 y 16 de junio de 1920, entre otras—el derecho a litis expensas está sometido a lo que en cada caso resuelvan los Tribunales, que habrán de apreciar la necesidad, naturaleza y extensión del gasto para autorizarlo y graduarlo, siendo oportuno recordar, además, que, como declaró la sentencia de 3 de julio de 1946, el fundamento de la obligación de abonar litis expensas arranca de la consideración especial que deben merecer los productos de los bienes de los cónyuges, aun en el supuesto de que el régimen regulador de las relaciones patrimoniales de éstos sea diferente del de gananciales—situación la indicada que se da en los ahora litigantes—, porque si con aquellos productos ha de atenderse al levantamiento de las cargas del matrimonio no pueden menos de figurar entre tales cargas los gastos originados por los pleitos que la mujer sostenga con su marido, tanto si ejercita contra él las acciones que le corresponden como si ha de defenderse de las dirigidas contra ella; y en el caso del presente recurso, con mayor razón es de aplicar esta doctrina, teniendo en cuenta que según declara, sin impugnación, el fallo de instancia, el recurrente ha denegado a la recurrida autorización para enajenar los bienes pertenecientes a la misma, la cual tampoco puede acogerse al beneficio de pobreza por constituir obstáculo para ello la cuantía de los ingresos de su cónyuge, quien disfruta de excelente posición económica, como afirma —también sin impugnación—el Tribunal sentenciador.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 MARZO 1949

Procesal—competencia—acción personal—contrato de transporte por ferrocarril.

Según doctrina de esta Sala, a partir de la sentencia de 22 de abril de 1947, la Ley de 24 de junio de 1938 y su Reglamento de 28 de diciembre del mismo año regulan exclusivamente la organización y funciona-

miento de las Juntas de Tasas, sin afectar a la competencia territorial de los organismos de la Justicia Municipal, que se decidirá con arreglo a la Ley de 21 de mayo de 1936, por disponerlo así el artículo 2 del Decreto de 24 de enero de 1947, siempre que se trate de cuestión de competencia planteada con anterioridad a la vigencia de la Ley de 17 de julio de 1948, carente de efecto retroactivo según doctrina jurisprudencial reiterada.

Procesal—competencia—acción personal—contrato de transporte por ferrocarril.

Ejercitada una acción personal derivada del contrato de transporte por ferrocarril, sin que exista sumisión expresa ni tácita a determinado Juez, la cuestión de competencia debe decidirse en favor del Juez del domicilio de la entidad demandada, conforme a la Ley de 21 de mayo de 1936.

SENTENCIA 10 MARZO 1949

Civil—contratos—sociedad—características—diferencia con la comunidad de bienes.

Los caracteres que exige el artículo 1.665 del Código civil y la jurisprudencia y que la distingue de la mera comunidad de bienes es el fin de lucro.

Civil—contratos—sociedad—forma de constitución—artículos 1.667 y 1.669 del Código civil.

Los artículos 1.667 y 1.669 no exigen la constitución de la sociedad en escritura pública y formación de inventario bajo pena civil de nulidad más que en el caso de que se aporten a la sociedad bienes inmuebles.

ANTECEDENTES.—En el documento firmado en 3 de noviembre por don R. R. V. y sus hijos se contienen estas dos cláusulas: Primera. Reconocimiento de la propiedad de una finca urbana y de negocios en ella establecidos a favor del padre mientras viviera. Segunda. Determinación de una propiedad indivisa, por partes iguales, en la casa entre los seis hermanos y la explotación, también entre los seis, pero con distintas participaciones variables, según que habiten o no en la casa.

Fallecido don R. R. V., se convino por sus hijos se fijara a la casa una renta, pero con bonificación de un 30 por 100, que debería ser pagada a la cancelación de una hipoteca. La renta no fué pagada; pero al quedar solventada la hipoteca, el hoy demandado, por sí y ante sí, trató de administrar e incluso se apropió de bienes del negocio común. Los demandantes solicitaron la revocación de la administración del demandado y la rendición de cuentas a los demás partícipes, por acuerdo previo de éstos.

Iniciado el proceso, la sentencia de primera instancia es favorable al demandado, sentencia que la Audiencia Territorial revoca en parte, contra la que don R. R. prepara recurso de casación, por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Número primero del artículo 1.692, por infracción de los artículos 1.665 y 392 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida no infringe los artículos 1.667 a 1.669, en relación con el cuarto, todos del Código civil, en el modo que pietende el motivo segundo del recurso, pues no exigen los dos primeros la constitución de la sociedad en escritura pública y formación de inventario, bajo pena civil de nulidad, más que en el caso de que se aporten a la sociedad bienes inmuebles, y esa sentencia declara la existencia de la sociedad sólo para la explotación de los negocios de fabricación de harinas, pastas para sopas y bolsas de papel, sin aportación a la misma de la casa, por la que reconoce que debe pagarse renta, lo que es incompatible con su inclusión en el haber social, y declara acertadamente que debe regirse por las normas relativas a la comunidad de bienes, como dispone el citado artículo 1.669, porque no se ha dado al pacto social la publicidad de su inscripción y no consta que se contratare para la sociedad en nombre de la misma ni de todos sus componentes, no pudiendo ser tomada en cuenta en este recurso la alegación de que no se ha presentado a la liquidación del impuesto de Derechos reales el documento de 3 de diciembre de 1924 por ser una cuestión que se planta ahora por primera vez, lo cual no es lícito según constante jurisprudencia y, además, porque esa falta no aparece de los autos, ya que no ha venido al pleito el documento original, sino inserto en un acta notarial de requerimiento en la que no consta si ha sido transcrita la totalidad del mismo con sus notas o únicamente la parte que interesaba a los efectos de ese requerimiento.

CONSIDERANDO: Que el motivo tercero denuncia un error de hecho en la apreciación de la prueba para el caso de que se estimara cuestión de hecho la existencia de la sociedad y no una cuestión de calificación jurídica impugnable en la forma en que al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil se hace en los dos motivos anteriores; pero como ya se ha tratado en todo el pleito y en este recurso con tal carácter de cuestión jurídica ese problema, no cabe ahora tratar del mismo problema bajo otro aspecto; esto aparte de que no es del documento de 14 de noviembre de 1930 con que se intenta demostrar el error alegado, de donde resulta lo contrario de lo que afirma la Sala sentenciadora sobre la existencia de la sociedad, sino de las inducciones que sobre aquél hace el recurrente, lo cual, según constante jurisprudencia, no es lo que autoriza el número séptimo invocado del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y por todo ello no puede estimarse este motivo.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 MARZO 1949

Civil—dolo incidental y culpa “in contrahendo”: necesidad, para su apreciación, de la existencia previa de un vínculo contractual.

Civil—culpa extracontractual: necesidad de justificar el nexo causal.

Procesal—forma de impugnar en casación la calificación jurídica de un contrato contenido en documento de autenticidad no controvertida.

Tal calificación o valoración jurídica es impugnable por la vía del número 1.^o del art. 1.692 L. E. C., pero no por la del núm. 7.^o, ya que el documento no puede ser considerado como prueba objetiva de sí mismo, esto es, de que sea documento generador de las obligaciones contractuales que se reclaman.

Procesal—formulación de peticiones subsidiarias en casación.

ANTECEDENTES.—La Sociedad I. C. E., que estaba en tratos con don C. D. para la compra por aquélla de una finca propiedad de doña A. D. G., recibió una carta de don C. D. en que le ofrecía formalmente la venta por precio determinado, acompañando otra carta de doña A. D. G. a don C. D. en que manifiestaba sus deseos de vender rápidamente, por el precio en creación, la citada finca. La Sociedad respondió a don C. D., dentro del plazo que se le había marcado, aceptando la oferta y expresando su deseo de que se otorgara rápidamente la oportuna escritura pública. Ante el silencio del vendedor, se le hizo un infructuoso requerimiento notarial; citada a conciliación, doña A. D. G. no compareció, y la Sociedad presentó demanda contra ella. El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda por apreciaciones que se recogen en el primer considerando de la sentencia del T. S. La Sociedad interpuso recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—1.^o Aplicación indebida del art. 1.259 C. c.: no se trataba de que don C. D. pudiese o no representar a doña A. D. G., sino de que había comunicado a la Sociedad una oferta de dicha señora.

2.^o Inaplicación de los arts. 1.254, 1.261, 1.262, 1.278 y 1.450 C. c.: no se concede valor a un contrato que, según el sentido espiritualista del C. c., estaba perfecto.

3.^o Error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de la carta de doña A. D. G., que es documento auténtico al estar reconocida por ésta.

4.^o (Subsidiario de los anteriores.) Inaplicación de los arts. 1.727 y 1.715, e interpretación errónea de los 1.710, 1.713, párrafo 2.^o, y 1.259, párrafo 1.^o, C. c.: no pueden perjudicar a tercero de buena fe las limitaciones del mandato no resultantes de la autorización exhibida al mismo.

5.^o (Subsidiario de los anteriores.) Inaplicación de los arts. 1.270, párrafo 2.^o y 1.962 C. c.: aunque no se estima la existencia del contrato de compraventa, procede la indemnización por dolo incidental, en su defecto, por culpa “in contrahendo”, y a falta de ésta, por culpa extracontractual.

CONSIDERANDO: Que la argumentación del recurrente, un tanto vacilante, como aparece del contenido de los motivos primero y cuarto,

to del recurso, se dirige a demostrar que el texto de la carta de la señora D. G., que en original y fotografía acompañó a la demanda, contiene bien un mandato expreso conferido al señor D. para concertar la venta de la finca aludida en estos autos ó, por lo menos, le otorga la representación de la expresada señora demandada para en su nombre perfeccionar la oferta en venta de dicha finca, con las consecuencias jurídicas en uno u otro caso de vincular en la referida dueña del terreno en cuestión la obligación de consumar el prometido contrato de compraventa del mismo, y haciendo ya supuesto de la real existencia de tales vínculos obligacionales acusa la infracción en un caso del artículo 1.259 del Código civil por aplicación indebida, en otro de los preceptos que cita referentes al mandato, y, en fin, los que regulan la existencia y requisitos del contrato y la perfección del de compraventa, pero al razonar así el recurrente parece no haber tenido en cuenta cómo han de ser tratados en casación, conforme a la doctrina jurisprudencial, las cuestiones referentes a la interpretación, ya que la fundamental en este litigio estriba en la interpretación de la carta referida, que ha sido realizada por el Tribunal "a quo" mediante el examen y valoración jurídica que ha efectuado de tal documento de acuerdo con la resultancia de la prueba y la apreciación de los actos anteriores, coetáneos y posteriores de quienes aparecen interviniendo en este asunto, para deducir la conclusión de que la tal carta no contiene los elementos necesarios para determinar la atribución de un mandato expreso con el fin de realizar la venta discutida ni confiere tampoco a su destinatario representación suficiente para obrar con eficacia en nombre de su autora en un negocio de naturaleza tan especial como la venta de un inmueble y manifiesta que a lo sumo ha de extenderse al texto del referido documento como una mera indicación sustentadora de la figura de mediación y corretaje, que por no implicar ni mandato ni representación no producen ligazón alguna jurídica entre la persona de quien procede y los presuntos aceptantes de la oferta que se les hace, y ante estas afirmaciones de la Sala de instancia que justifican el criterio adoptado no es eficaz la impugnación que efectúa el recurrente y que antes se menciona, haciendo supuesto de la cuestión y pretendiendo sustituir el juicio del Tribunal sentenciador por el suyo propio, sino que debió atacarse a la dicha interpretación utilizando también la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley rituaría civil, puesto que de la valoración jurídica de un documento se trata, y con la invocación de los preceptos sustantivos que establecen las normas de la interpretación de documentos y contratos, y no habiéndose procedido de esta manera no cabe atribuir al Juzgado las infracciones que se acusan y procede la desestimación de los motivos primero, segundo y cuarto del presente recurso.

CONSIDERANDO: Que en el motivo tercero del recurso, que se ampara en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley adjetiva civil, denuncia el recurrente la comisión de error de hecho en la apreciación de la prueba dimanante de la carta autógrafa ya mencionada que la reputa de documento auténtico, y aunque no se discuta su autenticidad por haber sido reconocida plenamente por su autora, no puede ser estimada como tal a

los efectos de la casación porque es precisamente el documento controvertido, y las pruebas efectuadas, en cuya apreciación por el Tribunal sentenciador pudiera haberse incurrido en el aludido error de hecho, fueron encaminadas a fijar la calificación y valoración jurídica que de él hizo el juzgador, valoración que, como anteriormente se afirma, sería impugnable por el número primero del artículo 1.692 citado, pero no por el número séptimo, como se intenta, porque a la tal carta no cabe considerarla como prueba objetiva de sí misma, esto es, de que sea documento generador de las obligaciones contractuales que se reclaman que es lo que ha sido discutido en el pleito y negado por la resolución recurrida, y de estos razonamientos ha de concluirse que por carecer la tan repetida carta de la cualidad de elemento probatorio no ha podido producirse en su apreciación el error de hecho acusado y procede desestimar este tercer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que igualmente ha de rechazarse el motivo quinto y último del recurso, en el que el recurrente, aludiendo a la petición por él deducida en su demanda de ser indemnizado por daños y perjuicios y en lugar de fijar concretamente cuál ha sido la infracción cometida por el Tribunal *a quo* al no acceder a tal petición, relata la conducta de la demandada en este asunto y estima escalonadamente que pudiera haber incurrido en la responsabilidad del dolo incidental a que se refiere el artículo 1.270 del Código civil en su segundo párrafo, o, en otro caso, en la culpa *in contrahendo* o, por lo menos, en la culpa extracontractual aquiliana del artículo 1.902 del mismo cuerpo legal, y aparte de que en la técnica del recurso de casación no es admisible esa falta de precisión en el señalamiento de las infracciones cuyo remedio se pretende, ni cabe tampoco el formular de modo subsidiario peticiones que en los escritos iniciales del pleito tienen ya su adecuado lugar, lo cierto es que habiendo quedado sentado, por la desestimación de los motivos anteriores, que la señora D. G. demandada, ni por sí misma ni por persona intermedia contrajo vínculo alguno obligacional con la Sociedad actora, no puede atribuirse que adquiera responsabilidad por dolo incidental, cuestión que, por cierto, también aparece como nueva en el recurso y por ello ya sería suficiente para ser desestimada, ni tampoco la doctrinal culpa *in contrahendo*, y en cuanto a la culpa extracontractual, no habiendo sido justificada la relación de causa a efecto entre la conducta de la demandada y la producción del daño o perjuicio que se dice ocasionado, es visto que tampoco puede considerarse a aquélla incursa en la prescripción del referido artículo 1.902 del Código civil para deducir la obligación de indemnizar pretendida, en mérito de todo lo cual es inexcusable, como al principio se dice, la desestimación de este último motivo, teniendo presente además que la responsabilidad por culpa extracontractual no fué planteada y debatida en el pleito en la forma que en el recurso se desarrolla.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 MARZO 1949

Civil—obligaciones—extinción.

El mero retraso temporal y justificado no es suficiente para romper el pacto.

Civil—contratos.

La existencia de dificultades para preparar la documentación determinan justo motivo para suspender o retardar su cumplimiento.

Civil—contratos.

Los sucesos ya acaecidos y reconocidos al tiempo de la celebración del contrato carecen de la nota de imprevisibles que exige el artículo 1.105 del Código civil.

Civil—contratos.

No constituye verdadero incumplimiento del contrato por el vendedor el hecho de no haber consignado judicialmente el resto del precio convenido, que puso a disposición del vendedor al comparecer ante Notario.

ANEXO.—Con fecha 27 de diciembre de 1941, se pactó en documento privado la compraventa de nueve fincas rústicas susceptibles principalmente de aprovechamiento forestal, llevando a efecto en el acto una parte del convenio, mediante la posesión de las fincas que el vendedor dió al comprador, a la vez que éste hizo a aquél una primera entrega a cuenta del precio, comprometiéndose a efectuar en febrero siguiente una segunda entrega, que también realizó; se estipuló, además, que el día 30 de abril de 1942 se consumaría el contrato en su parte aplazada, y a tal fin comparecerían ante el Notario, para el otorgamiento de la escritura pública, el comprador provisto del resto del precio y el vendedor con la titulación de las fincas al corriente para que pudieran ser inscritas a nombre del comprador, libres de carga o gravamen. Compareció el comprador en la fecha fijada, exhibiendo al Notario billetes y cheque representativos del resto del precio en la forma convenida; pero no compareció el vendedor ni alegó entonces causa alguna para dejar de hacerlo, por lo que no pudo ser formalizada la venta en escritura pública. Tres meses después, el vendedor entregó en la Notaría designada los títulos de propiedad de las fincas, y en 31 de octubre del mismo año requirió al comprador para que el 3 de noviembre inmediato compareciese a otorgar la escritura, lo que no se efectuó alegando que estaba dispuesto a suscribirla si previamente se fijaba la suma en que habría de ser indemnizado por la falta de otorgamiento en la fecha señalada; haciendo constar asimismo que, al tiempo del requerimiento mencionado, una de las fincas vendidas figuraba inscrita a nombre de tercero y otra aparecía en el Registro de la Propiedad gravada con una hipoteca, una servidumbre y un censo de escaso volumen económico.

Formulada demanda por el vendedor en súplica de que se declarase resuelto el contrato, fué dictada sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número 17, de Madrid, en la que se estimaba la demanda. Interpuesto recurso de casación por el demandado ante la Sala segunda de lo civil de la Audiencia Territorial, se dictó sentencia confirmando la apelada.

Contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, fundado en los números 1.^º y 7.^º del artículo 1.692 de la L. E. C.

MOTIVOS.—Primero. Infracción de ley y de doctrina legal, por violación e interpretación errónea del artículo 1.124 del Código civil, así como violación del 1.105 del propio cuerpo legal, ya que la sentencia recurrida ha declarado resuelto el contrato de compraventa de 27 de diciembre de 1941, por estimar que el recurrente incumplió las obligaciones que con arreglo al mismo le incumbían, en contraste con la conducta observada por el recurrido.

Segundo. Infracción de ley por error de derecho y error de hecho en la apreciación de las pruebas, habiéndose infringido, por el primero, el canon de la prueba contenido en el párrafo primero del artículo 1.232 del Código civil, y resultando el segundo, de documentos y actos auténticos que demuestran la evidente equivocación del juzgador.

Tercero. Infracción de ley por violación e interpretación errónea de los artículos 1.101 y 1.124 del Código civil, y error de derecho en la apreciación de la prueba, pues demostrado que fué el recurrente quien incumplió sus obligaciones contractuales, ha de corresponder al mismo indemnizar al recurrente de los daños y perjuicios que tal incumplimiento le ha ocasionado.

CONSIDERANDO: Que el deber de fidelidad o de acatamiento a la palabra dada, que informa el principio fundamental en contratación *pacta sunt servanda* y late concretamente en el artículo 1.124 del Código civil, en cuanto supone implícita en las obligaciones reciprocas la facultad de resolverlas si uno de los obligados no cumpliero lo que le incumbe, ha dado ocasión a reiteradas declaraciones de esta Sala con marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual en tanto no se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo pactado, o un hecho no imputable al deudor, que de modo absoluto y definitivo impida el cumplimiento de la relación contractual, de tal suerte que, en principio y a salvo los negocios a fecha fija en los que la prestación tardía no rinde la finalidad perseguida, el mero retraso temporal y justificado, compatible con el designio de cumplir lo prometido, no es suficiente para romper el pacto, ni puede romperlo el contratante que primeramente abandona su recíproca prestación, como no sea por causa determinante en el aspecto jurídico de caso fortuito o fuerza mayor con efectos restrictivos y no completamente suspensivos.

CONSIDERANDO: Que la aplicación de la aludida doctrina jurisprudencial a los hechos que quedan expuestos lleva lisa y claramente a la estimación del primer motivo del recurso que denuncia la infracción de los artículos 1.124 y 1.105 del Código civil y de la doctrina legal que cita, al dar paso la sentencia recurrida a la acción resolutoria ejercitada, pues, en efecto, no ofrece duda que el vendedor fué quien primeramente incumplió lo convenido, tanto porque a su debido tiempo no preparó la titulación de una de las fincas, que, aunque le pertenecía, estaba inscrita a nombre de tercero, ni canceló respecto de otras las cargas vivas en el Registro, como porque, principalmente, faltó al compromiso contraído de comparecer en la Notaría para otorgar en la fecha convenida la escritura de venta, y

aunque la Sala de instancia considera justificada la incomparecencia del vendedor por dificultades de preparación de los títulos a causa de la desaparición de un archivo durante la guerra civil y a causa también de no estar inscrito a su nombre uno de los predios vendidos, es de tener en cuenta: Primero, que tales causas de pretendida justificación no son jurídicamente constitutivas de fuerza mayor en su modalidad estrictiva de la obligación contraída, por la sencilla razón de que los sucesos de guerra civil y desaparición del archivo ya habían acaecido y eran reconocidos por el vendedor al tiempo de la celebración del contrato, carentes, por lo tanto, de la nota de imprevisibles que exige el artículo 1.105 del Código civil para eximir de las responsabilidades de otorgar la escritura de venta; y segundo, que dificultad no es imposibilidad, y si efectivamente hubieran surgido dificultades para preparar la documentación, determinarían justificativo para suspender o retardar el cumplimiento del contrato y para enervar la acción resolutoria si fuera ejercitada por el comprador, pero no habilitan o legitiman al vendedor que ha incumplido para optar por la disolución del vínculo contractual, pues frente a él se alzaría la *exceptio non adimpleti contractus*, implícita en el intercambio de prestaciones del convenio bilateral.

.....

CONSIDERANDO: Que no constituye verdadero incumplimiento del contrato por el comprador el hecho de no haber consignado judicialmente el resto del precio que puso a disposición del vendedor al comparecer ante Notario el 30 de abril de 1942, pues el ofrecimiento real de la prestación simultánea en la fecha convenida acredita suficientemente la correcta actitud de quien coopera con lo que a él le incumbe para que el contrato se cumpla, y no es precisa la consignación judicial del precio ofrecido en casos como el de autos, en que no se persigue la finalidad liberatoria o extintiva de la deuda por el pago de la misma, caso en que al ofrecimiento habría de seguir la consignación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.180 y concordantes del Código civil.

CONSIDERANDO: Que estimado el primer motivo del recurso, conducente a la casación de la sentencia recurrida en lo referente a la acción resolutoria y obligación accesoria de indemnización de daños y perjuicios ejercitada por el demandante, no es preciso entrar en el examen del segundo motivo, articulado con igual finalidad que el primero.

CONSIDERANDO: Que no es viable el tercero y último motivo del recurso, encaminado a combatir el pronunciamiento absolutorio de daños y perjuicios dimanantes de resolución administrativa que impuso sanciones por cortes abusivos de madera en las fincas vendidas, pues ni tales sanciones son constitutivas de daños y perjuicios indemnizables, ni cabe imputárselas al demandante-vendedor por el mero hecho de haber denunciado, sin faltar a la verdad, la corte abusiva, por lo que no ha incurrido en culpa contractual ni extracontractual que, en su caso, pudiera originar la indemnización que el comprador reclama al vendedor.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 11 MARZO 1949

Procesal—presunción de cosa juzgada por existir jurídicamente identidad de personas, aunque no sean físicamente las mismas las que litiguen en los dos pleitos, cuando la que litiga en el segundo ejerce la misma acción, invoca iguales fundamentos y se apoya en los mismos títulos.

ANTECEDENTES.—Don A. B. S. otorgó testamento el 24 de agosto de 1867, instituyendo heredero universal de todos sus bienes y derechos—una vez deducida la legítima correspondiente a cinco de sus hijos—a su otro hijo D. J., pero sujetando dicha institución a una sustitución hereditaria a favor de los hijos del heredero, y si éste premuere sin hijos ni descendientes legítimos ni naturales, a los otros hijos del causante y hermanos del heredero; pero no haciéndolo a todos juntos, sino primeramente el uno y después el otro, prefiriendo los varones a las hembras y observando orden de primogenitura.

Fallece el testador, así como también su hijo y heredero sin haber dejado descendencia, y todos sus hermanos, a excepción de la actora, que por dichas circunstancias suplica le sean entregados los bienes de su difunto padre, que se encuentran en poder de la demandada doña M. B., esposa de su hermano D. J.

La demandada se opuso, alegando que, con fecha 6 de mayo de 1921, D. F. B., hermano de la demandante, dedujo demanda contra la misma y sobre el mismo objeto, que culminó en sentencia del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1929, en la que se rechazó, por considerar la referida sustitución con el carácter y naturaleza de vulgar, porque para su efectividad era necesario que el heredero premuriese al testador; por lo que resulta que la demanda de la actora era una reproducción de ésta, siendo indiscutible la excepción de cosa juzgada.

El Juez de Primera Instancia de La Bisbal dictó sentencia, declarando que la acción ejercitada por la actora fué debidamente resuelta en sus propios términos por la sentencia del Tribunal Supremo, e imponiendo a ésta las costas.

Apelada dicha sentencia ante la Audiencia Territorial de Barcelona, la Sala de lo Civil la confirmó, excepto en las costas, no haciendo especial declaración sobre las producidas en segunda instancia.

Contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en el número 1 del artículo 1.692 de la L. E. C.

MOTIVO ÚNICO. Infracción del párrafo primero del artículo 1.252 del Código civil y de la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en las sentencias de 7 de junio de 1934 y 6 de febrero de 1896; ya que no hay ni puede haber base para configurar "la perfecta identidad" entre la persona que demandó en el pleito resuelto en el año 1929 y la persona actualmente demandante, que es física y jurídicamente distinta, puesto que no es causahabiente de la anterior.

CONSIDERANDO: Que de las tres identidades de personas, cosas y causas que exige el artículo 1.252 del Código civil como requisitos concurrentes para que pueda estimarse la presunción de cosa juzgada, esencia de la excepción que viene discutiéndose en este procedimiento, la única cuya existencia se discute en este recurso de casación como fundamento del motivo formulado, es la de identidad de las personas de los demandantes por no haber sido parte en el pleito en que se dictó la

sentencia de 6 de diciembre de 1929, base de la excepción alegada por la actora del actual.

CONSIDERANDO: Que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, en sentencias de 15 de junio de 1899, 10 de diciembre de 1926 y 19 de junio de 1928, entre otras, interpretando los tres párrafos del citado artículo 1.252, ha declarado que existe jurídicamente identidad de personas, aunque no sean físicamente las mismas las que litiguen en los dos pleitos, cuando la que litiga en el segundo pleito ejerce la misma acción, invoca iguales fundamentos y se apoya en los mismos títulos que en el primero, pues ello implica la solidaridad jurídica entre los demandantes a que se refiere el artículo 1.252, como ocurre en el caso actual y el fallado en la sentencia de 6 de diciembre de 1929, en los que solicita que se declare herederas de don A. B. a las respectivas partes demandantes, sustituta la una de la otra en virtud de la misma sustitución entre los hijos que estableció en su testamento de 24 de agosto de 1879, y se dirige en ambos pleitos la acción con iguales fundamentos contra la viuda y heredera testamentaria de don J. S. C., instituido heredero en primer lugar por el padre testador.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 11 MARZO 1949

Procesal—competencia—acción personal—domicilio de la mujer—accesoriedad.

Si se probase en el pleito que la mujer ejercía el comercio con autorización del marido y en cuanto a éste se le demanda no como obligado directa y personalmente, sino como administrador de la sociedad de gananciales en cuanto los bienes de ésta pudieran responder de la obligación atribuida a la mujer, y teniendo en cuenta que demandados, por tanto, con distinta personalidad, y siendo M. lugar de residencia habitual de la mujer, sin oposición alegada del marido, ejercitándose, por otra parte, la acción contra éste como accesoria de la otra, es competente el Juzgado de M. por elección del demandante, autorizada por la regla primera del artículo 62 de la L. E. C.

SENTENCIA 12 MARZO 1949

Civil—capacidad de la mujer casada—representación por el marido—necesidad del concurso de la mujer para que el marido pueda disponer de los bienes de aquélla—formas de autorizarle.

El marido no puede contratar por sí solo sobre los bienes propios de la mujer sin la voluntad expresa de ésta, revelada por su concurrencia

al contrato, su autorización anteriormente conferida o su ratificación posterior.

ANTECEDENTES.—El demandado vendió una finca al demandante en documento privado calificado por ellos de "contrato provisional para elevarlo a escritura pública", siéndole entregadas 1.500 pesetas de las 40.000 que se fijaron como precio en concepto de "señal y parte de pago". Posteriormente, aquél pretendió apartarse del contrato devolviendo dobladas las arras, y el demandante, negándose, solicitó la elevación a escritura pública del documento privado. El Juzgado desestimó la demanda, pero su sentencia fué revocada por la Audiencia. Se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—1.^º Infracción de los artículos 1.261, en su número 1.^º, y 1.259 del C. c. En cuanto al primero, porque falta el consentimiento de la esposa del comprador para quien se realizaba la compra, y el segundo porque no tenía tampoco la representación de ésta y se hizo la revocación por el vendedor antes de que recayese su ratificación. Además, hay aplicación indebida del artículo 1.263 porque no tiene relación con el recurso, sin que exista, por otra parte, un precepto que anule la capacidad de la mujer para que la absorba el marido.

2.^º Infracción por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 60 y 61 del C. c., porque aquél se refiere sólo a los actos judiciales y el segundo entraña una simple limitación a la facultad de contratar que sin duda alguna corresponde a la mujer.

3.^º Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

CONSIDERANDO: Que la sentencia recurrida para declarar la validez y vigencia del contrato discutido afirma que éste reúne los elementos esenciales que requiere el artículo 261 del Código civil porque el consentimiento de la compradora estaba representado por su marido, pero no hace esta aseveración porque aparezca del pleito que tal representación le hubiera sido conferida para el otorgamiento de la compraventa, lo que hubiera sido una cuestión de hecho resultante de la apreciación de las pruebas, ya propia de las facultades soberanas del Tribunal de instancia en ese respecto, sino que deriva la existencia de tal representación únicamente del concepto jurídico consignado en su considerando tercero, impugnable en la forma que lo hace el recurrente de que el marido es *siempre* el representante legal de su mujer y que sus dos personalidades se refunden en una sola, asimilando este caso en el considerando segundo al del menor de edad, lo cual no es exacto, pues la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente en las sentencias de 2 de abril de 1929 y 26 de octubre de 1948 desenvolviendo los principios de los artículos 60 y 61 del Código civil, sientan la doctrina de que aquella representación la tiene el marido para comparecer en juicio por la mujer, excepto determinados casos, sin necesidad de su anuencia, pero no para contratar, pues para esto no tiene defecto de capacidad la mujer casada mayor de edad, sino que con el fin de conservar el orden y unidad de dirección necesarios en la familia, para los contratos que otorgue la mujer sobre sus bienes propios es precisa solamente la autorización marital, con lo cual no se fundan sus personalidades, y por ello el marido no puede por sí solo contratar sobre los bienes propios de la mujer sin la voluntad expresa de ésta

revelada por su concurrencia al contrato, su autorización anteriormente conferida o su ratificación posterior, de lo cual se deduce que sin esa anuencia manifestada para cada contrato determinado, salvo si se hubiera otorgado expresamente por poder general para representación, cuando el marido contrata para su mujer como en la ocasión de autos, y lo mismo si vende bienes propios de su esposa, se está en el caso del artículo 1.259 del Código civil por faltar el consentimiento de ella hasta que lo manifieste con su ratificación, pero ha de ser otorgado, como prescribe este último artículo, antes de que la otra parte contratante lo revoque, como ocurrió con el contrato de 12 de febrero de 1940, cuya ratificación no manifestó la compradora hasta que en 6 de mayo de 1940 se hace saber notarialmente a los dos cónyuges demandantes y aparentes compradores por el vendedor demandado que dejaba sin efecto el contrato, que no había sido ratificado por la persona en cuya representación se concertó, por todo lo cual deben ser estimados los motivos primero y segundo del recurso.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 15 MARZO 1949

Civil—transacción—determinación de su objeto.

Ha de hacerse clara y concretamente en sus estipulaciones.

Procesal—base para la casación: artículo 1.248.

Procesal—prueba—documentos—apreciación—confesión.

Procesal—prueba—error de hecho en la apreciación—requisitos para la casación.

ANTECEDENTES.—Demandante y demandado tenían concertado el arrendamiento de una extensa finca. Posteriormente se celebran nuevos tratos entre las partes, de los que surgió, según el demandante, una transacción originadora de la obligación que incumplió el demandado de dar participación a aquél en la explotación de todas sus fincas, mientras que según este último aquellos convenios, concretados en una carta-contrato, no tenían más objeto que novar el arrendamiento, de total en parcial. Así lo estimaron también el Juzgado y la Audiencia, y se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—I.^o A) Infracción por aplicación errónea de los artículos 1.281, 1.282, 1.283, 1.284, 1.285, 1.286, 1.288, 1.289 del Código civil, 1.262, 1.261, 1.264 del propio cuerpo legal. Y por interpretación errónea del artículo 1.209, pues en la interpretación debe prevalecer la intención sobre las palabras y han de ser tenidos en cuenta los hechos que rodean al contrato, de los que se deduce que en el de transacción que se celebró se generaban obligaciones a cargo del demandado.

B) Infracción de los artículos 1.262, 1.271, 1.274 y 1.309 del Código

civil por interpretación errónea, ya que el consentimiento del demandado no limitó la oferta del recurrente relativa a todas las fincas, ni puede decirse que el objeto del contrato fué la finca arrendada, sino el total complejo de derechos y obligaciones que dimanaron del mismo y la causa la constitúa "todo el contenido intencional determinante del contenido físico del objeto".

2.^o Violación del 1.124 del Código civil, corolario del 1.^o, consecuencia de haberse interpretado mal el contrato, pues es evidente que de él derivan obligaciones recíprocas.

Error de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba infringiendo los artículos 1.225, 1.232 y 1.248 del Código civil.

CONSIDERANDO: Que de las alegaciones que se hacen en el primer motivo del recurso—por pretendido error en la interpretación de los artículos 1.281 al 1.289 del Código civil—no se infiere que el Tribunal sentenciador haya incurrido en él al establecer la inteligencia y alcance de la frase consignada en el preámbulo de la carta-contrato en que el actor fundamenta su acción resolutoria; en primer lugar, porque el recurrente, para defender su tesis, se apoya en hechos no afirmados por la sentencia recurrida, o distintos de los que sirvieron a ésta de base para la interpretación; en segundo término, porque calificado el convenio litigioso, por el actor, de transacción, para que el objeto del mismo lo fuera la pretendida obligación sería preciso que se hubiera determinado, clara y concretamente, en sus estipulaciones, conforme estatuye el artículo 1.815 del Código civil—que es en este caso norma complementaria de interpretación—en vez de consignarse en las palabras preliminares del documento, con tal falta de claridad e imprecisión que fuese imposible inducir de ellas, como acertadamente afirma la Sala sentenciadora, la existencia del vínculo contractual; máxime cuando tal oscuridad no debe favorecer al actor porque, según la Sala, fué éste quien presentó el documento al demandado para su aceptación; y, en definitiva, porque dada la trascendencia económica y jurídica de tal estipulación, si no se reguló en las diversas cláusulas del documento, con el detalle establecido para la novación del arriendo total en parcial, es porque el objeto único del contrato no era otro que esta transformación, y la causa, para el recurrente, la continuidad en el disfrute de una parte considerable de la finca, ante el posible riesgo de que fuera judicialmente resuelto el arrendamiento en su totalidad; y, por consiguiente, al afirmar el fallo recurrido que tal locución no podía tener otro alcance que el de un ruego, o mero deseo, sin fuerza vinculante para el demandado, ni incidió en la falsa interpretación que se le imputa ni infringió tampoco los preceptos relativos a los requisitos esenciales de los contratos que son, por lo expuesto, inadecuados a los fines de la casación.

CONSIDERANDO: Que, asimismo, debe estimarse el motivo tercero en cuanto se funda en el error de hecho cometido por el juzgador en la apreciación de la prueba; porque si ésta ha de consistir, según notoria doctrina legal, en que la Sala afirme la existencia de uno elemental de prueba que sea base de la sentencia, y que por un documento auténtico, que obra en los autos, se evidencia la equivocación en ella padecida, mal puede demostrar

trarse el error cuando el único documento aducido es el propio contrato litigioso, cuyos términos y contenido no niega la Sala, sino que interpretándolos, en combinación con los demás medios de prueba, declara, como queda apuntado en el párrafo precedente, que de ellos no cabe colegir la existencia de la supuesta obligación.

CONSIDERANDO: Que también procede desestimar este motivo en cuanto se basa en el error de derecho; porque ni el artículo 1.248, por naturaleza, puede servir para la casación, ni infringe el 1.225 la sentencia que, sin desconocer la manifestación hecha en un documento, estima que de él no se deriva la prestación que se pretende; ni tampoco el artículo 1.232 cuando el Tribunal, para aquilatar la eficacia de la confesión, la valora combinando con otros elementos, entre ellos la testifical de su exclusiva apreciación, ya que, en tal caso, no es posible desarticularla para sustituir con el criterio particular del recurrente el juicio formado por el juzgador; máxime cuando, como aquí acontece, en ninguna de las posiciones absueltas por el recurrido confesó éste que hubiera contraído el compromiso de asociar al demandante para la explotación de esas fincas rústicas en la extensión y forma por éste pretendidas.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 17 MARZO 1949

Mercantil—contrato de seguro en la Zona del Protectorado de Marruecos: la póliza como ley fundamental del contrato—su interpretación—obligaciones del asegurado: pago de primas atrasadas.

Atendida la naturaleza aleatoria del contrato de seguro, si el asegurado quebranta el equilibrio del contrato en cuanto deja de pagar la prima, provoca como reciproco efecto, aun subsistente el vínculo contractual, si tal fué el sentido en que se decidió la opción legal (art. 389 del Código de Comercio), la inhibición por parte del asegurador en el cumplimiento de la obligación indemnizadora, y tal inhibición durará hasta que por haber el asegurado satisfecho sus descubiertos se establezca la normalidad en el reciproco concurso de las pactadas obligaciones.

ANTECEDENTES.—Un contrato de seguro, celebrado en Tetuán entre S. E. H. y la Sociedad L. C., establecía en una de sus cláusulas que, al no pagarse por S. E. H. alguna prima en el plazo convenido, quedaría en suspenso el contrato, pudiendo la Sociedad rescindirlo o mantenerlo; el seguro no recobraría su fuerza hasta doce horas después de pagadas las primas vencidas y demás cantidades debidas. Dejada de pagar una de las primas, la Compañía la reclamó pasado cierto tiempo; pero S. E. H. pretendió que, pagándola, asumiese la Compañía los riesgos durante un año, a partir de aquel momento. La Sociedad se negó e interpuso demanda reclamando lo adeudado. El Juzgado de Primera instancia condenó al pago de la prima correspondiente a un año anticipado, a partir del

pago. La Audiencia condenó al pago de la prima correspondiente al año ya transcurrido, en que había estado en suspenso el contrato, S. E. H. interpuso recurso de casación fundado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO.—Único. Violación por interpretación errónea y falta de aplicación de los artículos 1.255 del Código civil y 50 del Código de comercio, por interpretación errónea de los 1.281 a 1.286 del Código civil y 1.152 del mismo y 389 del Código de comercio, y por falta de aplicación del 1.091 del Código civil, así como de los artículos de los Códigos de comercio y de Obligaciones y contratos de la Zona, correspondientes a todos los citados. Y error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción de los artículos 1.225 y 1.228 del Código civil (103 y 106 Cód. Obl. y Contr.). La suspensión de los efectos del seguro se refiere a ambas partes, y no hay, por tanto, obligación de pagar la prima correspondiente a un tiempo en que la Compañía no soportó ningún riesgo.

CONSIDERANDO: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 759 del Código de Obligaciones y Contratos de la Zona del Protectorado, el contrato mercantil de seguros se regirá por los preceptos del Código de comercio vigente en España y, en su consecuencia, a tenor de lo que previenen los artículos 382, 383 y 385 de este último cuerpo legal, los contratantes habrán de hacer constar por escrito en un documento, generalmente la póliza, los datos y condiciones que específicamente determina la ley para configurar el contrato de seguro y, además, pueden establecer los pactos que estimen convenientes para el desarrollo, efectividad y cumplimiento de las normas contractuales, con la natural limitación de que tales pactos sean lícitos, esto es, no contrarios a la ley, la moral y el orden público, según la prescripción general del artículo 1.255 del Código civil español, aplicable en virtud de lo que dispone el artículo 50 del Código de comercio y en perfecta concordancia con el artículo 47 del Código de comercio de la Zona, en relación con el 213 del Código de Obligaciones y Contratos, también de la Zona del Protectorado, con lo cual se hace patente que en el contrato de seguro el contenido de la póliza es la ley fundamental que regula las obligaciones contractuales de las partes, y a ella hay que atenerse cuando se trata de examinar el alcance y cumplimiento de lo libremente convenido.

CONSIDERANDO: Que en el pleito origen de este recurso el demandado, hoy recurrente, reconoce la existencia del contrato de seguro y las estipulaciones contenidas en la póliza número 30.294, firmada en 5 de marzo de 1941 por la Sociedad de Seguros L. C. y el demandado, y también la falta de pago de una prima anual a que estaba obligado, pero funda su discrepancia con la reclamación de la Sociedad actora en la interpretación que estima debe darse a la cláusula quinta de las de la póliza, especialmente al contenido de los párrafos cuarto, sexto, séptimo y octavo de aquélla, que rigen las consecuencias que para ambos contratantes y para el desarrollo del contrato tiene la falta de pago por el asegurado de una de las primas anuales establecidas, y este problema de interpretación pretende resolverlo saliéndose fuera del ámbito de lo concretamente pactado y buscando el remedio en los principios generales de la contratación en cuanto

a reciprocidad de obligaciones y a la necesaria equivalencia de las prestaciones cuando de convenciones bilaterales se trata; pero lo erróneo de tal proceder aparece de modo notorio si se tiene presente que haciendo aplicación de lo expuesto en el considerando que antecede, la póliza es la ley del contrato para ambas partes, a las que obliga la fidelidad a lo pactado, y la interpretación de sus cláusulas ha de realizarse no solamente con el móvil y espíritu de buena fe y sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras escritas, como previenen, coincidentemente, los artículos 57 del Código de comercio español y 53 del de la Zona, sino dentro de los términos del mismo contrato a la luz de las prescripciones normativas establecidas por la ley, que se contienen igualmente en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil que en los 249 al 257 del Código de Obligaciones de la Zona, de las que como principal aparece la de que si 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.

CONSIDERANDO: Que no solamente los términos en que se halla redactada la repetida cláusula quinta de la póliza del contrato de seguros contra incendios a que se refiere este litigio son claros y precisos de forma que en el aspecto gramatical no quepa duda alguna respecto del significado que sus palabras expresan, sino que los conceptos lógicos que dicha cláusula contiene guardan tal conformidad con las directrices que encuadran el contrato de seguro que no pueden ser interpretadas de forma distinta a la que ha efectuado el Tribunal *a quo*, porque, en primer lugar, es dicha cláusula una reproducción del artículo 389 del Código de comercio español en cuanto establece en favor del asegurado, caso de impago por el asegurado de la prima parcial correspondiente, una opción para dar por resuelto el contrato o, mantenido éste, exigir ejecutivamente la prima impagada, y, en segundo lugar, porque la suspensión por parte del asegurado de su obligación de cubrir el riesgo objeto del seguro, en tanto que esté incumplida por el asegurado la suya de pagar la prima parcial correspondiente a cada período de los en que fué dividida la duración del contrato, además de haber sido libremente pactada y, por tanto, merecer el obligado respecto a lo convenido, se halla consignada, sin que pueda ser tachada de ilícita, a modo de cláusula penal *sui generis* en este tipo de contratos, porque no reviste la forma económica que generalmente se atribuye a esta clase de sanciones contractuales, sino que atendida la naturaleza aleatoria del contrato de seguro en el que a la obligación firme y permanente del asegurado de satisfacer en su momento el importe de cada una de las primas parciales en que a lo largo de la duración del contrato se dividió la prestación económica total que fué establecida a su cargo, corresponde la eventual obligación del asegurador de indemnizar el siniestro al ocurrir éste, y si el asegurado quebranta el equilibrio del contrato en cuanto deja de pagar la prima que cubre el riesgo posible durante el período de tiempo a que la mencionada prima se refiere, provoca, como recíproco efecto, aun subsistente el vínculo contractual, si tal fué el sentido en que se decidió la opción legal, la inhibición por parte del asegurador en el cumplimiento

de la obligación indemnizadora que contrajo si el siniestro llegase a acaecer, por ser el pago de cada prima parcial condición previa a la actuación convenida del asegurador en el tiempo que la prima cubre, y aquella inhibición durará hasta que por haber el asegurado satisfecho sus descubiertos se establezca la normalidad en el recíproco concurso de las pactadas obligaciones, y puesto que el asegurado produjo con su impago el desequilibrio aludido debe resultar este en perjuicio suyo, y la suspensión temporal de la eficacia del contrato es la sanción civil que contractualmente se le impuso y aceptó, y habiéndose ajustado el Tribunal de instancia a esta doctrina en la resolución recurrida no ha cometido las infracciones que en el único motivo formulado se le atribuyen y procede desestimarle, y con él, el recurso interpuesto.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 21 MARZO 1949

Procesal—desestimación de la prueba en segunda instancia, cuando, habiendo podido hacerlo, no se solicitó en la primera.

ANTECEDENTES.—La actora dedujo demanda sobre nulidad de préstamo usurario, alegando que el demandado la obligó a confesar, para entregarla 50.000 pesetas que en presencia notarial recibió, de haber recibido con anterioridad del mismo la suma de 150.000 pesetas, fijando, por lo tanto y definitivamente, la cuantía del préstamo en dicha cantidad, a pesar de que la demandante no las había recibido, siendo completamente usuraria la escritura y el préstamo que en la misma se consignó, y cuya nulidad se pedía.

El demandado se opuso, afirmando que esa deuda de 150.000 pesetas obedecía a la liquidación de cuentas practicada por la actora con el demandado, que canceló, sin recibir la totalidad del precio, varias hipotecas constituidas a su favor sobre una finca propiedad de aquélla llamada "La Laguna", la cual había sido enajenada por la demandante, libre de cargas, a D. J. M., reservándose este comprador el precio de la venta para liberación de los gravámenes que pesaban sobre la misma.

El Juez de primera instancia núm. 2 de Madrid dictó sentencia declarando nulo por usurario el citado préstamo, y, como consecuencia, la cantidad que debía abonar la actora era la de 50.000 pesetas.

Apelada la sentencia ante la A. T. de Madrid, por el demandado, solicitó el recibimiento a prueba, que le fué denegado; dictándose sentencia confirmando la apelada.

Contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación por quibantamiento de forma, fundado en el núm. 3.^o del artículo 1.693 de la L. E. C.

MOTIVO ÚNICO.—Infracción del núm. 2 del art. 862 de la L. E. C., al denegar el recibimiento a prueba del pleito en segunda instancia, que fué propuesto por el recurrente y admitido en primera instancia, no habiéndose podido llevar a cabo en su integridad por causas no imputables.

CONSIDERANDO.—Que el recurrente fundamenta su argumentación en el único motivo de su recurso, que ampara en el número 3.^o del artícu-

lo 1.693 de la Ley procesal civil en que el recibimiento a prueba que solicitó y le negó la Sala de instancia es parte de la que fué oportunamente pedida ante el Juzgado, admitida por éste y realizada con tal premura de tiempo que no pudo efectuarse con la extensión que a la parte interesaba, pero examinados los autos, de ellos aparece que la prueba en cuestión, propuesta por el demandado en su escrito de 10 de diciembre de 1945, apartado segundo, se contras concretamente a cuatro extremos determinados con precisión y designados, respectivamente, con las letras *a), b), c) y d)*, y en ninguno de ellos, singularmente en el último por el que se solicita testimonio o certificación del *asiento de inscripción del dominio de la finca de referencia a favor de don J. M. O.*, figura como pedido ni expresa ni implícitamente el particular referente al momento y forma en que recibió la actora la parte de precio aplazada que retuvo en su poder el comprador de la finca en cuestión para la liberación de cargas, que es lo que en la segunda instancia se pidió, y por ello es lógico que en la certificación del Registro, qué por separado y muy concretamente se refiere a los dichos cuatro extremos, no se hiciese mención de aquél, ni se pueda acusar su omisión, porque no fué solicitado, y así lo debió considerar entonces la parte hoy recurrente, ya que al comentar en su escrito de conclusiones el contenido de la certificación aludida no hizo mención alguna de la deficiencia que pretendió acusar y enmendar en la segunda instancia y hoy constituye el objeto del recurso, por lo que dirigiéndose la petición de recibimiento a prueba en el trámite de apelación a justificar un extremo que no se solicitó en la prueba de primera instancia, habiendo podido hacerlo, se está fuera de la prescripción del número 2.^º del artículo 862 de la Ley rituaria que se supone infringido, y el Tribunal "a quo" procedió con sujeción a la Ley al desestimar la petición formulada y procede rechazar el recurso interpuesto.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 23 MARZO 1949

Civil—mandato—responsabilidad del mandatario.

Civil—principios generales del Derecho: nadie puede ir contra sus propios actos.

ANTECEDENTES.—Los hermanos B. adquirieron, como mandatarios de varios industriales, una partida de cerdos, que fueron repartidos entre éstos, y, como dejaren sin pagar parte del precio, el vendedor presentó demanda solicitando que se les condenase, juntamente con los hermanos B., al pago de dicha cantidad, lo que fué concedido, confirmándose la sentencia en apelación. Se interpuso recurso de casación, fundado, entre otros, en los siguientes

MOTIVOS.—Segundo. Error de hecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.445 del Código civil, pues el vendedor fué sola-

mente un agente mediador del verdadero propietario, y por ello no puede reclamar en nombre propio.

Cuarto. Violación, por aplicación indebida, de los artículos 1.137 y 1.138 del Código civil, por haber condenado al pago, solidariamente, a los hermanos B. y a los verdaderos compradores.

CONSIDERANDO: Que, por error de hecho en la apreciación de la prueba, denuncia el segundo motivo del recurso, que el demandante no intervino en la compraventa de cerdos en concepto de dueño de los mismos, como afirma la sentencia recurrida, sino en el de mero gestor o comisionista de un tercero que es a quien pertenecían, por lo que, en el aspecto jurídico y a juicio del recurrente, hay falta de acción al reclamar en el pleito en concepto de dueño el precio de la venta; pero es de tener en cuenta, por lo que atañe a la *quaestio facti*, que no se demuestra el error denunciado en la forma que exige el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, puesto que ni en la demanda, ni en el contrato de compraventa, ni en el de aprovechamiento de la montanera, invocados en este motivo, se dice que los cerdos vendidos perteneciesen a un tercero, ni las guías de sanidad y de circulación, también invocados, son documentos auténticos que por sí solos justifiquen, a efectos de casación, el derecho de propiedad, aparte de que en la sentencia de instancia se atribuye al demandante el carácter de dueño de lo vendido por haberlo reconocido así los demandados en múltiples declaraciones de voluntad que no son objeto de impugnación en el recurso y conducen a la apreciación jurídica de que no pueden ir ahora contra sus propios actos, por lo que procede desestimar dicho motivo segundo.

CONSIDERANDO: Que tanto en los hechos segundo al séptimo de la demanda, como en los considerandos primero y quinto de la sentencia recurrida, se parte del supuesto de que los hermanos B., demandados, no fueron en realidad los adquirentes como compradores del ganado vendido, sino meros intermediarios que actuaron de acuerdo con el vendedor demandante en la venta de seiscientos cerdos para los otros tres demandados, don V. O., don G. P. y los herederos de don J. O., con asignación independiente e individualizada de un determinado número de reses a cada uno, y de estos hechos surge llanamente la apreciación de que la relación jurídica dominante de la compraventa se estableció entre el actor y los tres aludidos demandados, realmente compradores e individualmente obligados a pagar el precio de lo que cada uno de ellos compró, sin que, por lo tanto, exista base alguna de hecho ni de derecho para establecer el vínculo de mancomunidad o de solidaridad en el pago del precio, por no existir pluralidad de sujetos deudores de una misma obligación, ya que los hermanos B., mandatarios o comisionistas de los otros tres demandados, en nombre de los cuales actuaron con la conformidad del vendedor, no responden del pago del precio, a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.709 y 1.717 del Código civil, con referencia a los mandatarios, y los artículos 246 y 247 del Código de Comercio respecto de los comisionistas, y como quiera que en el fundamento jurídico de la sentencia de primera instancia, aceptado en la recurrida, se estima que los hermanos B. responden mancomunada y soli-

dariamente de la parte del precio pendiente de pago, y éste constituye la razón única de la condena que se le impuso en el fallo, siquiera en él no se repita el concepto de mancomunidad y solidaridad, es visto que la sentencia de instancia infringe, por indebida aplicación, los artículos 1.137 y 1.188 del Código civil, tal como se denuncia en el cuarto motivo del recurso, lo que determina la casación del fallo recurrido, sin necesidad de examinar el motivo primero por haber sido abandonado en el acto de la vista.

FALLO.—Ha lugar. Se revocó, en parte, la sentencia recurrida, absolviéndose a los hermanos B. de la demanda.

SENTENCIA 23 MARZO 1949

Civil—arrendamientos urbanos—retracto—qué clase de prueba requiere.

No requiere una prueba incontrovertible, sino, como dice la ley, alguna justificación, aunque no sea cumplida.

Significado de la venta del piso como libre.

No quiere decir que no estuviera arrendado, sino faltó de cargas o gravámenes.

Civil—arrendamientos urbanos—requisitos formales—cuál es la forma corriente y usual de celebrarlos—apreciación de la prueba de existencia del contrato.

ANTECEDENTES.—La recurrente compró un piso en escritura pública “a base de libre”, del que el demandante tenía arrendadas cuatro habitaciones al vendedor por contrato celebrado en documento privado. El demandante satisfizo una mensualidad a aquél, que se negó a percibirla en lo sucesivo.

Citado de conciliación, sin comparecer, el demandante consignó el precio que constaba en la escritura en el Juzgado e interpuso demanda de retracto, en vista de que no se le había notificado ni el propósito de vender en la venta ya realizada. En la demanda solicitaba retraer, bien las cuatro habitaciones que ocupaba, bien la totalidad del piso. El Juzgado estimó la demanda accediendo a esta última petición.

Se interpuso recurso de injusticia notoria por los siguientes

MOTIVOS.—1.^º Por infracción del artículo 618 de la L. E. C. porque el contrato privado sin liquidar y otorgado por la esposa del vendedor no es título que funde el retracto.

2.^º Por infracción del artículo 1.124 del C. c. en relación con el 66 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque ha transcurrido el plazo de sesenta días desde el requerimiento notarial que se hizo al inquilino o desde el acto de conciliación, en el supuesto—inadmissible—de que éste hubiese interrumpido el plazo, y además no se consignó el precio por el actor.

3.^º Por manifiesto error en la apreciación de la prueba, pues el documento privado no afecta a terceros.

CONSIDERANDO: Que aparte de que el número tercero del artículo 1.618 de la Ley de Trámites, que previene que para la admisión de las demandas de retracto deberá acompañarse justificación, aunque no sea cumplida, de título en que se funda, es una disposición de índole procesal que únicamente si fuera constitutiva de un vicio de forma causante de indefensión, que no lo es, sólo podría combatirse con invocación del número segundo del artículo 169 de la Ley especial citada, es lo cierto que el demandante, al acompañar a su demanda abundante prueba documental, y entre ella el contrato de inquilinato de las habitaciones del piso que venía disfrutando y pretende retrasar, dió cumplimiento al indicado precepto, que, por lo demás, no requiere una prueba incontrovertible del título, sino, como dice la Ley, *alguna justificación*, aunque no sea cumplida, por lo que no es posible estimarlo infringido.

CONSIDERANDO: Que tampoco es factible sostener con éxito que al estimar el juzgador por el conjunto de la prueba que el demandante era inquilino del piso en cuestión haya incurrido en el error que se denuncia, y que se pretende derivar de que en la escritura de venta del piso se manifiesta que éste se vende en concepto de libre, y también de que, extendido el contrato de inquilinato en documento privado, su fecha no puede contarse respecto de terceros conforme al artículo 1.227 del Código civil, sino a partir de la fecha de su incorporación a una oficina pública; por lo que se refiere al primer punto, porque las manifestaciones de las partes que se hacen en las escrituras públicas pueden ser desvirtuadas por otras pruebas, ya que el Notario da fe de que ante él se hicieron, pero no de que sean o no ajustadas a la verdad, ello aparte de que la aseveración de que el piso se vendía como libre, no quiere decir que no estuviera arrendado, sino faltó de cargas o gravámenes, y aquí el demandado tiene reconocido el hecho del arriendo desde el momento en que suscribió al actor, después de verificada la compra, un recibo de la renta por el mes de abril de 1947; y por lo que atañe a lo segundo, porque, sobre la imposibilidad de desconocer la eficacia de los contratos de arrendamiento otorgado en documento privado, forma usual y corriente de celebrarlos, colocándose los juzgadores de espaldas a la realidad, para la que se dan las leyes, es evidente que el Juez por la totalidad de las pruebas, en que hay alguna de tanta relevancia como el recibo de que se ha hecho mérito suscrito por el comprador y demandado a nombre del inquilino, aprecia como acreditada la existencia del contrato como título que acredita el derecho del actor, sin que, por lo tanto, resulte la equivocación pretendida por el recurrente.

CONSIDERANDO: Que, por lo que toca al último motivo del recurso, hay que tener presente que el retracto de inquilinos de fincas urbanas se rige primeramente por el artículo 64 de la Ley especial, y en éste se previene que el plazo de dos meses para deducir la demanda se contará a partir de la inscripción de la transmisión en el Registro de la Propiedad, y a falta de inscripción desde que el retrayente tuviera conocimiento de aquélla, y aquí es lo cierto que no se hizo al inquilino notificación anterior a la venta prevista en el artículo 62 para que pudiera ejercitarse el derecho de tanteo que esta disposición le reconoce, y que si bien el deman-

dante hizo dos gestiones encaminadas a la efectividad del retracto: el requerimiento de 23 de mayo de 1947, en el que invita a los compradores "para el supuesto de que sean ciertos los términos del contrato tal como han llegado a su conocimiento para que le transmita el piso comprado y el acto de conciliación en que las requiere para el propio fin", "en las condiciones que resulte de la adquisición por los demandados", no puede decirse que dicho demandante tuviera entonces el conocimiento preciso y exacto para ejercitar la referida acción, por lo que tampoco pudo consignar el precio, con tanto mayor motivo cuanto que aunque en el primero de los documentos citados se dice, según la noticia que tiene el demandante, el comprador se compromete a reservar alguna habitación a disposición de los vendedores, no se puntualiza cuál sea esta habitación, como se verifica en la escritura de venta; y, como la inscripción en el Registro de la Propiedad tuvo lugar en 30 de julio de 1947 y la demanda de retracto aparece presentada en 27 de septiembre siguiente, es visto que en la citada fecha no habían transcurrido los sesenta días fijados por el artículo indicado para la presentación de la demanda, procediendo por todo ello la desestimación del recurso, con las costas al recurrente, a tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 175 de dicha Ley.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 MARZO 1949

Procesal—aplicación de la L. E. C. como subsidiaria de los preceptos procesales de la de Arrendamientos Urbanos.

Procesal—interpretación de la disposición transitoria 16.^a de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Es suficiente, para no dar las partes por desistidas, que una sola de ellas solicite la adaptación del procedimiento a las normas de la nueva Ley.

Procesal—diligencias para mejor proveer.

El artículo 340 de la L. E. C. no limita las facultades del juzgador para aportar a los autos los documentos que crea convenientes para esclarecer el derecho de los litigantes, sea cualquiera su contenido.

ANTECEDENTES.—En un proceso sobre desahucio de finca urbana, el actor interpuso recurso de injusticia notoria, basado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Injusticia por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio que han producido indefensión, pues el recurrente no había utilizado la facultad concedida por la disposición transitoria 16 de la L. A. U., y debió, por tanto, tenersele por desistido, lo que no se hizo.

Segundo. Infracción de los artículos 1.586 y 163 de la L. E. C. y de la L. A. U., respectivamente, y los artículos 340 de la L. E. C., al que remite el 179 de la L. A. U., porque, en concepto de diligencia para

mejor proveer, se trajo a los autos un acta notarial que constituía, en realidad, una prueba de testigos.

CONSIDERANDO: Que la disposición transitoria diecisésis de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que todos los procedimientos incoados al amparo de la legislación que fuere aplicable para regular las relaciones arrendatarias a que dicha Ley se refiere y no hubieran terminado por sentencia firme y ejecutoria, quedarán en suspenso a la vigencia de sus preceptos, y los Tribunales concederán a las partes el plazo máximo de quince días para que acomoden sus pretensiones a las normas procesales en ella establecidas, dándose también el mismo traslado cuando se hallare suspendida la tramitación del juicio, de cuyos términos se deduce con entera claridad que cuando alguna de las partes, ejercitando el derecho que tal disposición las concede, solicite el acomodamiento del juicio a las normas procesales de la nueva Ley, deberán los Tribunales decretarlo así y únicamente cuando por ninguna de ellas se haga tal petición cabrá el tenerlas por desistidas de la acción que ejercitaran, conforme dicha disposición transitoria previene; pero como en el caso presente, dictada por el Juez de primera instancia la providencia de 4 de julio de 1947, por la que se concedió a las partes el término de quince días para realizar tal acomodamiento, el demandante y apelado, hoy recurrente, instó que se tuviera por acomodado el procedimiento a las normas procesales prevenidas en el apartado a) del artículo 163 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no había para el Juez otra posibilidad legal que la de realizar, como realizó, el acomodamiento solicitado por dicha parte, aunque la contraria se abstuviera, como se abstuvo, de hacer petición alguna, y esto establecido, no cabe estimar infringida, sino rectamente aplicada la disposición transitoria diecisésis de la Ley citada, y aunque en hipótesis cupiera estimar la infracción denunciada, el recurso interpuesto tampoco sería procedente, por no haberse reclamado oportunamente contra la providencia de 28 de julio de 1947, por la que se acordó la continuación del procedimiento, como el recurrente había solicitado, y tal reclamación es esencial para la procedencia del recurso, por virtud de lo prevenido en el artículo 1.696 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aplicable al caso presente por ser la Ley de Enjuiciamiento civil subsidiariamente aplicable en materia de procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 179 de la de Arrendamientos Urbanos, razones por las cuales debe de ser desestimado el primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que, conforme al artículo 1.586 de la Ley de Enjuiciamiento civil, lo mismo que, según el artículo 28 de la de 5 de agosto de 1907, que vino a sustituirle, en las apelaciones de los juicios de desahucio no procede admitir más prueba que la que, habiendo sido propuesta en primera instancia, no hubiera podido practicarse; pero independientemente de la facultad de las partes para pedir en la segunda instancia la prueba no practicada en la primera, por causa no imputable a quien la solicita, está la facultad atribuida a los jueces y Tribunales por el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil, para acordar, para

mejor proveer, no toda clase de pruebas, sino las especificadas en dicho artículo, cuyo número primero comprende los documentos que el juzgador crea conveniente aportar para esclarecer el derecho de los litigantes, y como en este caso el Juez, por la providencia de 2 de diciembre de 1943, dictada para mejor proveer, acordó la práctica de varias diligencias, entre otras traer a los autos la copia del acta notarial de 30 de noviembre de 1943, solicitada por el apelante en la vista, resulta evidente que al acordarse así no se infringió por el Juez *a quo* el artículo 1.586 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que el recurrente cita, ni el 28 de la de 5 de agosto de 1907, vigente en la fecha de dicha providencia, así como tampoco el 340, que también se reputa infringido por limitarse el Notario a dar fe en el documento aportado de manifestaciones que constituyen, según el recurrente, una prueba testifical, porque el expresado artículo 340 no limita las facultades del juzgador para aportar a los autos los documentos que crea convenientes para esclarecer el derecho de los litigantes, sea cualquiera su contenido, cuyo valor será apreciado al resolver, conforme a los principios procedentes, y como las providencias para mejor proveer dictadas dentro de los límites que el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento civil señala no son susceptibles de recurso alguno y esta Ley, como anteriormente se ha dicho, es subsidiariamente aplicable de la de Arrendamientos Urbanos, en materia de procedimiento, es visto que no procede tampoco el recurso interpuesto por el segundo de los motivos que el recurrente invoca.

FALLO.—No ha lugar.

AUTO 25 MARZO 1949

Procesal—recurso de casación—infracción de preceptos legales—concepto en que son infringidos.

En el recurso de casación ha de expresarse el concepto en que se consideran infringidos los preceptos legales de la sentencia recurrida.

ANTECEDENTES.—El Ayuntamiento de Cuenca interpuso demanda contra don M. H., sobre ejercicio de acción de jactancia, dictándose sentencia condenando al demandado a que en el plazo de dos meses ejercitase la acción o acciones inmobiliarias que pudieran corresponderle contra el Ayuntamiento de Cuenca, especialmente contra sus montes de propios Tierra Muerta, Ensanche de Buerche y Prado Ciervo. Apelada la sentencia, la Audiencia de Albacete absolvió al demandado, y la representación del Ayuntamiento prepara recurso de casación por infracción de ley, amparado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Ley 46, título II de la Partida tercera.

Segundo. Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1912, 21 de octubre de 1926 y 2 de julio de 1940.

Tercero. Artículo 7º de la Ley de Montes de 24 de mayo de 1863 y el artículo 17 del Reglamento de 17 de mayo de 1865.

Cuarto. Real Decreto de 30 de abril de 1897, congruente con sentencias del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1908 y 29 de abril de 1911..

Quinto. Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1927 y 21 de febrero de 1941.

Sexto. Número séptimo del artículo 1.692 de la L. E. C.

CONSIDERANDO: Que en los cinco primeros motivos se limita el recurrente a citar y reproducir el texto de determinados preceptos legales y de doctrina jurisprudencial, sin argumentación alguna que tienda a demostrar su aplicación al caso litigioso y, sobre todo, sin expresar el concepto en que puedan haber sido infringidos por la sentencia recurrida, y en el sexto y último motivo, por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se invocan documentos acreditativos del mismo hecho procesal que la Sala sentenciadora declara probado, esto es, de las manifestaciones sobre detentación de bienes por la entidad recurrente atribuidas al recurrido; pero no se combate, ni por el cauce utilizado podría hacerse, la apreciación jurídica que de tal hecho procesal contiene la sentencia de instancia en el sentido de que no es constitutivo de jactancia ni, por lo tanto, ofrece base para la viabilidad de la acción entablada, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en los números cuarto y noveno del artículo 1.729 en relación con el 1.720 de la citada Ley procesal, debe ser rechazado de este trámite el recurso interpuesto.

FALLO.—No ha lugar a admitir el recurso.

SENTENCIA 26 MARZO 1949

Procesal—apelación—incidentes sobre liquidación de cantidades fijadas en ejecución.

La prescripción del artículo 944 de la L. E. C. se ha considerado como una excepción de los dos supuestos que comprende el artículo 1.695.

Procesal—apelación—artículo 1.695.

Contra los autos que las Audiencias dicten en apelación de los incidentes suscitados sobre la liquidación de cantidades que deban ser fijadas en ejecución de las sentencias no se dará recurso alguno.

Procesal—casación—documento auténtico.

La doctrina de esta Sala niega el carácter de documento auténtico, a los efectos de casación, a los escritos de los litigantes y aun a los autos originales del pleito.

Procesal—casación—error de derecho—desestimación.

No habiendo el recurrente acreditado que se hayan cometido los errores que denuncia, procede la desestimación del motivo y del recurso.

ANTECEDENTES.—Realizadas operaciones de compra y venta de valores por don S. C. R., por cuenta y orden de don J. V. V., dicho señor C. R., juzgándose acreedor de don J. V. V., demandó y, en definitiva, recayó en el pleito sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo, por la que, dándose lugar a la casación, ordenó el correspondiente fallo que el demandado pagara al demandante la cantidad líquida que se fijara en el período de ejecución de sentencia, sin que la total suma pudiera exceder de cincuenta mil pesetas, valor total de la pretensión en el proceso aducida.

Siendo dispares las pretensiones aducidas en el período de ejecución por ambas partes, y practicadas las pruebas periciales, el Juzgado dictó auto por el que fijaba la cantidad total a pagar por el demandado en 331.680 pesetas. Apelado el auto del Juzgado, confirmado sucesivamente por la Audiencia y el Tribunal Supremo, el demandado preparó recurso de casación, amparado en el siguiente

MOTIVO.—Único. Número 7 del artículo 1.692 de la L. E. C.

CONSIDERANDO: Que aun prescindiendo de los razonamientos anteriores y dejando a un lado la debatida cuestión, ya resuelta por esta Sala, de si en los recursos formulados al amparo del artículo 1.695 de la Ley procesal civil, cabe alegar los fundamentos de casación que taxativamente enumera el artículo 1.692 de la misma, el recurso presente habría también de ser rechazado, porque en su único motivo, con la cita del número séptimo de la última norma procesal aludida, se denuncia la comisión de errores de derecho y de hecho en la apreciación de la prueba y no se cumple ninguna de las prescripciones que la doctrina jurisprudencial tiene reiteradamente establecidas para actuar con eficacia en la impugnación de estas especiales infracciones, porque en lo referente al error de hecho que alude para evidenciarlo a lo consignado en la ejecutoria con relación a lo manifestado por los litigantes en sus escritos de réplica y dúplica y es conocida la doctrina de esta Sala, que niega el carácter de documento auténtico a los autos originales del pleito, con lo que desaparecida la base en que se apoya no puede sostenerse el error alegado, y por lo que toca a la comisión de error de derecho, hay que aclarar la confusión en que incurre el recurrente porque pretende fundarle en el valor probatorio que la Sala de instancia ha otorgado a los asientos del libro registro del demandante señor C. R., e invoca para contradecirlo los artículos 33 y 48 del Código de Comercio, y aparte de que no son aplicables al caso los citados artículos porque no se trata de graduar la fuerza probatoria de libros de comerciantes en sus recíprocas reclamaciones, el Tribunal *a quo* ha estimado el citado libro auxiliar, desvirtuándole expresamente de la eficacia que el artículo 93 del Código mercantil reconoce a los libros de los Agentes colegiados, como un medio de prueba, a falta de otro que no ha opuesto el recurrente, pero no ha fundado su resolución en tal probanza, sino precisamente en el dictamen pericial que la incluye, y esta prueba pericial, aceptada en un todo por la Sala de instancia, aunque aludida en el recurso, no ha sido debidamente combatida para justificar el error de derecho, porque no se citan los preceptos procesales pertinentes a la apreciación de esta prueba que

hayan sido vulnerados por el Tribunal sentenciador, y con esta omisión pierde su virtualidad la impugnación pretendida, por lo que no habiendo conseguido el recurrente acreditar que se hayan cometido los errores que denuncia, procede la desestimación del motivo y del recurso como al principio se manifiesta.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 28 MARZO 1949

Civil—obligaciones solidarias—carácter preceptivo.

El principio legalmente preceptivo contenido en el artículo 1.137 del Código civil y reiterado con insistencia por la doctrina jurisprudencial, que impide que sean tenidas como obligaciones solidarias las que expresamente no se hayan así constituido.

Civil—obligaciones solidarias—justificación del pacto de origen.

La solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones de origen contractual requiere la justificación del pacto que a ella dé lugar de manera inequívoca.

Civil—obligaciones—derrama de solidaridad.

El concepto de derrama establecido para el supuesto del caso que haya de darla lugar excluye la exigencia a los socios de una responsabilidad solidaria.

Civil—obligaciones—solidaridad—presunción.

Con arreglo al artículo 1.137 del Código civil, no se tienen por solidarias las obligaciones a las que así no se halle pactado expresamente o establecido de igual modo por un precepto legal y que excluyen la posibilidad de que se les asigne tal carácter en virtud de presunciones que, de admitirse, destruirían la en contrario, acogida preceptivamente por el artículo citado para los casos de concurrencia de dos o más deudores o acreedores en una sola obligación.

ANTECEDENTES.—La Junta directiva del Sindicato Agrícola de Nava del Rey acordó solicitar y obtuvo de la Caja Central de la Federación de Sindicatos de Valladolid, en 12 de noviembre de 1926, un préstamo de 100.000 pesetas para adquirir unas fincas, y que en 30 de abril de 1928, 1 de enero, 16 de febrero y 30 de octubre de 1929 y 6 de septiembre de 1930 suscribió por las respectivas cantidades de 22.000, 73.637, 32.035 y 43.953 pesetas, sendas pólizas de préstamo por sumas no recibidas en este concepto, sino representativas de otras que adeudaba el Sindicato de Nava del Rey a la Federación por suministro de abonos. De aquel Sindicato y de su Caja Rural eran socios los demandados. La entidad

demandante dirigió la acción contra los socios del Sindicato de Nava del Rey, aduciendo la responsabilidad solidaria por las deudas contraídas por el mismo Sindicato.

Admitida la demanda, el Juez de primera instancia número 2 de Valladolid dictó sentencia estimando la demanda y declarando la responsabilidad solidaria de los demandados para con la Federación de Sindicatos Agrícolas de Valladolid. La Audiencia Territorial confirma la sentencia del Juez inferior, contra la que los demandados presentan recurso de casación, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Artículo 1.692 de la L. E. C., por infracción de los artículos 1.091, 1.256, 1.257, 1.258 del Código civil; 1.261, 1.264, 1.275, 1.276, 1.281, 1.282, 1.284, 1.714, 1.740 y 1.753 del Código civil: aplicación indebida de los artículos 3 y 20 del Reglamento de la Caja Rural del Sindicato Agrícola de Nava del Rey.

Segundo. Números primero y séptimo del artículo 1.692 de la L. E. C., por violación de los artículos 3 y 20 y apartado a) del artículo 8 del Reglamento de la Caja Rural del Crédito Agrícola de Nava del Rey; artículo 43 de los Estatutos del Sindicato de Nava del Rey; número cuarto del artículo 19 del Reglamento de la Caja Central de Crédito Agrícola del Sindicato Agrícola de Valladolid; violación de los artículos 1.257, 1.259, 1.697, 1.698, 1.614 y 1.137 del Código civil; aplicación indebida de los artículos 1.144 y 1.727 del Código civil; inaplicación del artículo 5 de la Ley de Sindicatos Agrícolas de 28 de enero de 1906 y del artículo 15 del Real Decreto de 21 de enero de 1929.

CONSIDERANDO: Que discutido en el pleito a que el presente recurso se refiere el carácter solidario de la obligación de pago de cantidad, cuyo cumplimiento exigía en su demanda la Federación de Sindicatos Agrícolas Católicos de Valladolid a los demandados, en el concepto de socios de su Caja Rural del Sindicato Agrícola Católico de Nava del Rey, con invocación de la responsabilidad que para su acreedor contraen, y es por éste exigible íntegramente a cualquiera de ellos, todos los solidariamente obligados, ha de presidir el examen de las cuestiones que resuelta en la sentencia recurrida en sentido conducente a su fallo, se acogen como fundamentales en los motivos de casación sustentados por los recurrentes el principio, legalmente preceptivo, contenido en el artículo 1.137 del Código civil y reiterado con insistencia por la doctrina juríspudencial, que impide que sean tenidas como obligaciones solidarias las que expresamente no se hayan así constituido; de lo que es consecuencia que esta solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones de origen contractual requiere la justificación del pacto que a ella dé lugar de manera inequívoca y sin el que las mismas no nacen con los efectos propios de las de su clase, a menos de estarles impuestos por un precepto legal, también expresamente, habiéndose llevado la previsión para impedir que sin el consentimiento de los socios de los Sindicatos queden los mismos sometidos a una responsabilidad solidaria, hasta el extremo de haber prescrito el Real Decreto de 21 de noviembre de 1929, en su artículo 15, como obligatoria la necesidad de que cuando los Sindicatos Agrícolas la tengan establecida en sus Estatutos para sus miembros se haga constar la misma en hojas especiales que habrá de firmar cada asociado.

CONSIDERANDO: A) Que según el artículo primero del Reglamento de la Federación, era uno de sus fines hacer en común las compras de abonos, semillas, maquinarias e instrumentos agrícolas, y, otro, facilitar a los Sindicatos la compra de tierras para su parcelación entre los socios, estatuyéndose en el artículo tercero que las Juntas directivas de los Sindicatos y demás entidades serían responsables al Consejo Directivo de la Federación del importe de las compras. B) Que el Reglamento de la Caja Central de la misma Federación de Sindicatos expresa en sus artículos sexto y 11 que el capital de ésta se destinaría, entre otros fines, a los préstamos pedidos por las Cajas Rurales que por haber prestado su responsabilidad en favor de aquélla tenían derecho a obtenerlos mediante las garantías que acordase el Consejo Directivo y "que las prestaciones que hicieran se llevarían a efecto mediante los requisitos y garantías siguientes: Primero. Que la Caja Rural prestaría estuviera fundada con la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos sus socios. Segundo. Que estuviera bien organizada y administrada y su vida y desarrollo fuese próspero, sin tener contraídas otras responsabilidades. Tercero. Que las cantidades objeto del préstamo se destinaren a prestar a sus socios para su empleo en fines reproductivos; y Cuarto. Que el acuerdo de solicitar el préstamo constase en acta, así como la representación para ello de la Junta directiva de la Caja Rural. C) Que, conforme quedó establecido en el artículo 26 de los Estatutos del Sindicato Agrícola de Nava del Rey, sus socios, en lo que se relacionara con las operaciones del Sindicato, no tendrían la responsabilidad solidaria e ilimitada, siendo la Junta directiva la única responsable de sus actos en el caso de que realizará operaciones por cuenta del Sindicato que no hubieren sido aprobadas por la junta general, o en el de que las realizadas rebasasen del capital social, lo mismo en las compras que en las ventas. D) Que el Reglamento de la Caja Rural de Créditos del Sindicato de Nava del Rey preceptuó en su artículo octavo que la junta general acordaría la cantidad que se podía tomar en préstamo y el importe máximo de las prestaciones individuales, y en el 17, que su capital se destinaría única y exclusivamente a las prestaciones pedidas por sus socios".

CONSIDERANDO: Que al estimar la Sala sentenciadora de instancia para sustentar su fallo la existencia de una responsabilidad de esta clase por ser la misma "principio general, norma constante y presupuesto necesario en todas las actividades del Sindicato", y por no haber traspasado los miembros de la Directiva los límites de su mandato, a pesar de haberse antes apreciado por la propia Sala la necesidad del previo acuerdo en junta general para tomar cantidades a préstamo y la falta de este requisito en los originarios de la deuda demandada, y "que la solidaridad cuestionada debía presumirss", infringió, manifiestamente, además del artículo 1.137 del Código civil y la doctrina, citados en el primero de estos considerandos, que no consienten que se tengan por solidarias las obligaciones respecto a las que así no se halle pactado expresamente o establecido de igual modo por un precepto legal, y que excluyen la posibilidad de que se las asigne tal carácter en virtud de presunciones que,

de admitirse, destruirían la en contrario acogida preceptivamente por el propio artículo citado para los casos de concurrencia de dos o más deudores o acreedores en una sola obligación.

CONSIDERANDO: Que de las pólizas a que con anterioridad se ha hecho referencia, suscritas por la Junta directiva del Sindicato Agrícola Católico de Nava del Rey, sólo la fechada en 12 de noviembre de 1926 es acreditativa de un préstamo, ya que las cien mil pesetas a que ascendió éste fueron pedidas y entregadas con destino a una operación de compra de fincas a persona distinta de la Federación prestatarista, mientras que las demás pólizas no eran, según la realidad resultante de la expresa confesión del Presidente de la misma Federación y de la carta a que el recurso alude y que merece el concepto de documento auténtico para el efecto de la casación, más que apariencias de préstamos, en las que no concurrió el requisito, exigido por el artículo 1.740 del Código civil, de la entrega al prestatario de cantidad alguna, habiéndose concertado como medio de conseguir el aplazamiento del pago de anteriores compras de abonos, del que sólo era responsable la Junta directiva del Sindicato de Nava del Rey, conforme a los artículos tercero de su Reglamento y 20 de su Caja Rural, y al 26 de los Estatutos del Sindicato acreedor; pero, aun admitiéndose el supuesto, que apunta la sentencia recurrida, de que todas las operaciones y pólizas fundamentales de la acción ejercitada en la demanda fueran constitutivas de verdaderos préstamos, siempre resultaría que al estimarse y ser declarada, como en la sentencia contra la que se recurre se hace, la responsabilidad solidaria a los demandados en su concepto de socios, y herederos, algunos de ellos, de otro que también lo fué, de la Caja Rural del Sindicato Agrícola Católico de Nava del Rey, sin que la petición de las cantidades prestadas a la Junta directiva de aquel Sindicato y que se reclamaron en la demanda, tuvieran por destino hacer préstamos a sus socios, y sin que en junta general se hubiera acordado, haciendo constar en el acta el acuerdo, solicitar el préstamo y su cuantía, así como la representación para ello de la expresada Junta contratante, quedarián infringidos, además del artículo 1.137 del Código civil, según ya queda apreciado, los artículos estatutarios y reglamentarios que antes se citan, por cuanto son excluyentes de la responsabilidad solidaria en que la Sala de instancia funda su fallo condenatorio para los demandados, y que invocados en los motivos del recurso determinan la procedencia de dar lugar al mismo.

CONSIDERANDO: Que no puede obstar a cuanto queda apreciado el acomimiento que la Sala inferior hace, con tendencia a fundar subsidiariamente en él la índole de la responsabilidad que a los demandados impone, el hecho de que el 31 de marzo de 1935 la junta general del Sindicato de Nava del Rey reconociera la deuda y proclamara su agradecimiento por las consideraciones de que había sido objeto por la Federación en la persona de su representante, para deducir de ello que ante esta realidad ya no podía impugnarse la acción ejercitada; porque de los términos de este razonamiento no cabe concluir que los demandados aceptaron la responsabilidad que la Federación de Sindicatos los atribuye, y, en cambio,

el contenido del acta referida, que se cita en el segundo de los motivos del recurso con amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal, en calidad de documento auténtico, demuestra el error en que incidió la Sala en su deducción, porque en tal Junta se dieron cuenta de gestiones y propuestas encaminadas a evitar con la Federación incidentes judiciales y a solventar la deuda obteniendo de aquélla facilidades, pero nada se acordó que significase la aceptación por los socios de una responsabilidad solidaria en el pago de la deuda.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 2 ABRIL 1949

Civil—cuota legal usufructuaria del cónyuge viudo—formas en que puede ser satisfecha.

Civil—carácter libre del acto de aceptación o repudiación de la herencia.

Civil—alcance del principio “iura novit curia”.

Civil—requisitos para la licitud de la renuncia de derechos.

No afecta al interés u orden público la opción por una norma de Derecho privado que perjudica, abandonando la que favorece, cuando no resulta desvirtuada la finalidad de la ley ni infringido ningún precepto prohibitivo.

Civil—condición ferial: efectos de no alegarla.

Procesal—carácter dispositivo del procedimiento civil—incongruencia.

Incide en ella el Tribunal que, sin decidir las pretensiones deducidas en el proceso, crea nueva materia litigiosa, desentendiéndose de los hechos alegados por las partes.

CONSIDERANDO: Que ante el hecho de haber reconocido el demandante, como heredera única de su hija, doña J. E., que al marido de ésta le corresponde percibir la tercera parte en usufructo de la herencia de la doña J., en concepto de cónyuge viudo, ha surgido el presente pleito por no haberse puesto de acuerdo los litigantes respecto de la forma en que dicha cuota debe ser satisfecha, pues mientras la demandante estima que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 836 y 838 del Código civil, tiene derecho a liquidarla entregando al viudo un capital en efectivo, que será fijado por la autoridad judicial a falta de acuerdo entre los interesados, el viudo demandado se opone a la petición de la demandante y, con invocación también de los citados preceptos del Código civil, pretende que se le satisfaga la cuota vitalicia adjudicándole la tercera parte de la herencia en usufructo y no su capitalización en pleno dominio.

CONSIDERANDO: Que planteada en estos términos la controversia judicial, estima la sentencia recurrida, aceptando tácitamente los fundamentos jurídicos de fallo de primera instancia, que por no constar en autos la renuncia de la causante a su calidad civil catalana es aplicable a la herencia de la misma el régimen de la legislación foral de Cataluña, a tenor de lo cual el viudo carece de todo derecho en la herencia de su finada esposa, y, en consecuencia, deniega las peticiones formuladas a este respecto por las dos partes litigantes, privando así al viudo de la cuota legitimaria que la demandante le tiene reiteradamente reconocida al promover la declaración judicial de heredera de su citada hija, al liquidar el impuesto de Derechos reales de la herencia y, finalmente, al promover este pleito.

CONSIDERANDO: Que la Sala sentenciadora, al proceder de esta manera, ha provocado un notorio desbordamiento procesal constitutivo de incongruencia, porque, aparte de que nadie alegó en el pleito que la causante de la herencia tuviera la condición de catalana, ni, por lo tanto, que fuera de aplicación la legislación foral, la autoridad judicial fué requerida, no para que declarase si el demandado tenía o no derecho a la cuota legitimaria, sino únicamente para que decidiese acerca de la forma en que habría de serle satisfecha, y ante esta situación procesal la sentencia recurrida se abstiene de decidir las pretensiones deducidas y crea nueva materia litigiosa, desentendiéndose de los hechos alegados por los litigantes sobre reconocimiento por la actora con la conformidad del demandado respecto de la obligación de abonar la cuota vitalicia, para declarar en definitiva, siquiera sea de modo tácito, que no existe tal obligación, infringiendo así el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, tal como se denuncia en el segundo motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que el principio "iura novit curia", invocado en la sentencia de instancia, autoriza al órgano jurisdiccional para actuar libremente en la esfera del derecho, pero a condición de que se respeten o acaten los hechos y las pretensiones procesales, pues es preciso conjugar dicho principio con el aforismo "justa, allegata et probata", que informa nuestro procedimiento civil, con antecedente en la ley 16, título XXII, de la Partida tercera—no valga juicio dado sobre cosa no pedida—, y ya queda dicho que la sentencia recurrida no acata los hechos alegados y discutidos ni decide las peticiones formuladas por los litigantes, no obstante la fórmula absolutoria que contiene. Sentencias, entre otras, de 23 de junio de 1903, 21 de diciembre de 1909 y 3 de mayo de 1929.

CONSIDERANDO: Que, aun en el supuesto extraprocesal de que en principio fuera de aplicación al caso litigioso la legislación catalana, contrario a la posición de los litigantes, que no han planteado este tema y estiman de común acuerdo que el pleito debe ser resuelto conforme a las normas del Código civil, siempre sería de tener en cuenta que el hecho de haber reconocido la demandante que al demandado le corresponde la cuota legitimaria que la legislación común concede al cónyuge viudo, explícitamente en la sucesión testada y de modo implícito en la intestada, no supondría renuncia a la ley, que por ser norma obligatoria de conducta

se impone a la autonomía de la voluntad, sino que supondría mera renuncia o desapoderamiento del derecho que en la legislación foral catalana asiste al heredero para recibir la herencia libre de toda carga por razón de cuota vitalicia, y esta renuncia de derechos subjetivos, que entran en la esfera de la libre disposición de su titular, es perfectamente lícita conforme al párrafo segundo del artículo 4.^º del Código civil si no va contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero, circunstancias estas excepcionales que no se dan en el caso de autos, porque no afecta al interés u orden público la opción de una norma de derecho privado que perjudica abandonando la que favorece, cuando no resulta desvirtuada la finalidad de la Ley ni infringido ningún precepto prohibitivo, ni se debe tomar en consideración el perjuicio que a los sucesores eventuales o expectantes de quien acepta una herencia pudiera originar el reconocimiento por éste de una cuota a favor del cónyuge supérstite, pues la aceptación y repudiación de la herencia ya causada son actos enteramente libres, según dispone el artículo 988 del Código civil.

FALLO.—Ha lugar. El T. S. decide la cuestión principal según el siguiente

CONSIDERANDO: Que a tenor de lo dispuesto en el artículo 838 del Código civil el heredero puede satisfacer al cónyuge viudo su parte de usufructo asignándole una renta vitalicia, o los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, a su elección, si previamente no se ponen de acuerdo los interesados respecto de este particular y la autoridad judicial estima que es procedente la forma sustitutoria de abono de la cuota usufructuaria, por lo que habiendo optado la heredera demandante por la forma subsidiaria de capitalización del usufructo, sin que en el pleito aparezca justificación alguna de la oposición que a tal forma de pago formuló la parte demandada, debe accederse a la petición de la demandante asignando al cónyuge viudo un capital en efectivo equivalente a la tercera parte en usufructo de la herencia de su finada esposa, que falleció sin dejar descendencia, sobreviviéndole su madre, la demandante.

SENTENCIA 2 ABRIL 1949

Civil—requisitos para la caducidad de la acción de retracto legal.

Procesal—recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba.

No puede prosperar si se ampara en el número 7.^º del artículo 1.692 de la L. E. C..

Procesal—apreciación de la prueba: corresponde al Tribunal sentenciador.

CONSIDERANDO: Que con base en la afirmación de que, según el artículo 1.523 del Código civil, asiste a los propietarios de tierras colindantes el

derecho de retracto en el caso de venta de una de ellas cuya cabida no exceda de una hectárea, entiende y alega la recurrente en el primero de los motivos del recurso que la sentencia recurrida aplica indebidamente aquel precepto sustantivo e infringe la jurisprudencia que cita "porque al estimar la Sala sentenciadora que es rústica la finca de la retrayente funda esta apreciación en la circunstancia de que el aprovechamiento y destino de la misma son los de servir a la explotación agrícola a que su propietario como labrador se dedica, cultivándose en ella árboles frutales, patatas, maíz y otras plantas", siendo así que se trata de una casa enclavada en el pueblo de Pañeros de Fría, que con su huerto y cuadras constituye una sola unidad urbana y registral; y como en la sentencia que se impugna deduce el Tribunal *a quo* de las pruebas practicadas, además de lo que dice la recurrente, que la finca en cuestión "se halla situada y aislada en el campo, lindando con otras tierras y caminos vecinales", bien se advierte que al argumentar el motivo en los términos expresados no hace otra cosa que combatir los hechos afirmados por la Sala como determinantes de la naturaleza rústica que asigna, fundada en ellos, a la finca de la retrayente, oponiéndoles otros distintos que no se acogen en la sentencia, por lo que no habiéndose amparado el motivo en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal, y sí en el número primero del mismo, no puede prosperar.

CONSIDERANDO: Que cierto es que la preceptiva disposición del artículo 1.524, que en el segundo motivo del recurso se supone infringido y la jurisprudencia interpretativa de él, enseñan que del mero transcurso de nueve días, contados desde quien estaba legalmente facultado para retraer, tuvo conocimiento de la venta, se sigue la caducidad de su derecho, y que para que se produzca este efecto obstáculo del ejercicio eficaz de la acción de retracto no basta que el retrayente haya tenido noticia de la existencia del contrato, sino que ha de conocer, acreditándolo el demandado, lo convenido acerca de la cosa vendida y del precio pactado, sin los cuales la relación contractual no puede perfeccionarse; mas la certeza de esta doctrina no hace viable el motivo, propuesto también como comprendido en el número primero del ya citado artículo 1.692, porque refiriéndose a ella para acusar a la Sala sentenciadora de instancia de infractora del artículo 1.524 del Código civil, por no haber dado al conocimiento que el retrayente tenía de la venta el efecto que le atribuye la jurisprudencia, afirma que aquél tuvo conocimiento del precio global de la venta pocos días después de realizarse, y que la prueba en el pleito ha demostrado tal conocimiento, alegación desprovista en absoluto de utilidad, ya que la facultad de apreciar las pruebas corresponde al Tribunal sentenciador, sin que pueda ser su resultancia contradicha ni suplida de otros modos que por el medio que autoriza en su número séptimo el artículo procesal que antes se dice, por todo lo cual el motivo segundo ha de ser también desestimado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 6 ABRIL 1949

Civil—libertad contractual: sus límites.

Civil—acción reivindicatoria: requisitos.

Civil—transacción: condiciones para su validez.

No puede transigir en ajeno perjuicio, frustrando a un tercero en el ejercicio de un derecho que le asiste.

Procesal—juicio de tercería: partes en el mismo.

Procesal—cosa juzgada—ámbito personal.

Procesal—proceso simulado: su nulidad.

ANTECEDENTES.—A. fué declarado por sentencia firme deudor de una institución de crédito, y en ejecución de sentencia se embargó como de su propiedad una finca, que fué adjudicada a B. en 22.075 pesetas, precio que consignó éste, acordándose el otorgamiento de oficio de la escritura de la escritura de venta, lo que no llegó a verificarse por haber presentado C. demanda de tercería de dominio, a la que se opuso en principio la entidad citada; pero luego se avino a un acuerdo con el tercerista, el cual, debido a la simulación del proceso, logró que se reconociera su pretendido derecho. B. presentó demanda solicitando el reconocimiento de sus derechos, y sus peticiones fueron desestimadas por sentencia que se confirmó en apelación. Interpuso entonces recurso de casación, basado en los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción del principio general del Derecho de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, y, en relación con el mismo, del artículo 1.539 de la L. E. C., pues al estimarse que el juicio de tercería sólo puede seguirse contra el ejecutante y el ejecutado, quedó despojado el recurrente de su derecho.

Segundo. Infracción de los artículos 1.537 de la L. E. C. y 4 y 1.218 del Código civil, pues la preferencia del tercerista debe referirse a un título que tenga realidad en el momento del embargo, y éste fué tratado en el caso de autos el 30 de marzo de 1936, mientras que el expediente de información posesoria en que el tercerista basa su derecho se inició el 30 de mayo de 1936.

Tercero. Infracción de los artículos 4 y 348 del Código civil, pues el tercerista no puede justificar su derecho al tiempo del embargo, y falta, además, el requisito de identidad de la finca, por lo que no puede prosperar la acción reivindicatoria.

Cuarto. Infracción de los artículos 392, 393, regla cuarta, párrafo último, y regla séptima, y 396 de la Ley Hipotecaria, al no ser declarada la nulidad de la información posesoria.

Quinto. Infracción de los artículos 1.111, 1.809, 1.014 y 1.523 del Código civil, al entender la sentencia recurrida que el convenio entre C. y la entidad ejecutante constituyó una transacción válida.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso, donde se alega la infracción del artículo 1.539 de la Ley procesal, por entender el recurrente

que debió ser citado para el juicio de tercería, como rematante en un procedimiento de ejecución de sentencia en que llegó a consignar el precio, sin que se le otorgara la escritura de venta por haberse presentado la demanda de tercería de dominio con anterioridad a dicho otorgamiento, debe ser desestimado, porque, conforme al mismo artículo, dichas demandas deben suscitarse únicamente con el ejecutante y el ejecutado, y aun cuando quepa sostener que el contrato de compraventa de la finca rematada estaba perfeccionado, su cumplimiento dependía de una condición resolutoria: que prosperase o no la demanda de tercería, por lo que tampoco cabe afirmar la infracción del artículo 408 de la Ley procesal, puesto que, aparte del carácter meramente rituario de esta disposición, es lo cierto que la firmeza de la providencia mandando otorgar la escritura de venta a favor del rematante estaba supeditada a que se presentase la demanda de tercería, ya que ésta era admisible, antes de proceder al otorgamiento de la misma.

CONSIDERANDO: Que esto no obsta a la legitimación activa que asiste al rematante que obtuvo la aprobación del remate a su favor y consiguió el precio para demandar como lo ha hecho en el presente caso, al ejecutado, al ejecutante y al tercerista, para impugnar el aludido juicio mediante la correspondiente demanda en juicio declarativo si estima haber sido víctima de una confabulación dolosa para impedir la realización del derecho que indudablemente le asistía a adquirir la finca rematada, y que, si bien pudo quedar legítimamente extinguido por haber prevalecido una demanda en que se acreditase legalmente la propiedad anterior de la finca a favor de un tercero, aun cuando por disposición de la ley no fuera parte en dicho procedimiento, no puede resultar destruido mediante la utilización de un fraude procesal por virtud del cual el tercerista finge un título de dominio totalmente inoperante y el ejecutante deja firme la sentencia que da lugar a la improcedente demanda por que recibe de manos del tercerista el importe de la deuda que tenía perfectamente asegurado con el precio consignado, sin que a ello pueda obstar el respeto debido a la santidad de la cosa juzgada que no pueda efectuarla por no haber sido parte dicho rematante en el procedimiento en cuestión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.252 del Código civil, ni quepa remitirle al procedimiento extraordinario del recurso de revisión, por no ser parte el rematante en ningún caso en dicho procedimiento.

CONSIDERANDO: Que esto sentado y afirmado por la Sala de instancia como hechos probados en el cuarto de sus considerandos que el demandado C. dedujo en el procedimiento de ejecución de sentencia seguido por la Caja Insular de Ahorros contra los ejecutados, herederos desconocidos de A., demanda de tercería de dominio al objeto de excluir del procedimiento de apremio la finca que había sido subastada y rematada por B., antes de que se otorgase la escritura de transmisión que fundó la dicha acción en un expediente de información posesoria, realizada en fecha posterior a aquella en que se trataba el embargo de la finca como de propiedad del ejecutado; que el acreedor ejecutante obtuvo la posesión interina y la administración de dicha finca; que ante la descripción de la finca

objeto del expediente posesorio y la que fué objeto del embargo se notan diferencias fundamentales tanto en la situación y linderos como en la procedencia del anterior titular y causa de la adquisición; que ocho testigos afirman que la finca en cuestión había pertenecido siempre hasta su muerte, ocurrida en 1935, al ejecutado o causante de los ejecutados, A.; que de la descripción de las fincas colindantes resulta ser el propietario dicho ejecutado, que también la tuvo amillarada hasta que en 12 de agosto de 1937, un año después de la información, el tercerista solicitó la baja y su aña; que aunque la Caja Insular de Ahorros contestó a la demanda oponiéndose a la tercería y reconvino solicitando la nulidad de la información posesoria, sólo practicó prueba el tercerista, sin que quisiera intervenir el demandado personado, consistente, aparte la dicha información, en las declaraciones de tres testigos; que en 8 de mayo de 1943 recayó en dicha tercería sentencia pronunciada por el Juez municipal, accidentalmente de primera instancia, declarando que la finca descrita pertenecía en propiedad a C., y mandando alzar el embargo; que la sentencia quedó firme por no haberse interpuesto recurso de apelación; que en 11 de mayo del mismo año, la Comisión de la Caja Insular de Ahorros, informada por su Director Gerente de la resolución recaída y de que el tercerista había ofrecido entregar a dicha institución las veinte mil setenta y cinco pesetas, cantidad igual a la obtenida en la subasta que se había anulado, a cambio de que por parte de la Caja no se hiciera uso del recurso de apelación contra dicha sentencia, acordó por unanimidad aceptar las veinte mil setenta y cinco pesetas y no hacer uso del derecho de apelación y que dicha cantidad fué abonada por el tercerista a la Caja el 17 del mismo mes, no puede menos de llegarse a la conclusión del evidente error en que incurre la Sala de instancia al no afirmar ser todos estos hechos constitutivos de una maquinación dolosa para impedir al rematante el ejercicio de su derecho a adquirir la finca rematada, maquinación iniciada por el tercerista haciendo descansar su derecho en una información posesoria simulada con posterioridad a la fecha en que se llevó a cabo el embargo de la finca y continuada después por el ejecutante al abandonar toda oposición a la demanda y prestarse a recibir la cantidad objeto de la ejecución, asegurada ya por la consignación del precio por dicho rematante, del tercerista a cambio de renunciar a su derecho a interponer la apelación, sin que a ello se oponga la invocación que se hace en la sentencia recurrida a los artículos 1.809 y 1.814, referentes a la transacción, puesto que una cosa es que la transacción de derechos sea en principio un acto lícito, con exclusión de aquellas materias a que se refiere el segundo de dichos artículos y otra muy diversa que sea justo transigirlos en ajeno perjuicio, frustrando a un tercero en el ejercicio de un derecho que le asiste, siquiera se halle sujeto a una condición resolutoria, como en el caso presente, por lo que es de estimar el motivo quinto del recurso en cuanto alega la indebida aplicación de estos preceptos legales, así como la infracción del artículo 1.255, que afirma la libertad contractual, pero dentro del respeto a las leyes, a la moral y al orden público, y del 1.261, que exige la existencia de causa lícita en los contratos.

CONSIDERANDO: Que del mismo modo es falso estimar el motivo tercero del recurso, que alega la infracción del artículo 348 del Código civil en relación con la jurisprudencia de este Tribunal, referente a la acción reivindicatoria que presupone el acreditar el título de dominio y la identidad de la cosa que se trata de reivindicar, y aquí resulta patentizado que ni el tercerista presentó un título de dominio indispensable para que prosperase su acción (caso diverso del que sirve de base al motivo segundo, donde se alega la infracción del 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento civil, disposición de índole procesal que sólo se limita a la necesidad de acompañar el título con la demanda, como se hizo en este caso, sin que sea lícito prejuzgar en dicho momento el alcance de éste); y sí sólo una información posesoria de fecha posterior al embargo, ni justificó tampoco la identidad de la cosa reclamada, según afirma la propia sentencia recurrida, sin que tal afirmación resulte impugnada por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por lo que procede estimar el mencionado motivo, sin que por ello proceda ocuparse de los restantes preceptos que se aducen como infringidos.

FALLO.—Ha lugar.

SENTENCIA 6 ABRIL 1949

Mercantil—seguro—cuándo hay mala fe en la no declaración de los anteriores.

Procesal—casación—cita de preceptos infringidos.

ANTECEDENTES.—El demandante había contratado un seguro en calidad de propietario. Después contrató otro en calidad de arrendatario sin declarar el anterior. Ocurrido un siniestro, el asegurador se niega a pagar por esa circunstancia. El Juzgado estimó la demanda contra él y la Audiencia confirma el fallo. Se interpuso recurso por los siguientes:

MOTIVOS.—1.^º Interpretación errónea del artículo 381 del C. de comercio, pues hubo patente mala fe por parte del asegurado.

2.^º Infracción del artículo 383, pues el Juzgado admitió la existencia de la primera póliza y no se ha tenido ello en cuenta.

3.^º Infracción de la doctrina del T. S. en relación con el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo de este recurso impugna la sentencia de la Audiencia por no estimar ésta que el recurrido obrara con mala fe que invalida al contrato de seguro según el número primero del artículo 381 del Código de comercio, ya que al celebrar el de 26 de mayo de 1943 con la recurrente ocultó la existencia de la póliza de seguro que tenía firmada con la Sociedad Covadonga, por tener en ella declarado menor valor de los bienes que el que hizo constar en la póliza con Albingia y porque no aprecia, sigue diciendo, que tal omisión haya

podido influir en la celebración de este contrato de autos como causa también de nulidad con arreglo al número tercero del mismo artículo, pero además de que la sentencia encuentra disculpable que lo silenciara porque habiéndose otorgado el contrato con la Sociedad Covadonga por el asegurado como propietario de los bienes asegurados y no teniendo ya esa cualidad al contratar como arrendatario con la recurrente Albingia pudo creer que no era precisa tal manifestación, es evidente que tal omisión no fué efecto de la mala fe a que se refiere el número primero de ese artículo ni pudo influir en él como exige su número tercero porque no cabe admitir dolo o mala fe en perjuicio propio, que sería el efecto de declarar mayor valor que el efectivo de los bienes en el contrato con la recurrente, porque tal supervaloración sólo favorece al asegurador y no al asegurado, ya que es la base de una prima más elevada y, en cambio, no perjudicaba a la Sociedad si sobrevenía el siniestro, porque su responsabilidad no se habría de extender más que a la tasación pericial, y habría de prorratearse la responsabilidad en el momento del pago, de subsistir el primer contrato, como coaseguro.

CONSIDERANDO: Que el segundo motivo del recurso tiene el defecto de alegar la infracción de "la legislación aplicable al caso concreto", sin citar las disposiciones que estime infringidas con la precisión y claridad que exigen el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia, pues si bien con ese motivo cita los artículos 383 y 387 del Código de comercio, no lo hace en el concepto de infringidos por la sentencia, sino como incumplidos al otorgarse el contrato y, además, se refieren éstos al contenido de las pólizas y cuya inobservancia no implica su nulidad.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 7 ABRIL 1949

Propiedad industrial—finalidad de los certificados de adición.

Propiedad industrial—dependencia de la patente a que se refieren—argumentos a favor de su indivisibilidad.

Propiedad industrial—inimpugnabilidad parcial de las patentes de invención—impugnación de la validez de los certificados de adición.

Procesal—recursos de casación: motivos que se refieren a los pronunciamientos no esenciales de la sentencia recurrida.

No pueden estimarse si éstos en nada modifican, restringen o condicionan la razón básica de la sentencia, o se refieren a materias indirectamente tratadas y no discutidas.

Procesal—recurso de casación: efectos de la consecuencia de mantenimiento de la sentencia recurrida en virtud de las razones aducidas al examinar uno de los motivos, con relación a los restantes motivos del recurso.

CONSIDERANDO: Que el recurrente dedica el primer motivo de su recurso, que es el que puede estimarse como fundamental para la impugnación que hace de la sentencia recurrida, a combatir la afirmación de la Sala de instancia, que sirve de base a su resolución, de que la validez de los certificados de adición no puede ser atacada con eficacia si al mismo tiempo no se impugna la patente a que están afectos, y, para demostrar los errores que atribuye al Tribunal *a quo* al sostener tal criterio, razona, interpretando a su modo diversos preceptos del Estatuto de la Propiedad Industrial, según el texto publicado por la Real Orden de 30 de abril de 1930, involucrando las normas que hacen referencia exclusiva a las patentes con las peculiares de los certificados de adición, dando para ello una extensión al concepto de patente que la ley en su terminología no autoriza, concluyendo por sentar la afirmación, que conviene a su interés, de que el derecho de propiedad industrial puede obtenerse de manera independiente y sustantiva mediante el certificado de adición; pero deshaciendo la confusión en que se desenvuelve el razonamiento del recurrente, ha de resultar notorio lo erróneo de su argumentación con sólo examinar la naturaleza y cualidades con que el propio Estatuto de la Propiedad Industrial crea y regula los denominados certificados de adición.

CONSIDERANDO: Que amparado el derecho de propiedad del creador de cualquier invento relacionado con la industria mediante la concesión de la oportuna patente de invención y su consiguiente registro en el de la Propiedad Industrial, no puede quedarle vedado a su autor el introducir algún perfeccionamiento o mejora en el invento ya registrado, y a proteger estas nuevas reivindicaciones que se añaden a las que la patente registrada contenía, cuando por sí solas no tengan suficiente entidad para constituir objeto de nueva patente, y siempre que las tales reivindicaciones no alteren la esencia del objeto patentado, atiende la ley mediante el llamado certificado de adición, que regulan los artículos 73 a 82 del dicho Estatuto, según los cuales este certificado, que no puede nacer a la vida de la propiedad industrial solicitado por cualquier persona, sino precisamente por el poseedor de la patente para la cual se reivindican las mejoras o perfeccionamientos introducidos, es accesorio de la patente a la cual se afecta, sin que pueda ser expedido si antes no lo fué aquélla; carece de duración propia por cuanto termina su vida cuando se extingue la de la patente principal, bien por terminación del plazo durante el cual fué otorgado, ya por las demás causas de caducidad (artículo 116 del Estatuto) o en virtud de declaración de nulidad de ella (artículo 115); sigue con la patente que le sirve de soporte las modificaciones de derecho que ésta experimenta, sin que pueda por sí solo ser objeto de transmisión (artículo 38) y hasta en el abono de los impuestos que gravan estas concesiones de propiedad industrial es singular el caso de los certificados de adición, ya que, satisfecho

lo que corresponde a su expedición, no quedan sujetos al pago de canon alguno durante el tiempo que dure su vigencia, sin duda por considerarles incluidos en la patente principal, que es la que ha de abonar las cuotas anuales establecidas.

CONSIDERANDO: Que todo lo queda expuesto claramente revela que el tantas veces repetido certificado de adición, o patente complementaria, como también se denomina en otras legislaciones, lejos de ser una entidad sustantiva, carece de subsistencia propia e independiente, y en cuanto añade nuevas reivindicaciones a las que la patente contiene, forma con ella, por el hecho de su adhesión, una unidad que queda investida del privilegio de indivisibilidad a que se refiere el artículo 11 del Estatuto, y por ello, como no pueden ser impugnadas las patentes de modo parcial, esto es, atacando unas reivindicaciones y respetando otras, puesto que el objeto patentado resulta del conjunto de las reivindicaciones que le integran, ha de deducirse como lógica consecuencia que, unido un certificado de adición a su patente, no cabe que pueda ser impugnado aquél aisladamente si al mismo tiempo no se combate la patente completa, de la cual ha llegado a formar parte, y habiéndose ajustado a esta doctrina la Sala de instancia al rechazar la demanda de nulidad del certificado de adición número 142.713, afecto a la patente número 142.625, otorgados ambos a favor del demandado don B. A., es visto que ha interpretado con acierto los preceptos normativos que regulan la materia debatida, sin incurrir en las infracciones alegadas por el recurrente, y procede la desestimación del primer motivo del recurso.

CONSIDERANDO: Que habiendo de ser mantenida la sentencia recurrida por las razones que anteriormente quedan expuestas, al desestimar el primer motivo de este recurso, se hace innecesario entrar en el examen detenido y concreto de los restantes motivos en que el recurso se ampara, los cuales, por otra parte, habrían también de ser rechazados con sólo tener en cuenta que se han formulado no contra la razón fundamental en que el Tribunal de instancia apoyó su resolución, sino contra ciertas manifestaciones que en sus considerandos expresa para ampliar las consecuencias que de sus apreciaciones jurídicas deduce y que en nada modifican, restringen ni condicionan la razón básica de su sentencia y también por referirse a una Memoria y patente (la otorgada al señor C.) que no ha sido objeto del litigio promovido y que si aparece en el mismo es en virtud de las alusiones que con mero carácter de referencia han hecho a ellas las partes en sus escritos y probanzas, sin combatirlas ni discutirlas, y que la Sala reprodujo con igual carácter en la explicación de su criterio.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 ABRIL 1949

Civil—enriquecimiento sin causa—qué se debe entender por tal—de dónde deriva la acción.

Traspaso directo de bienes del patrimonio de uno al del otro sin causa jurídica, con conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento.

La acción de enriquecimiento deriva de las normas generales que gobernan la institución y no la de la regla específica del artículo 361.

Civil—edificación de buena fe en suelo ajeno—la toma de posesión del edificio construido—gastos necesarios.

Aquella supone opción.

Son necesarios los gastos invertidos en la edificación del edificio del que se toma posesión sin reserva ninguna.

ANTECEDENTES.—La entidad demandante realizó unas obras en un solar del Estado para la Junta del Patronato del Instituto Náutico del Mediterráneo, en virtud de adjudicación, siendo ampliadas posteriormente por requerimiento de tal Junta.

Posteriormente, el Estado ocupó tal edificio, pero se negó a pagar la diferencia entre lo ya percibido por el demandante de aquella Junta y el total valor, debidamente justificado, de aquellas obras.

La entidad constructora interpuso demanda contra el Estado reclamando tal cantidad, alegando la existencia de un enriquecimiento injusto a favor del Estado.

El Juzgado admitió la demanda y la Audiencia confirmó tal fallo, contra el que se interpuso recurso por el motivo que recoge el primer considerando de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que ante la reclamación de la parte impagada del importe de unas obras que el contratista demandante realizó por orden y cuenta del Estado, según se afirma en la demanda, la Sala sentenciadora pronunció fallo condenatorio con apoyo jurídico en el principio de enriquecimiento sin causa, al apropiarse la entidad demandada del edificio construido y no pagar el total importe de lo invertido en las obras, y esta posición de la sentencia recurrida es objeto de impugnación por el Estado en el presente recurso, alegando que se han infringido por no aplicación los artículos 361, 453 y 454 del Código civil, de los que infiere el recurrente que la norma de enriquecimiento injusto que sirve de fundamento a la sentencia impugnada dimana de la acción de lo construido por el contratista al suelo propiedad del Estado, y como el demandante no acató el derecho de opción que al dueño del suelo concede el citado artículo 361, y, además, la condena pronunciada contra el Estado le grava en mayor suma que aquella en que se habría enriquecido al imponérsele el pago del total importe de las obras sin excluir las que supongan mejoras de lujo o recreo a los efectos de los artículos 453 y 454, la recta

aplicación de dichos preceptos legales debiera conducir, a su juicio, a la absolución de la demanda.

CONSIDERANDO: A mayor abundamiento, que es desestimable el único motivo del recurso: Primero, porque habiendo sido ejecutadas las obras por adjudicación que de ellas hizo al contratista el dueño del suelo—no a sus espaldas como alega el recurrente, desentendiéndose de los hechos probados—y, por lo tanto, con su autorización, no entran en juego las reglas de los artículos 361 y siguientes que regulan situaciones jurídicas de edificación sobre suelo ajeno, sin licencia o autorización del dueño de éste y para éste, no para el que edifica; y segundo, porque aun en el supuesto de que no hubiera existido o no fuera eficaz el vínculo contractual que ligase al cumplimiento de la obligación de pago contraída, siempre sería de apreciar la concurrencia de todos los requisitos que la jurisprudencia y la doctrina científica exigen para aplicar las normas de equidad y de derecho que informen la prohibición de enriquecerse a costa de otro, ya que, sobre la base de facto, no impugnada en el recurso, de que el Estado se hizo cargo o tomó posesión del edificio construido que viene utilizando y de que el valor de las obras es el que se le asigna en la demanda, se aprecia claramente que la falta de pago de la justificada valoración del edificio supondría una atribución de bienes al Estado sin causa jurídica y a costa o en detrimento del constructor, con conexión perfecta de enriquecimiento y empobrecimiento por virtud del traspaso directo del patrimonio del actor al del demandado, determinante de la acción *conditio sine causa*, encaminada a restablecer el equilibrio patrimonial perturbado por aquel desplazamiento mediante la adecuada restitución o indemnización en la cuantía en que el enriquecimiento se produjo.

CONSIDERANDO: Que no cabe traer a casación problemas nuevos en el proceso sobre derecho de opción del dueño del suelo y sobre discriminación de gastos necesarios, útiles y de recreo en la construcción, ni en todo caso sería procedente el planteamiento de tales problemas en situación como la de autos, en que, según se infiere de lo expuesto, la acción de enriquecimiento injusto ejercitada deriva de las normas generales que gobiernan la institución y no de la regla específica que para el supuesto de accesión establece el artículo 361 del Código civil, alusivo a uno de los eventos de enriquecimiento entre otros varios que también contempla el Código sin adecuada sistematización, siendo obvio, por otra parte, que, aunque así no se entendiera, el derecho de opción que aquel precepto regula habría sido ya ejercitado con mucha anterioridad a la demanda al poseicionarse el Estado del edificio construido, como obvio es también que, a falta de prueba en contrario, se han de reputar necesarios los gastos invertidos en la edificación, máxime habiendo sido realizados de acuerdo con la Junta de Patronato, en representación del Estado, y justificados en autos por informe pericial, según así lo ha estimado la sentencia recurrida, sólo impugnada ahora por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 ABRIL 1949

Civil—arrendamientos urbanos—ocupación de vivienda por el arrendador—facultad de elección—artículo 79.

La facultad de elegir la vivienda que se deseé ocupar es elección que el arrendador no puede hacer a su arbitrio, sino por el orden establecido en el artículo 79 de la L. A. U., mediante la comparación entre las circunstancias de cada uno de los individuos.

Civil—arrendamientos urbanos—derecho subjetivo del propietario—negación de la prórroga del arrendamiento—ejercicio simultáneo.

La elección puede impugnarla el individuo elegido, con razón o sin ella, de lo que resulta la existencia de una facultad reglada de elección que constituye un derecho subjetivo del propietario con su correspondiente acción y la posibilidad de una contienda judicial entre partes sobre tal derecho, cuya substancialización puede simultanearse con la denegación de la prórroga del arrendamiento, pero que la Ley no prohíbe se sustancie previamente, y para cuyo planteamiento y resolución no interesa expresar la clase de acción que se ejercita más que cuando por ella haya de determinarse la competencia.

Procesal—legitimación de las partes—diligencias previas y contienda judicial.

La determinación previa a un juicio de la personalidad y condiciones del que ha de ser demandado está autorizada en la Ley de Enjuiciamiento civil al regular un procedimiento mediante el cual se podrá preparar todo juicio, pero sin prohibir que cuando sobre la determinación de que se trate surja contienda entre partes pueda ejercitarse el demandante la correspondiente acción para que se declare judicialmente la situación personal que le interesa, siempre que alegue un interés legítimo protegido por la Ley.

ANTECEDENTES.—Las demandantes, propietarias de la casa número 50 de la calle de Alfonso XIII, demandaron a don I. R. R., alegando que doña C. Q., copropietaria de la casa, iba a contraer matrimonio con un Magistrado Inspector Regional de la Magistratura de Trabajo de la zona Centro, que tiene en Madrid su residencia oficial, y necesitaba una vivienda para establecer su hogar. El Juzgado accedió a la demanda.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Número tercero del artículo 169, por infracción de las sentencias de 3 de abril de 1944 y 22 de noviembre de 1944.

Segundo. Número tercero del artículo 169 y del artículo 82 de la L. A. U.

Tercero. Número tercero del artículo 169 de la Ley, por infracción del artículo 359 de la L. E. C.

Cuarto. Número tercero del artículo 169 de la Ley, por infracción del artículo 79 de la misma Ley.

Quinto. Número cuarto del artículo 169 de la L. A. U.

CONSIDERANDO: Que lo expuesto basta para desestimar el recurso por sus causas primera y segunda, puesto que demostrada la posibilidad legal del ejercicio de la acción ejercitada en la demanda, la sentencia que da lugar a ella no infringe ni la doctrina legal ni el precepto invocado en dichas causas.

CONSIDERANDO: Que tampoco es procedente el recurso por las causas cuarta y quinta, porque las declaraciones de hecho de la sentencia recurrida de no vivir como inquilino en la casa de don A. de F. y de ser "empleados funcionarios con deber de residencia" los otros dos inquilinos que el demandado alega tienen menor familia que la suya, no se ha impugnado como manifestación errónea, acreditando el error por la prueba documental o pericial que obra en autos, ya que no constituye tal clase de pruebas ni los escritos de proposición ni el interrogatorio de los testigos, ni sus declaraciones ni las manifestaciones verbales de la representación de la demandante, ni puede ser útil al efecto la alegación en conjunto de la prueba documental, sin señalar qué documento o documentos de los que obran en autos acreditan el supuesto error.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 ABRIL 1949

Arrendamientos urbanos—acción del artículo 161—competencia—artículos 158 y 160.

La acción ejercitada se fundamenta en el derecho reconocido en el precepto del artículo 161 de la L. A. U. de que la competencia para conocer del juicio originario del recurso está atribuida por los artículos 158 y 160 de aquélla al Juez municipal.

Procesal—Ley de Justicia Municipal—base décima.

La norma tercera del apartado B) de la base décima de la Ley de Justicia Municipal de 19 de julio de 1944 no exige otros requisitos en la demanda sino que se expongan sucinta y claramente los hechos que convenga establecer como base de las pretensiones que se formulen y se aduzcan los razonamientos jurídicos en que ésta se apoya.

Procesal—recurso de injusticia notoria—artículo 359 de la L. E. C.

El artículo 359 de la L. E. C., por su carácter sustancial y no meramente adjetivo, no puede ser motivo de un recurso.

ANTECEDENTES.—El actor formuló demanda de desahucio en proceso de cognición—como propietario de la casa número 15 de la calle de los Infantes—, alegando que a la muerte de la arrendataria del piso cuarto derecha, de la finca de su propiedad, siguieron en aquél doña C. P. y doña M. P. S. F., que convivían con la arrendataria fallecida, viniendo a ocuparlo un hermano de la arrendataria, que con anterioridad a su fallecimiento vivía en Chamartín de la Rosa.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Quebrantamiento de las formalidades del juicio verbal del artículo 1.593 de la L. E. C., en relación con los artículos 1.593, apartado segundo, y 1.565, apartado tercero, excediéndose en la aplicación de los artículos 158 y 160 de la L. A. U., y el apartado e) de la base décima de la Ley de Justicia Municipal de 19 de julio de 1944.

Segundo. Quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio por vulneración del párrafo sexto del artículo 1.533 de la L. E. C., y el artículo 524, en relación con la base décima de la Ley de Justicia Municipal.

Tercero. Incongruencia al no ajustar su redacción a las formalidades del artículo 359.

CONSIDERANDO: Que aun en el supuesto de que el defecto legal en el modo de proponer la demanda pudiera ser, según pretende el recurrente, materia propia de un recurso por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, originario de indefensión, tampoco podría prosperar el motivo segundo, porque la norma tercera del apartado B) de la base décima de la Ley de Justicia Municipal de 19 de julio de 1944 no exige otros requisitos en la demanda que se expongán, sucinta y claramente, los hechos que convenga establecer, como base de las pretensiones que se formulen, y se aduzcan los razonamientos jurídicos en que ésta se apoye; y como en el escrito inicial se establece, con toda precisión, que el recurrente no tiene derecho a continuar el contrato de arriendo de la inquilina fallecida por no darse a su favor el requisito de la convivencia con un año de antelación a su óbito, y, a tal fin, se apoyó en el artículo 71 para suplicar la negativa de tal derecho, cuya pretensión ha sido la base de la litis, es claro que la demanda se formuló con todas las circunstancias requeridas por la norma predicha, en relación con los artículos 524 y 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que tampoco fueron infringidos.

CONSIDERANDO: Que para desestimar el tercero basta tener en cuenta que está fundado en la violación del artículo 359 de la Ley procesal, que, como es notorio, por su carácter sustancial y no meramente adjetivo, no puede ser motivo de un recurso de injusticia por quebrantamiento de forma de la naturaleza del interpuesto, según se infiere de lo prevenido en el número segundo del artículo 1.692 de la antedicha Ley y repetida doctrina de esta Sala.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 20 ABRIL 1949

Procesal—juicio ordinario y juicio ejecutivo—relaciones—la excepción de provisión de fondos.

No pueden discutirse en el juicio ordinario las excepciones que pudieron formularse y resolverse en el ejecutivo y que el ejecutado dejó de oponer oportunamente por indudable negligencia. Entre ellas se encuentra la excepción de provisión de fondos.

ANTECEDENTES.—El demandante sostuvo relaciones amistosas con el suegro de la demandada, fruto de las cuales fué, según él, la aceptación de una letra sin provisión de fondos. El marido, ya fallecido, de la demandada llegó a ejecutar tal letra contra el aceptante y se embargaron, para su cobro, dos créditos de éste. Posteriormente hubo avenencias entre él, el ejecutante y su padre para que, deshaciendo lo hecho, percibiese el demandante tales créditos. No obstante, la viuda demandada percibió uno de ellos, muy superior al importe de la letra. Interpuesta demanda contra ella, el Juzgado la desestimó. La Audiencia la revocó en cuanto al exceso referido, y se interpuso recurso por ambas partes, fundado en los siguientes

MOTIVOS.—El de la demandada:

Primero. Por infracción del artículo 1.900 del Código civil, porque no se ha probado el pago hecho indebidamente.

Segundo. Violación del artículo 1.479 de la L. E. C., pues la excepción de falta de provisión de fondos debió alegarse en el ejecutivo.

Tercero. Error de hecho en la apreciación de las pruebas, pues la frase “valor recibido” que consta en la cambiaria prueba la provisión de fondos.

El del demandante:

Primero. Interpretación errónea del artículo 1.479 de la L. E. C., por estimar erróneamente que no puede tener el alcance de privar de su estabilidad y firmeza a las enajenaciones o adjudicaciones hechas en los juicios ejecutivos.

Segundo. Infracción de la doctrina sentada en las sentencias de 13 de noviembre de 1926, 9 de diciembre de 1939 y 9 de abril de 1942, según las cuales si en el ordinario se demuestra que la duda era incierta y no exigible, por excepciones que no pudieron alegarse en el ejecutivo, hay que declarar la nulidad del ejecutivo.

CONSIDERANDO: Que, atendido el sentido y alcance del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según ha sido interpretado por las decisiones de la jurisprudencia, el juicio ordinario que se reserva a las partes después del ejecutivo está limitado a dilucidar en un debate más amplio la cuestión de fondo, esto es, la certeza, realidad y subsistencia del crédito que sirvió de base a la ejecución, pero sin que puedan discutirse en este juicio ordinario los defectos del título ni otras excepciones que pudieron formularse y resolverse en el ejecutivo y que el ejecutado dejó de oponer oportunamente por indudable negligencia.

CONSIDERANDO: Que, no obstante la rotunda prescripción del artículo 1.465 de la Ley procesal civil en lo tocante a las excepciones que en el juicio ejecutivo pueden oponerse cuando del pago de letras de cambio se trata, ha venido la jurisprudencia reiterando la doctrina de admitir una nueva excepción causal si en la letra de cambio que sirve de título para la ejecución solamente han intervenido el librador y el aceptante, cual es la de falta de provisión de fondos, con lo que mitiga el rigor que presidió la redacción del artículo 480 del Código de Comercio; y en las varias sentencias, entre ellas las de 12 de julio de 1899, 31 de octubre de 1912 y 30 de enero de 1936, en que sienta tal doctrina, deja la plena aplicación del artículo 480 citado a los supuestos de que la relación cambiaria se halle establecida entre el aceptante y terceros poseedores de la letra, para los cuales, en su trato respectivo, va perdiendo interés el vínculo inicial que liga al librador y al librado; pero si es el mismo librador el que reclama el pago, ha de estimarse que la provisión de fondos recobra toda su significación causal para la obligación del aceptante y puede éste, en su virtud, con plena eficacia, oponer la excepción de dicha falta de provisión de fondos al librador que, fundándose en el mero hecho de la aceptación, exige abusivamente del aceptante el pago de la letra, para lo que el librador carece de acción, a menos que pruebe que el aceptante era deudor suyo el día del vencimiento de alguno de los modos que expresan los artículos 456 y 457 del Código de Comercio.

CONSIDERANDO: Que de la aplicación de la doctrina que queda expuesta al caso del presente recurso se deduce claramente que la norma del artículo 1.479 de la Ley procesal civil no ha podido amparar la reclamación formulada por el actor de este pleito, hoy recurrente, puesto que, aun sin entrar a discutir la pertinencia de utilizar la facultad que a las partes litigantes otorga tal precepto, atendida la forma reivindicatoria con que se produce la demanda, sin formular impugnación alguna ni contra el procedimiento ejecutivo ni contra la resolución que le puso término, es lo cierto que la causa que el recurrente alega para obtener la devolución de la cantidad que dice le pertenece es la de no haber sido provisto de fondos por el librador de la letra que aceptó y cuyo pago, mediante el juicio ejecutivo oportuno, le fué exigido por el mismo; pero esta excepción pudo y debió ser ejercida en el mencionado procedimiento y no le es lícito, con arreglo a la jurisprudencia citada, hacerla valer para pretender la anulación de los efectos que el dicho juicio ejecutivo produjo, como se intenta al invocar, para que pueda prosperar su reclamación, la norma procesal aludida, que priva a las sentencias dictadas en el juicio ejecutivo de la autoridad inatacable de cosa juzgada, y si no la formuló a su tiempo, solamente a él será imputable el perjuicio sufrido, y, por lo tanto, es notorio que el tantas veces citado artículo 1.479 de la Ley ri-
tuaria ha sido infringido al aplicarle equivocando su sentido por la Sala de instancia y procede la estimación del segundo motivo del recurso interpuesto por la señora Z., y asimismo, reconocida la interpretación errónea de la norma procesal aludida, es ineludible, por obligada conse-

cuencia, estimar también el motivo primero del recurso formulado por el señor R. O., que denuncia la errónea interpretación de dicho precepto, aunque con distinta orientación impugnadora a la que queda expuesta.

FALLO.—Se da lugar al recurso interpuesto por la demandada en cuanto al segundo motivo y al interpuesto por el demandante en cuanto al primero, y, en consecuencia, se casa y anula la sentencia de la Audiencia.

AUTO 21 ABRIL 1949

Procesal—recurso de casación: casos en que procede.

No procede si las resoluciones contra las que se interpone no son definitivas.

CONSIDERANDO: Que es requisito esencial, conforme a los artículos 1.689 y 1.690 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que pueda darse el recurso de casación, que las resoluciones contra las que se interpongan sean definitivas, conceptos que no comprende a las que recayendo sobre un incidente o artículo no ponen término al pleito principal, haciendo imposible su continuación; y como el auto contra el que el presente recurso se intenta interponer no es sino confirmatorio de otro en el que el Juez de primera instancia se había negado a reponer dos providencias en las que tuvo, a instancia de parte legítima, por promovido y preventido, sucesivamente, el juicio voluntario de testamentaría de doña J. S. B., es visto que no sólo no puso término a este juicio universal, sino que, dando lugar a su apertura, hace posible su prosecución y no tiene, por consiguiente, el carácter de definitivo que exige la casación, por lo que el recurso que contra él se propone ha de ser rechazado en este trámite, en cumplimiento de lo preventido en el número tercero del artículo 1.729 de la Ley procesal.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 ABRIL 1949

Civil—acción reivindicatoria—requisitos—prueba del dominio.

Civil—adquisición de la propiedad: valor del contrato de compraventa que constare en documento privado, a efectos de la tradición.

Civil—tradición instrumental—el artículo 1.462, párrafo segundo, del Código civil constituye solamente una presunción “iuris tantum”.

Civil—interpretación del párrafo primero del artículo 24 de la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909 (párrafo segundo, artículo 38 de la vigente).

Solamente es aplicable cuando del éxito de las acciones ejercitadas se haya de derivar el reconocimiento de un derecho inconciliable con el contenido de la inscripción a que contradiga

ANTECEDENTES.—A., propietario de la hacienda X, vendió a B. las fincas que componían dicha hacienda, pero queriendo reservarse cuatro de ellas, y como dichas fincas estaban hipotecadas y el acreedor hipotecario se oponía a que la venta se verificase con publicidad si no era de la totalidad de las fincas, otorgaron un documento privado, suscrito por comprador y vendedor, en el que se determinaba que B. vendía a A. las cuatro fincas antedichas, estipulándose “que A. no se interrumpiría en la posesión de tales fincas, en la cual no había llegado a entrar B. más que en la forma simbólica del otorgamiento de escritura pública”. En ésta constaba que A. vendía a B. la totalidad de las fincas que componían la hacienda de X. B. inscribió, de acuerdo con dicha escritura, sus derechos sobre la totalidad de las fincas en el Registro de la Propiedad. A. presentó demanda reivindicando las cuatro fincas de que era propietario, y fué estimada, confirmándose en apelación la sentencia de primera instancia. B. interpuso recurso de casación.

CONSIDERANDO: Que de la afirmación de este hecho, que sirvió a la Sala de instancia de base para estimar, como premisa conducente a su fallo, que el documento privado de 5 de octubre de 1912 tenía eficacia reivindicatoria respecto a las fincas reclamadas en la demanda, porque a pesar del otorgamiento de la escritura pública a la que servía de complemento para que tuviera realidad lo querido y concertado por los contratantes, éstos reconocían que A. continuaba siendo poseedor de las fincas antes y en el momento en que se le vendían, se deriva la principal de las cuestiones debatidas en el juicio, propuesta en el recurso, con abandono por el recurrente de las relativas a la resolución del referido contrato y a las de prescripción de la acción y adquisitiva también examinadas y resueltas por la Sala sentenciadora, al alegar la parte recurrente en el primero de sus motivos, amparado en el número 1.^º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento la infracción de los artículos 609, 1.095 y 1.462 del Código civil y las sentencias de esta Sala que cita, estimándolos violados por no aceptar la resolución recurrida que B. al firmar la escritura pública de 5 de octubre de 1912 tenía el dominio y la posesión de la hacienda de X en su totalidad y, consiguientemente, de las cuatro fincas reclamadas, y al otorgar al demandante aquellos derechos reales porque se establece en el documento privado que nunca salieron de la tenencia material de aquél.

CONSIDERANDO: Que es cierto que la acción reivindicatoria, como emanada del dominio, requiere la justificación de éste para ser ejercitada con éxito, y que, como por la parte recurrente se aduce en el motivo, es necesario, conforme a los artículos 609 y 1.095 del Código civil, para que el derecho de propiedad se adquiera por consecuencia de un contrato, que

medie la tradición, esto es, que la cosa haya sido entregada poniéndose en los casos de venta en poder y posesión del comprador, a lo que, según establece el artículo 1.462 del mismo cuerpo legal, equivale el otorgamiento de la escritura pública en los contratos de compraventa, si de ella no resultare o se dedujere claramente lo contrario, por lo que la constancia en documento privado de un contrato de aquella clase no da nacimiento o acción real alguna, puesto que por sí mismo se transfiere el dominio, si no se justifica la tradición de la cosa vendida, pero no cabe desconocer que cuando esta justificación se acompaña queda investido de eficacia reivindicatoria, ya que entonces el acto de la entrega de lo comprado ha constituido al comprador en propietario de ella.

CONSIDERANDO: Además, que la tradición instrumental que en su párrafo segundo reconoce el artículo 1.462 antes citado no es sino presunción combatible cuando no concuerda con la realidad jurídica, y que habiendo de prevalecer en favor de terceros si de la escritura no resulta con claridad contrariada, ha de ceder respecto a los contratantes que fuera de aquella tengan reconocida o concertada su falta de realidad; y esto es lo que acontece en el caso cuestionado, en el que al reconocerse en el documento privado de compraventa de 5 de octubre de 1912 que las cuatro fincas que en él se vendían a A. estaban ya poseídas por el mismo sin que en esta posesión hubiese cesado, por convenirlo así los contratantes, la entrega de ellas, tenidas ya por el comprador, era imposible, innecesaria y contraria a la realidad la tradición ficta de la escritura pública de la misma fecha, de lo que ha de seguirse que asistido aquél del derecho real de dominio que el recurrente le desconoce, no incurrió al estimarlo así la Sala de instancia en las infracciones que acusa el primero de los motivos del recurso, que ha de ser desestimado.

CONSIDERANDO: Que tampoco es estimable el segundo motivo, fundado también en el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, con cita en el concepto de infringido del artículo 24 de la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909, porque si bien este precepto dispuso en su párrafo primero, reproducido en el segundo del artículo 38 de la Ley de 8 de febrero de 1946, con la actual vigencia, que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, tal disposición no es tan absoluta que condicione con su aplicación todos los casos de ejercicio de acciones reivindicatorias, sino sólo los en que del éxito de éstas se haya de derivar el reconocimiento de un derecho inconciliable con el contenido de la inscripción a que contradiga, circunstancia que no concurre en el caso cuestionado en el pleito, en el que lejos de impugnarse el derecho de dominio registrado se parte de él en la sentencia recurrida para estimar que la titular del mismo y demandada lo transmitió al demandante en virtud de un posterior contrato de compraventa que requiere una inscripción nueva que siga a la que antecede sin ser contradictoria de ésta.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 25 ABRIL 1949

Civil—distinción entre la acción reivindicatoria y la declaración del dominio.

La tutela del derecho de propiedad se desenvuelve a través de dos acciones: la reivindicatoria, medio de protección del dominio frente a una privación o detención posesoria, y la meramente declarativa, que no requiere para su ejercicio que el demandado sea poseedor y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el demandante es propietario de la cosa.

No puede ser obstáculo para el éxito de la acción declarativa la circunstancia de haberse omitido en la demanda la concreta delimitación de la parcela de terreno en que los actos de perturbación se realizaron, si la acción afecta a la totalidad de la finca y la perturbación tuvo lugar dentro del perímetro de ésta.

ANTECEDENTES.—Doña I. P. C., dueña de una finca, fué perturbada en la posesión de una parcela de ella por la Administración Forestal del Estado, que alegaba estar dicha parcela incluida en un monte propiedad del Estado. Doña I. P. C. interpuso demanda solicitando se declarase que la finca en cuestión era de su propiedad, y que la Administración no podía realizar actos de perturbación. El Juzgado de Primera instancia desestimó la demanda, y la Audiencia revocó esta sentencia. El Abogado del Estado interpuso recurso de casación, basado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO.—Único. Véase el primer considerando de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que el motivo único de casación invocado acusa la violación del artículo 348 del Código civil y de la doctrina establecida por la jurisprudencia de esta Sala, alegando que para que pudiese prosperar la acción reivindicatoria—que según dicho motivo es la ejercitada en la demanda origen del recurso—sería preciso se hubiese determinado en forma que pudiese llegar a conocerse la parte del terreno a que la acción se refiere, añadiendo que en el caso del presente litigio la demandante no determinó dicha parte, porque si bien en su escrito de réplica se refirió a la descripción que el recurrente había hecho en el suyo de contestación, no alteró el suplico de la demanda, en el que tal determinación faltaba, y sosteniendo, además, que el Tribunal de instancia incide en error de hecho al estimar concretada la parcela que se reclama, error acreditado por dicho escrito de demanda.

CONSIDERANDO: Que, como declaró esta Sala en sus sentencias de 21 de febrero de 1941 y 27 de mayo de 1944, la tutela del derecho de propiedad se desenvuelve a través de dos acciones enlazadas y frecuentemente confundidas: la reivindicatoria, que constituye medio de protección del dominio frente a una privación o una detención posesoria—y va dirigida fundamentalmente a la recuperación de la posesión—, y la acción mera-

mente declarativa, la cual no requiere para su ejercicio que el demandado sea poseedor y tiene como finalidad la de obtener la declaración de que el demandante es propietario de la casa, acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo atribuye; y solicitado en la demanda se dictase sentencia declarando que la finca "El Borbotón", tal como se describía y deslindaba, pertenece en plena propiedad a la actora y que no era dable a la Administración realizar los actos con que había perturbado la posesión de dicha finca, resulta incontrovertible que la acción ejercitada es la declarativa de la propiedad y no la reivindicatoria, pues esta última es siempre una acción de condena y se encamina, como antes se ha indicado, a la recuperación de la cosa reclamada, mientras que aquélla se destine—cual ocurre en el caso del presente litigio—en los límites de una declaración judicial del derecho alegado, sin pretender una ejecución en el mismo pleito, aunque pueda tenerla en otro distinto; de donde con toda claridad aparece que el recurrente funda sus argumentos en una base errónea al sostener que la acción ejercitada es la reivindicatoria.

CONSIDERANDO: Además, y bajo otro aspecto, que afirmado por la Sala sentenciadora—sin impugnación en el recurso—que la Administración realizó los actos perturbadores de la posesión dentro del perímetro de la finca, y que ésta, tal como se describe en la demanda, pertenece a la actora, no puede ser obstáculo en el caso actual para el éxito de la acción declarativa entablada la circunstancia de haberse omitido en aquella demanda la concreta delimitación de la parcela de terreno en que los actos de perturbación se realizaron; y no puede ser obstáculo la omisión de que se trata porque ejercitada la acción respecto a la totalidad de la finca en que se halla la parcela, resulta evidente que al constituir dicha finca, tal como en la demanda se describe, una unidad permanente y estable, se da la debida determinación del objeto a que la acción se refiere y no cabe apreciar la existencia de la supuesta falta.

CONSIDERANDO: Que las razones expuestas conducen lógicamente a la desestimación del motivo de casación invocado.

FALLO.—No ha lugar.

AUTO 26 ABRIL 1949

Procesal—inadmisibilidad del recurso de casación por infracción de ley en los procesos de desahucios de viviendas disfrutadas en precario, a las que correspondiera en arrendamiento renta inferior a mil quinientas pesetas anuales.

Constituye constante jurisprudencia, por aplicación a esa situación jurídica del principio limitativo por la cuantía que informa el número segundo del artículo 1.694 de la L. E. C.

SENTENCIA 27 ABRIL 1949

Civil—obligaciones—intimidación—quién puede alegarla—elementos para la apreciación.

No puede el que en alguna parte aceptó el contrato a que se refiere. Presupone elementos de hecho, cuya apreciación corresponde a los Tribunales de instancia.

Procesal—prueba—documentos públicos y privados—relación entre ellos—apreciación.

ANTECEDENTES.—El demandante adquirió una casa, comprometiéndose en la escritura a que fueran de su cuenta toda clase de gastos y, entre ellos, el impuesto de plusvalía. El vendedor había realizado con anterioridad la venta de la casa en documento privado al demandado, el cual, por no interesarle después su adquisición, quiso quedar desligado del convenio, para lo cual el vendedor y el nuevo comprador, ahora demandante, le exigieron que abonase a éste toda clase de gastos, a lo que se comprometió en documento privado. Posteriormente se negó a satisfacer el impuesto de plusvalía. Interpuesta demanda contra él, fué estimada por el Juzgado y confirmada por la Audiencia, en apelación. Se interpuso recurso por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción, por interpretación errónea, de los artículos 1.267, 1.268 y 1.269 del Código civil, en relación con los 1.261, 1.262 y 1.265, pues para firmar aquel documento hubo intimidación.

Segundo. Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, basado en documento auténtico, pues no se ha tenido en cuenta la cláusula de la escritura de compraventa, en que se imponían los gastos consiguientes al comprador demandante.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, se dirige a combatir la sentencia recurrida, en cuanto estima que el documento privado base del pleito contiene un verdadero contrato que obliga al demandado, cuyo consentimiento no está viciado por la intimidación y el dolo ~~excepcionados~~, y estas afirmaciones, a juicio del recurrente, infringen los preceptos de la Ley sustantiva que regulan la esencia de los contratos y, sobre todo, el artículo 1.268 del Código civil, que ha debido ser aplicado, con más la doctrina de las sentencias de esta Sala que cita; pero, en su contradictroria actitud, olvida el recurrente que la existencia válida del contrato y, por tanto, la observancia de los preceptos relativos a sus requisitos esenciales, que como infringidos señala, está reconocida implícitamente por el mismo recurrente cuando estima bien cumplidas varias de las prestaciones a que en dicho contrato se obligó, sin formular reclamación alguna sobre ellas, y en cuanto a las alegaciones de vicio en el consentimiento, por intimidación y dolo, basta examinar la doctrina contenida en las mismas sentencias de 12 de febrero y 16 de diciembre de 1915 y 25 de mayo de 1944, que el recurrente cita en su apoyo, para

demonstrar la carencia de base de su argumentación, porque en las aludidas sentencias se establece que la estimación relativa a si en el otorgamiento de un contrato concurrieron o no los vicios de nulidad a que se refiere el artículo 1.267 del Código civil en relación con los 1.265 y 1.268, presupone unos elementos de hecho cuya apreciación corresponde al Tribunal de instancia, y como en el caso presente la resolución recurrida, lejos de suministrar las bases de hecho requeridas, declara que, según se desprende de la prueba, no existe el vicio de consentimiento que se quiere hacer valer, sino, por el contrario, voluntaria conformidad al rogar con prisa la extensión del documento para firmarlo, es visto que no han podido cometerse las infracciones alegadas y menos la de implicación del artículo 1.268, porque, además de no existir el supuesto necesario para su aplicación, ésta, que determina la nulidad de la obligación, no podía efectuarse por no haberse solicitado dicha nulidad en el pleito, todo lo cual lleva a la desestimación del primer motivo del recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 3 MAYO 1949

Procesal—competencia: ejercicio conjunto de la acción de simulación de un contrato y de la reivindicatoria sobre la cosa objeto del mismo.

No es acción mixta. Es principal la personal, por ser la reivindicatoria resultado necesario de ella. A falta de sumisión y no tratándose de reclamar el cumplimiento del contrato, hay que atribuir la competencia al juez del domicilio del demandado.

SENTENCIA 6 MAYO 1949

Procesal—imposición de costas en caso de absolver la Audiencia al demandado en un juicio de desahucio, por considerarse incompetente.

ANTECEDENTES.—Se trataba de juicio de desahucio de una industria. El Juzgado de Primera instancia estimó la demanda. La Audiencia revoca ese fallo por estimar aplicable la Ley especial de Arrendamientos Urbanos y considerarse incompetente, en consecuencia, reservando al actor el derecho de reproducir su demanda en el juicio correspondiente, y sin hacer especial condena en costas. El demandado interpuso recurso de casación basado en el siguiente

MOTIVO DEL RECURSO.—Único. Infracción del artículo 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento civil: se debieron imponer las costas al actor.

CONSIDERANDO: Que, atendidos los términos en que está concebido el fallo de instancia, en relación con sus fundamentos jurídicos, se aprecia que la Sala sentenciadora no ha hecho declaración alguna sobre proce-

dencia o improcedencia en estos autos del desahucio en ellos promovido, sino que, estimando su incompetencia por razón del procedimiento seguido, absolió de la demanda, reservándose al actor el derecho de que se crea asistido para ejercitario ante los Tribunales y en la forma procesal adecuada, por lo que es visto que no se está en presencia del supuesto que prevé el artículo 1.582 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que establece la norma de imposición de costas al demandado o al demandante, según se declare haber lugar al desahucio solicitado; razón por la que debe ser desestimado el único motivo del recurso que denuncia la infracción de dicho precepto legal.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 9 MAYO 1949

Procesal—resoluciones contra las que autoriza el recurso de casación la disposición transitoria 17 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Solamente son susceptibles de este recurso las que resuelven las divergencias suscitadas sobre si los preceptos de dicha Ley deben o no aplicarse a la cuestión debatida.

SENTENCIA 10 MAYO 1949

Civil—arrendamientos urbanos—aplicación del apartado b) del art. 5.^º del Decreto de 29 de diciembre de 1931 después de la vigencia del de 2 de junio de 1933—exigencia de que el destino dado a la cosa arrendada la haga desmerecer—caracteres de este desistimiento—necesidad de alegarlo y probarlo.

Civil—arrendamientos urbanos: irretroactividad de la causa cuarta del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

Exceptuado este artículo de la retroactividad general de dicha Ley, su aplicación por la causa cuarta exige que la variación de destino sea posterior a la vigencia de la misma Ley.

CONSIDERANDO: Que la aplicación del apartado b) del artículo 5.^º del Decreto de 29 de diciembre de 1931, después de la vigencia del de 2 de junio de 1933, que, sin distinción entre viviendas y locales de negocio, sino, por el contrario, comprendiendo expresamente a unas y otros en su disposición, interpretó restrictivamente el primero, exige la demostración de que el destino de la cosa arrendada a usos distintos de los pactados la haga desmerecer.

CONSIDERANDO: Que ese desmerecimiento, sea en sentido económico, social o moral, como cuestión de hecho ha de ser para su eficacia *alegado y*

probado, sin que sea presunción aceptable al efecto que en un local arrendado para vivienda se haya instalado un negocio, puesto que sólo conociendo todas las circunstancias del caso puede decirse si esa transformación ha redundado en perjuicio o en beneficio de la finca de que se trata.

CONSIDERANDO: Que por no haberse alegado en la demanda ni probado en el juicio el desmerecimiento indicado como indispensable para la aplicación del artículo 5.^o del citado Decreto de 1931, no se pudo aplicar al caso dicho precepto legal y, en consecuencia, la sentencia recurrida no infringió, por no haberle aplicado, ni ese precepto legal ni el principio "jura novit curia".

CONSIDERANDO: Que consumado el cambio de destino pactado del piso arrendado en el año 1942, y continuando sin interrupción en la actualidad, con conocimiento de la arrendadora, según hechos que estima probados la sentencia recurrida, no puede invocarse para la resolución del arrendamiento la causa cuarta del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, porque exceptuado ese artículo de la retroactividad de la Ley, su aplicación por la causa cuarta exige que la variación de destino sea posterior a la vigencia de la nueva Ley.

FALLO.—No ha lugar.

AUTO 10 MAYO 1949

Inadmisibilidad del recurso de casación contra resoluciones incidentales sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario practicado en juicio de testamentaría.

Según reiterada doctrina (sentencia de 14 de junio de 1932 y auto de 16 de mayo de 1933, entre otras), no se da tal recurso, porque es posible la discusión del mismo asunto en el juicio declarativo que corresponda.

SENTENCIA 12 MAYO 1949

Procesal—aplicación de las normas procesales comunes como supletorias de las especiales—apelación en juicio de desahucio por necesidad del dueño de ocupar el local arrendado—régimen aplicable antes de la vigencia de la Ley de 31 de diciembre de 1946.

No existiendo en el Decreto de 29 de diciembre de 1931 ni en la Ley de 19 de julio de 1944 normas especiales sobre procedimiento a seguir en tales apelaciones, habrían de ser aplicables las normas procesales comunes, que, en el supuesto de resoluciones de jueces comarcales o municipales, son los artículos 27 y 28 de la Ley de 5 de agosto de 1909, y en el de resoluciones de jueces de primera instancia, los artículos 1.591 y

siguientes de la L. E. C., en los que se hace preceptiva de modo inexcusable la obediencia a lo dispuesto en el 1.566, con la sanción, si en ella se incurriere, que previene el 1.567.

Procesal—diferencia entre la consignación preceptuada por el artículo 1.556 de la L. E. C. y la de las rentas vencidas en los procedimientos por falta de pago.

Procesal—posibilidad de que, admitido el recurso de apelación, lo declare desierto la Audiencia por falta de la aludida consignación.

ANTECEDENTES.—La cuestión planteada resulta claramente del primer considerando de la sentencia.

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Lo extracta el tercer considerando, abajo transcrita.

Segundo. Infracción de los artículos 1.566, 1.591 y 1.592 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con los 704, 705, 887 y 888 de la Ley de Enjuiciamiento civil: era al Juez de primera instancia, no a la Audiencia, a quien competía apreciar la falta de pago o consignación a efectos de admitir o no el recurso.

CONSIDERANDO: Que el presente recurso ofrece como cuestión única que ha de resolverse la de determinar si ejercitada una acción de desahucio por el propietario del local arrendado por necesitarle para establecer en él su propio negocio ya preexistente, accionando al amparo de los preceptos del Decreto de 21 de enero de 1936, en relación con el de 29 de diciembre de 1931, y sustanciado el juicio ante el Juzgado de primera instancia, en aplicación de la Ley de Bases de la Justicia municipal, es necesario, para que pueda tramitarse la apelación interpuesta de la sentencia dictada, acompañar los recibos o, en su caso, la consignación de las rentas vencidas, como previene el artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y si omitido este requisito al admitir la apelación el Juez de primera instancia, pueda la Audiencia, advertida la omisión, sancionarla de conformidad con lo que dispone al artículo 1.567 de la Ley procesal citada.

CONSIDERANDO: Que, antes de entrar a examinar los motivos de casación formulados, es necesario advertir que, en contradicción con alguna manifestación que hace el recurrente al explanar su argumentación, la Sala de instancia expresa que "se halla acreditado que el demandado apelante satisface una renta mensual por el local objeto del desahucio, sin que ni al interponer la apelación contra la sentencia del inferior ni durante el curso de ésta haya acreditado estar al corriente del pago de dichas rentas", y esta afirmación de hecho del Tribunal *a quo* que ha de estimarse incuestionable por no haber sido impugnada en forma alguna, constituye premisa obligada en la resolución de la cuestión planteada en este recurso.

CONSIDERANDO: Que en el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, acusa el recu-

rrente la infracción por interpretación errónea del artículo 15 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, puesto que entiende que al no consignar dicho precepto alusión alguna a las normas procesales comunes no debieron éstas ser aplicadas al tramitar la apelación que ha dado origen a este recurso; pero hay que tener en cuenta primeramente que el citado artículo 15 se refiere, en su último párrafo, de modo preciso a la apelación contra las sentencias pronunciadas por los jueces municipales deducida ante los de primera instancia, y al presente se trata de resolución por Juez de primera instancia y apelada ante la Audiencia correspondiente, y en segundo lugar, que el mismo silencio de la disposición que el recurrente cita relativa a este punto demuestra que al tramitarse la apelación habrán de ser observadas las disposiciones procesales comunes, puesto que es principio de general asentimiento en el orden jurídico, acorde con el espíritu que informa el artículo 16 del Código civil, que cuando no exista concretamente determinada norma especial aplicable a los respectivos casos han de serlo las de carácter general que constituyan el ordenamiento común, y esto es lo acontecido en el caso presente, en el que la norma procesal establecida en el artículo 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931 para la tramitación de los juicios de desahucio, que dicho Decreto regulaba, se refiere únicamente al conocimiento de tales asuntos en su primera instancia, pero no se determinó ni siquiera se hizo alusión a procedimiento especial alguno, ni en el citado artículo 15 ni en el apartado b) de la base décima de la Ley de 19 de julio de 1944, cuando se trata de apelación de las sentencias que en su caso dicten los jueces municipales o comarcales y los de primera instancia dentro de la competencia que respectivamente les estaba atribuida por aquellas disposiciones hoy derogadas reguladoras de los arrendamientos urbanos, y, por tanto, en la tramitación de la segunda instancia habrían de ser aplicables las normas procesales comunes, que en el primer supuesto (resoluciones de Jueces comarcales o municipales) son los artículos 27 y 28 de la Ley de justicia municipal de 5 de agosto de 1909, y en el segundo, que es el hoy debatido, los artículos 1.591 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, en los que se hace preceptiva de modo inexcusable la obediencia a lo dispuesto en el 1.566, con la sanción, si en ella se incurriere, que previene el 1.567, criterio que ya exteriorizó esta Sala en su sentencia de 13 de febrero de 1948, y en virtud de lo expuesto es forzoso concluir que el Tribunal *a quo* interpretó debidamente los preceptos adjetivos que se mencionan y procede desestimar el primer motivo del recurso, habiéndose asimismo de rechazar el argumento expuesto por el recurrente de que aplicar los artículos 1.566 y 1.567 en estos casos sería hacer de peor condición a los demandados de desahucio por motivos que no son la falta de pago de renta que a los desahuciados por esta causa, a quienes se permite consignar en cualquier momento el importe de los descubiertos por rentas vencidas, porque no cabe en modo alguno confundir la consignación meramente procesal que el artículo 1.566 de la Ley preceptúa para seguir el curso de la apelación o casación interpuestas con la consignación de las rentas vencidas en los procedimientos por falta de pago, autorizada

en las sucesivas disposiciones especiales reguladoras de los arrendamientos urbanos y aun en la vigente Ley de diciembre de 1946 (texto de abril de 1947), porque esta aludida consignación tiene por los preceptos que la amparan el carácter de liberatoria de la obligación y pone fin al procedimiento, circunstancias que no concurren en la otra.

CONSIDERANDO: Que las infracciones que el recurrente acusa en el motivo segundo del recurso, apoyado también en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no pueden ser estimados como tales porque, dado el carácter de interés público que reviste el procedimiento, sometidos los autos al conocimiento del Tribunal de instancia y advertido por la parte de la irregularidad procesal observada, acordó aquél, como era su deber y en el ejercicio de su jurisdicción, pues en aquel momento actuaba dentro de su competencia, corregir la infracción rituaría cometida, pues por respecto al procedimiento y aun por razones de economía procesal no debió continuar la tramitación de un litigio que al entrar en su ámbito jurisdiccional se hallaba viciado de nulidad por imperativo legal, mucho más cuando no procedió de oficio, como, sin duda, hubiera podido hacerlo, sino estimulado por la parte apelada en el momento procesal en que ésta tuvo ocasión para ello, pues aparte de que es sabido que el auto de admisión de la apelación dictado por el Juez de primera instancia no suele contener los datos suficientes que permitan conocer la falta procesal aludida, no es dable a la parte actuación alguna aun cuando se le dé traslado de dicha resolución porque la jurisdicción del Juez de primera instancia finaliza al dictar el auto admitiendo la apelación interpuesta, y de lo que antecede se deduce que no se han cometido por la Sala de instancia las infracciones aludidas y que su proceder fué correcto en la tramitación de la apelación a que puso fin el auto de 10 de agosto de 1946, ratificado por el de 26 de octubre de dicho año, debiendo, en su consecuencia, ser desestimado este segundo y último motivo y con él el recurso formulado.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 18 MAYO 1949

Civil—aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos a los arrendamientos en vigor, aunque estén sujetos, por razón del tiempo, al Código civil.

Civil—Inaplicabilidad de la citada Ley a los casos de conversión de vivienda en local de negocio realizada antes de su vigencia.

Civil—carácter retroactivo del artículo 122 de la Ley.

Procesal—competencia de los Juzgados municipales para conocer de las demandas de resolución de arrendamientos de viviendas, aunque se hayan convertido en locales de negocio.

Las infracciones contractuales que hayan podido cometerse no deben dar lugar a una modificación de las normas determinantes de la competencia, que redundaría en favor del infractor.

ANTECEDENTES.—Don A. N. C., arrendatario de vivienda en una casa de doña A. P. F., convirtió dicha vivienda en local de negocio y lo subarrendó a don M. P. S. en 1945; en 1947, la propietaria solicitó judicialmente la resolución del contrato; los demandados reconvinieron, pidiendo la revisión de la renta. El Juez municipal, ante quien se planteó el asunto, estimó la demanda y la reconvenCIÓN. El Juez de Primera instancia revocó esta sentencia por considerar incompetente en la materia al Juez municipal. La demandante interpuso recurso de injusticia notoria, fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. De los artículos 160 y 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos se deduce la competencia del Juez municipal.

Segundo. El arrendamiento era de vivienda, como se ve por no consignarse en él la clase de comercio o industria a que se dedicaba, como hubiera sido obligatorio por el Decreto de 21 de enero de 1936.

Tercero. No se debió admitir a don M. P. S. como parte en la apelación por no haber hecho la consignación de rentas que prescribe el artículo 1.583 de la L. E. C.

CONSIDERANDO: Que versando la presente demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento, no ofrece duda la competencia del Juzgado Municipal para conocer del litigio, a tenor de lo dispuesto en el artículo 160 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin que pueda reputarse a estos efectos que se trate de un local de negocio por el hecho de que la demanda se funde precisamente en haberse implantado una fábrica de bujías en el inmueble arrendado para vivienda, porque para determinar la competencia hay que atenerse a los términos del contrato y de la acción entablada, y aquí ha de entenderse que al no hacerse en el arrendamiento que sirve de base a la demanda referencia alguna a existencia de una industria en el hotel arrendado, se alquiló para vivienda, sin que las infracciones contractuales que hayan podido cometerse deban dar lugar a una modificación de las normas determinantes de la competencia, que redundaría en favor del infractor.

CONSIDERANDO: Que, por lo que se refiere a la alegación hecha en el recurso de que por no haberse consignado la renta por el demandado al apelar se deba declarar firme la sentencia de primera instancia, ha de ser desestimada porque, aparte de tratarse de una cuestión enteramente nueva, refiriéndose la demanda a una vivienda, conforme al contrato, es de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo, apartado a), del artículo 163 de la expresada ley, incluso por lo que afecta al recurso de revisión, ya que, si tratándose de viviendas no es obligatoria en la apelación la consignación de renta, cuando el desahucio no se establece por falta de pago, con igual motivo ha de considerarse eximido de tal requisito el caso de revisión.

CONSIDERANDO: Que, entrando ya en el fondo del asunto, como es obligado hacerlo en este recurso al estimarse la competencia del Tribunal, el sub-

arriendo no consentido por el propietario y llevado a cabo por el inquilino, se encuentra totalmente acreditado, y es causa evidentemente resolutoria del contrato, en principio, ya se aplique el Código civil, por hallarse dicho subarriendo prohibido en las cláusulas contractuales, ya el Decreto de alquileres de 29 de diciembre de 1931 en su artículo quinto; pero es indudable que, sea cual fuere la legislación aplicable al caso, existe una causa obstativa para que se decrete, y es la disposición transitoria segunda de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por cuanto es indudable que la demanda se entabló después de primero de octubre de 1946, sin que valga alegar que, tratándose de pisos alquilados por primera vez con posterioridad a primero de enero de 1942 se encontraba regido el contrato por los preceptos del Código civil, por lo dispuesto en el artículo tercero de la Ley de 7 de mayo del propio año, pues, aunque así fuera, es evidente que la expresada disposición transitoria segunda es aplicable a todos los contratos de arrendamientos urbanos en vigor, ya que donde la ley no distingue no es lícito distinguir, que la acción resolutoria pudo entablarse perfectamente antes de la vigencia de la nueva ley, no obstante las disposiciones prohibitivas de los desahucios, y que, finalmente, de admitir otro criterio, se llegaría a un resultado que el legislador ha querido evitar, dándose lugar al planteamiento de innumerables desahucios por subarriendo con el consiguiente trastorno en la economía, a cuya evitación responde la disposición citada.

CONSIDERANDO: Que por lo que se refiere a la otra causa de resolución alegada: establecimiento en el local arrendado de una fábrica de bujías, convirtiéndolo así de vivienda en local de negocio, ya que no es de estimar justificada la excepción alegada de pequeña industria familiar, procede también su desestimación, porque, aparte de resultar en el caso inseparable esta causa de la anterior, si bien es indudable que el contrato en que se funda la demanda está sujeto a la prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento del artículo 70 de la Ley especial, con las únicas excepciones en ésta consignadas, y que entre ellas está la de haber convertido la vivienda en local de negocio (artículo 149), es lo cierto que siendo los hechos en que se basa la demanda anteriores a la vigencia de la citada ley, que carece de efecto retroactivo en este punto, conforme a la disposición transitoria 12, no es posible admitir la causa invocada como productora del desahucio, ya que tampoco se acredita el desmerecimiento del inmueble por el cambio de destino indispensable para determinar la resolución del contrato conforme al artículo 1.569 del Código civil y al artículo quinto, apartado b), del Decreto de 2 de junio de 1933, y teniendo además en cuenta que la prórroga forzosa, con las estrictas limitaciones legales, ha de entenderse era aplicable a todos los contratos de arrendamiento, aun cuando para los posteriores a enero de 1942 fuera la renta libre conforme a la Ley de 7 de diciembre de dicho año.

CONSIDERANDO: Que respecto de la reconvención formulada y otorgada en parte por la sentencia del Juez municipal en el sentido de declarar revisada la renta pactada a la que figura en el contrato, no puede menos

de estimarse su procedencia a virtud de lo que dispone el artículo 122 de la ley, que prohíbe todo aumento de la renta libremente pactada en los contratos posteriores a enero de 1942, ya que sus disposiciones son aplicables a los contratos vigentes a la promulgación, a tenor de la disposición transitoria primera y no obstante lo dispuesto en la 12 de la citada ley.

FALLO.—Ha lugar. Se declara la competencia del Juzgado Municipal. No ha lugar a la resolución del contrato. Ha lugar a la revisión de renta.

SENTENCIA 12 JUNIO 1949

Civil—arrendamientos urbanos—normas de aplicación cuando el procedimiento se inició antes de la vigente Ley.

Lo son las de la legislación anterior.

Civil—realización de obras rebasando la autorización del propietario.

La realización de obras rebasando la autorización del propietario para crear una nueva industria es causa de desahucio con arreglo a la legislación.

Civil—El subarriendo y el artículo 5.^º del Decreto de 21 de enero de 1936.

El subarriendo siguió siendo causa de desahucio, a pesar del silencio en cuanto a él del artículo quinto del Decreto de 21 de enero de 1936.

ANTECEDENTES.—El demandado arrendó al demandante, en 19 de octubre de 1933, una tienda, por tres años, y con cláusula que prohibía el traspaso y subarriendo, el destino a uso distinto y la realización de obras sin permiso del arrendador. En 24 de enero de 1944 éste interpuso demanda, fundada en la violación de estas prohibiciones, que fué estimada por el Juzgado, declarando rescindido el contrato. Interpuesta apelación, fué revocada en todas sus partes la sentencia apelada.

Sz interpuso recurso por injusticia notoria, por los siguientes

MOTIVOS.—Primero. Infracción de las normas del Código civil, generales en materia de arrendamientos: el artículo 1.091, porque no se cumplió el contrato; el artículo 1.124, pues el incumplimiento da derecho a pedir la resolución; el artículo 1.551, porque la cosa no ha recibido el uso pactado; el artículo 1.556, que permite pedir la rescisión; el artículo 1.569, que permite desahuciar judicialmente cuando—como ocurre en este caso—se incumple el contrato.

Segundo. Infracción del artículo 5.^º, apartados b) y d) del Decreto de 29 de diciembre de 1931 y del artículo 9.^º del Decreto de 21 de mayo de 1936. Este es el motivo fundamental del recurso, pues a estos preceptos debió ajustarse el fallo, y un error acerca de dichas normas vicia de injusticia notoria la sentencia.

Tercero. Infracción del artículo 149, causas segunda, tercera, cuarta y quinta. Estos preceptos se aducen con un criterio meramente supletivo.

rio, para el caso de que se admita el imperio de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos.

CONSIDERANDO: Que iniciado el procedimiento a que se refiere el presente recurso, e incluso dictada sentencia en primera instancia con anterioridad a la vigencia de la Ley de Arrendamientos Urbanos, es indudable que las cuestiones controvertidas en el mismo deben ser resueltas conforme a la legislación anterior, de acuerdo con lo prevenido en la disposición transitoria 13 de la citada Ley, por hallarse incluidos en el capítulo XI los casos de excepción a la prórroga forzosa de los contratos de arrendamientos, y sin que a ello obste el principio de retroactividad formulado en la primera de las citadas disposiciones, que establece que, sin otras excepciones que las que resulten de sus propios preceptos, lo dispuesto en dicha Ley será aplicable a los contratos vigentes, pues la excepción resulta precisamente de la propia disposición 13 antes citada.

CONSIDERANDO: Que habiéndose declarado probado, por la sentencia recurrida, en sus considerandos, que el demandado en estos autos don J. D., contraviniendo abiertamente a lo pactado en el contrato, subarrendó parte de los locales arrendados a terceras personas, realizó obras que alteraban la configuración de la finca, sin consentimiento del propietario, y rebasó los límites de la autorización concedida por éste para instalar un frontón, que, según aquélla, debía ser utilizado exclusivamente por el demandado y sus amigos, ejerciendo en el referido local la industria de juego de pelota, por la que satisface la correspondiente contribución, infracciones contractuales protestadas por el arrendador, es evidente que incurrió en las causas de excepción a la prórroga forzosa de los contratos de arrendamiento a que se refieren los apartados b) y d) del artículo quinto del Decreto de 29 de diciembre de 1931, procediendo únicamente examinar si el artículo quinto del Decreto de 21 de enero de 1936 suprimió estas causas de excepción a la prórroga mencionada al establecer que el propietario podría desahuciar al inquilino por falta de pago, realización de obras que pusieran en peligro la finca y necesidad del local arrendado por parte del propietario.

CONSIDERANDO: Que si lo referente a obras realizadas en la finca puede ser materia de discusión, ya que se trata de punto expresamente tratado por el mencionado Decreto, este Tribunal tiene establecido en su sentencia de 31 de diciembre de 1946, corroborada en lo esencial por otra de 11 de febrero de 1947, que si bien es verdad que el artículo quinto del Decreto de 21 de enero de 1936 no incluye entre las causas que pueden dar lugar a la acción de desahucio por el propietario el subarriendo de la finca contra la voluntad del dueño, ha de tenerse en cuenta que esta última disposición tiene un carácter aclaratorio con respecto a la legislación vigente entonces, de acuerdo con el artículo primero, que declara subsistente, en lo no regulado expresamente en el Decreto en cuestión, el de 29 de diciembre de 1931, y como este último, en el apartado d) del artículo quinto incluye entre las excepciones a la prórroga forzosa de los contratos de arrendamientos a que se refiere, el caso de que el arrendatario de una vivienda o local de negocio lo subarriende total o par-

cialmente sin permiso del dueño y el Decreto del 36 no contiene una regulación expresa de tal institución, no existen méritos suficientes para estimar que dicha causa de desahucio haya desaparecido, y a tal interpretación llevan, por otra parte, razones de indudable fuerza, de una parte, que para que fuera admisible la supresión de una causa tan conforme a la teoría general de las obligaciones como la fijada, por entrañar infracción manifiesta del contrato, sería preciso un precepto legal que expresamente la excluyera, que no existe, y de otra, que la materia de traspaso, relacionada con la de subarriendo, y expresamente regulada en los artículos noveno y siguientes del citado Decreto, presupone el consentimiento del propietario en los casos a que se refiere, y, por último, que hay causas de desahucio que, aunque no consignadas en dicho Decreto del 36, pueden dar lugar al mismo, como la expropiación de la finca por causa de utilidad pública a que hace referencia el artículo invocado del de 1931, corroborándolo así también, por lo que al subarriendo ataña, el mismo Decreto de 24 de enero de 1944, que en su artículo tercero exceptúa de la prórroga para ejecutar la sentencia de desahucio los casos de subarriendo sin permiso del arrendador, disposición que, por virtud de la Orden de 19 de septiembre del propio año, es aplicable a los establecimientos fabriles e industriales, procediendo por todo ello la estimación del recurso por injusticia notoria, en cuanto en el mismo se alega la infracción de las citadas disposiciones de los Decretos de 29 de diciembre de 1931 y 21 de enero de 1936, así como de la doctrina legal establecida por esta Sala, sin que haya lugar a examinar los restantes motivos del recurso.

FALLO.—Ha lugar.

2. Sentencias de la Sala Quinta

(Arrendamientos rústicos)

A cargo de Juan Hernández Canut, con la colaboración de José Lois Estévez, Jerónimo López y Manuel González.

SENTENCIA 25 ABRIL 1949

Procesal—indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de contrato de arrendamiento rústico—apreciación, hecha por el Tribunal “a quo”, de la prueba sobre el nexo causal entre el incumplimiento y el perjuicio sufrido.

ANTECEDENTES.—Don J. V. R. arrendó varias fincas a don J. A. H. y otros, comprometiéndose el arrendador a limpiar de chaparrillos una parte de la finca en cierto plazo, lo cual sólo en parte realizó. Los arrendatarios reclamaron indemnización de daños y perjuicios; el arrendador alegó haber hecho lo posible por cumplir su obligación, así como que el no haber los actores podido cultivar la citada parte de la finca se debía no

al incumplimiento del contrato, sino a la falta de agua para el riego. El Juzgado y la Audiencia estimaron en lo sustancial la demanda. Don J. V. R. interpuso recurso de revisión fundado en los siguientes

MOTIVOS DEL RECURSO.—Primero. Infracción de los artículos 1.101 y 1.106 del Código civil y 360 de la L. E. C.: no se justifica en la sentencia la conexión entre el incumplimiento del contrato y los daños y perjuicios sufridos.

Segundo. Injusticia notoria por error en la apreciación de la prueba: la prueba documental y pericial no demuestra la citada conexión.

CONSIDERANDO: Que se fundan los dos motivos del recurso en la falta de prueba de la existencia de daños y perjuicios que haya podido originar el incumplimiento del pacto contractual a que el pleito se refiere olvidando que nos encontramos ante un recurso extraordinario de revisión contra un fallo en el que, además de reconocer el incumplimiento parcial de lo pactado, *descuaje por el arrendador de la parte de finca denominada "El Chaparral", en un plazo que no excederá de finales de septiembre del año 1944, para cuya fecha ha de quedar el terreno completamente libre, para poder cultivarlo los arrendatarios*, al estimar la sentencia recurrida, como resultado de la prueba practicada, que no se había cumplido por el arrendador y recurrente la obligación convenida de dejar dicha finca de "El Chaparral" limpia y libre para su total cultivo, que no pudo realizar más que de una parte de la misma, la imposibilidad de cultivar la parte que quedó sin limpiar, produjo a los arrendatarios daños y perjuicios a cuyo pago se condena al demandado, cuya cuantía se deja para determinar en ejecución de sentencia; pero cuya existencia se afirma, tanto en los fundamentos de la sentencia al decir que ha de reducirse la indemnización de daños y perjuicios a la parte de finca que no haya podido cultivarse por no haber sido descuajada y limpia por el arrendador, como se había comprometido a hacerlo en la cláusula adicional del contrato de arrendamiento, como por la condena misma de la sentencia a dicha indemnización, que revela en forma clara la apreciación de su existencia, aun cuando quede sin concretar su cuantía, que se aplaza para la ejecución de sentencia.

CONSIDERANDO: Que manifiesta la apreciación de la Sala sentenciadora de la existencia de daños y perjuicios por el incumplimiento de la cláusula expresada, carece de base el primer motivo del recurso, ya que, contra el criterio del recurrente, la Sala *a quo* ha estimado que el incumplimiento parcial del contrato produjo a los demandantes daños y perjuicios, y mientras no se demuestre en la forma que exige la causa cuarta de la norma séptima de la disposición transitoria tercera de la Ley de 28 de junio de 1940 que tal apreciación de prueba de la Sala sentenciadora es errónea, con manifiesto error originario de injusticia notoria acreditado en la forma que dicha causa establece, debe prevalecer dicha apreciación de prueba del juzgador de instancia, sobre la que tenga el recurrente.

CONSIDERANDO: Que ninguna de las pruebas, documental y pericial, que se indican en el segundo motivo del recurso acreditan el error manifiesto

que se atribuye por el recurrente al fallo recurrido, toda vez que era preciso que en forma clara y concluyente se deduzca de dichas pruebas que el incumplimiento de lo pactado no haya originado daños y perjuicios a los arrendatarios, y de ninguna de ellas puede deducirse tal conclusión, quedando, por tanto, en pie la apreciación de su existencia, que el fallo sostiene, y que obliga a rechazar los dos motivos alegados.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 10 MAYO 1949

Procesal—recurso de revisión—apreciación de los hechos.

Procesal—recurso de revisión: requisitos para la eficacia de los motivos de revisión.

No puede prosperar un motivo basado en apreciación de los hechos distinta de la aceptada por la sentencia recurrida, cuyo criterio no se combatió eficazmente.

Procesal—recurso de revisión—cuestiones nuevas.

Procesal—incongruencia.

No puede estimarse su existencia cuando el suplico es alternativo y se concede una de las peticiones.

CONSIDERANDO: Que el motivo primero del recurso amparado en la causa cuarta de la disposición transitoria tercera A), norma séptima de la Ley de 28 de junio de 1940 intenta combatir la apreciación de la prueba hecha por la Sala sentenciadora respecto del hecho esencial y básico en esta litis, cual es, si el arrendatario retrayente, con anterioridad de varios años al acto conciliatorio de 11 de agosto de 1945, tuvo perfecto y cabal conocimiento de todas las circunstancias esenciales a determinar su voluntad de la transmisión por título oneroso a los demandados y hoy recurrente, de las fincas rústicas respecto de las cuales ha ejercitado el derecho de retracto que le otorga el artículo 16 de la Ley de 15 de marzo de 1935, cuyo hecho niega el fallo recurrido en virtud de la apreciación conjunta que hace en toda la prueba practicada, para establecer y afirmar que ese conocimiento cabal y perfecto de la venta por cualquier medio que la Ley y la jurisprudencia exigen, a falta, como en este caso ocurre, de la notificación directa del comprador al arrendatario o de la descripción de la escritura de venta en el Registro de la Propiedad, sólo lo tuvo el actor en el acto de conciliación celebrado en 11 de agosto de 1945, en cuyo momento le fué exhibida, a su requerimiento, la correspondiente escritura de compra otorgada el 8 de noviembre de 1941, ante el Notario de Ávila D. Ildefonso Barrios Llamas. Para combatir esta apreciación de la Sala sentenciadora, se somete la parte recurrente en este motivo al imperio de lo dispuesto en la causa cuarta de la transitoria citada, que sólo autoriza la

revisión, cuando se comete injusticia notoria por manifiesto error en la apreciación de la prueba, siempre que ésta se acredeite por la resultancia de la prueba documental o dictamen pericial obrante en los autos, y a tal efecto se citan como documentos que ponen de manifiesto ese evidente error que se imputa, los contratos que figuran a los folios 46 y 63 de los autos de instancia, del examen de los cuales, ni separadamente, ni en su conjunto, puede aceptarse que demuestren, como el recurrente afirma, que desde el 19 de marzo de 1940 tenía el actor conocimiento perfecto y exacto de la transmisión de las fincas a los demandados con todas las circunstancias esenciales de la misma. Por todo ello y porque a esta Sala no le incumbe rectificar los hechos, si el recurso no puede prosperar en el motivo que a variarlos se encamina, como así ocurre con el presente, ha de mantenerse el afirmado por la sentencia recurrida y, por tanto, rechazar no sólo el motivo primero, sino también el segundo del recurso cuya tesis se establece y mantiene, partiendo del hecho opuesto al declarado probado en la sentencia recurrida y que, por serlo, no puede prevalecer.

CONSIDERANDO: Que el tercer motivo trae a revisión una cuestión nueva no planteada ni discutida en el pleito, cual es, de una parte, la exclusión del retracto de la finca "un cercado a Navasequilla", descrita al folio 93, número 33, de los autos de instancia, con alegación de que dicha finca rústica no estaba arrendada, y de otra, que la sentencia no ha determinado el carácter y condición de urbanas que tienen las fincas que figuran descritas a los folios 93, 93 vuelto, 98, 103 vuelto y 104 de los citados autos. Ni una ni otra alegación aparecen planteadas concretamente en el pleito, ni por la parte que ahora las formula ni por la contraria en el momento procesal oportuno y, por tanto, carecen de eficacia para la revisión y el motivo que las utiliza no puede prosperar.

CONSIDERANDO: Que el último motivo, en el que se tacha de incongruente la sentencia recurrida con infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, presenta la particularidad de que se trata de demostrar la incongruencia alegando que el fallo, en su parte dispositiva, no ha tenido en cuenta la petición del actor contenida en el suplico de su escrito de demanda, según el cual—dice el recurrente—se pide el retracto para las fincas rústicas, excluyendo las urbanas, e interesando que se dé precio a las rústicas en el período de prueba o en los trámites de ejecución de sentencia para deducir de ese precio de veintisiete mil pesetas globales el importe de las fincas rústicas—así dice—que no se retrajgan. Aparte de que esta impugnación, de poder ser estimada, afectaría más directamente al interés de la parte recurrida, *consentidora del fallo impugnado*, lo cierto es que el mencionado suplico de su demanda, después de solicitar lo ya transcrita, se pide también literalmente "o mediante el precio de las nueve mil pesetas en otro caso", y esta alternativa en la petición excluye totalmente la razón de incongruencia alegada en este motivo, que por ello ha de desestimarse, puesto que el fallo se atiene en un todo a lo pedido por la parte actora.

FALLO.—No ha lugar.

SENTENCIA 27 MAYO 1949

Arrendamientos rústicos—aparcería—plazo de duración—fijación contractual del mismo.

Sólo a falta o insuficiencia de pacto expreso la costumbre local o comarcal rige las aparcerías.

ANTECEDENCIAS.—Entre doña M. C. M. B. y don R. S. X. se concierta la aparcería de la finca de la primera, estableciéndose en el contrato privado firmado en 1 de noviembre de 1943 que se cede por término de un año, y que de no mediar aviso por escrito de una de las partes contratantes, por lo menos con tres meses de anticipación, este contrato queda automáticamente prorrogado por el término de cada año y así sucesivamente al término de cada año agrícola. En 26 de julio de 1947, doña M. C. M. B. acudió ante el Juzgado comarcal solicitando celebrar acto de conciliación y exponiendo que da por terminado el citado contrato con efecto a 31 de octubre de 1947. Celebrado el acto conciliatorio sin avenencia, doña M. C. M. B. formalizó ante el Juzgado de Primera Instancia de Reus, en 12 de diciembre de 1947, demanda con la súplica de que se dicte sentencia dando lugar al desahucio del aparcerio. Señalado día para el juicio, el demandado se opuso alegando en instancia que no se le había avisado con la antelación debida, ya que según costumbre local, que prueba con un informe de la Hermandad Sindical de Labradores de Riudoms, expedido en 4 de febrero de 1948, si bien es cierto que el aviso debe darse con tres meses de antelación, el plazo debe ser el de un año cuando el contrato por tácita reconducción fuese prolongando su vigencia de año en año.

Recibido el juicio a prueba, y practicada ésta, el Juzgado de Reus dicta sentencia dando lugar a la demanda de desahucio. Interpuesto por el demandado recurso de apelación contra esta sentencia, la A. T. de Barcelona, en 6 de julio de 1948, dicta sentencia confirmando la apelada.

Notificada la sentencia, la representación de la parte demandada formalizó recurso de revisión, fundándolo en las causas tercera y cuarta de la norma séptima de la 3.^a disposición transitoria, párrafo A), de la Ley de 28 de junio de 1940 y amparado en los siguientes

MOTIVOS.—1.^º Infracción del art. 44 de la ley de 1935 por indebida aplicación.

2.^º Infracción del art. 1.566 en relación con el 1.577 del C. civil.

3.^º Error en la apreciación de la prueba que determina la infracción del art. 7.^º de la Ley de 28 de junio de 1940.

CONSIDERANDO: Que el primer motivo del recurso argumenta con base errónea, pues la sentencia de instancia en nada contradice el informe emitido por la Junta Sindical de Labradores de Riudoms sobre costumbres locales, sino que razona que el supuesto de tal informe no rige el caso de autos porque, con nota de predominio rector sobre la regla consuetudinaria, subsiste la expresamente pactada y vigente, como reguladora del momento y extinción del contrato de aparcería, y a tal norma se atiene considerando lo dispuesto en el párrafo 1.^º del artículo 44 de la Ley de 15 de marzo de 1935; tampoco nada contrario a tal primacía de regímenes enseñan ni el contrato de aparcería ni la certificación expedida por el Se-

cretario del Juzgado comarcal de Riudoms, citados, en unión de dicho informe, como complementarios del pretendido error en la estimación de prueba. En el recurso se arguye que los hechos conducen al supuesto jurídico del segundo párrafo del artículo 44 de la Ley de 1935, y en la sentencia, que los mismos hechos, y a pesar de ellos, dar la solución de derecho preconizada en el primer párrafo del mismo precepto. Tal cuestión no es, por tanto, problema de estimación de prueba, sino de aplicación a ellos de determinada norma jurídica. En tal sentido la acusada equivocación en el juicio de prueba, se desvanece para convertirse en tema de puro derecho sustantivo y sustancialmente fundamental en el litigio.

CONSIDERANDO: Que sólo a falta o insuficiencia de pacto expreso la costumbre local o comarcal rige las aparcerías, y como contractualmente se pactó el tiempo de preaviso y el de duración de la que es causa de este pleito, por plazo que cubre el mínimo legal, el desahucio por extinción de plazo contractual y no el consuetudinario es procedente; así lo enseñan el artículo 1.091 del Código civil, el artículo 44 de la Ley de 1935 en sus dos primeros párrafos y el primer inciso del 47, y esta Sala, entre otras, en su sentencia de 23 de diciembre de 1948.

CONSIDERANDO: Que, conforme al segundo inciso del párrafo segundo del artículo 49 de la citada Ley de 1935, los contratos de aparcería tan sólo se prorrogan "por la voluntad expresa de ambas partes"; por tanto, manifestada expresamente por la arrendadora su oposición a la nueva prórroga al terminar las contractualmente previstas, y hecha saber tal oposición dentro del tiempo de preaviso expresamente estipulado, evidentemente falta el supuesto legal que autoriza la continuación de la aparcería, sin que a esta conclusión pueda eficazmente oponerse—como se propone en el segundo motivo del recurso—el contenido de los artículos 1.566, en relación con el 1.567, del Código civil, por prevalencia de la especial disposición del antecitado segundo inciso del párrafo segundo del artículo 49 de la Ley de 1935, en relación con el primero de la Ley de 1940, 13 de la del año 1942 y último inciso de la disposición final segunda de la Ley de 15 de marzo de 1935.

CONSIDERANDO: Que cuando el propietario ejerce, dentro del tiempo predeterminado, la facultad contratada de poner fin a la aparcería por extinción del pleno de duración convenido, hace uso de un derecho al que no puede negarse el consiguiente de desahuciar al aparejero que, demandado de lanzamiento, excepciona para impedirlo su *propósito* de utilizar el derecho de opción que regula el artículo 7.^o de la Ley de 28 de junio de 1940. Si a tal excepción se diera en el enjuiciamiento "desahucio" la virtualidad que el tercer motivo del recurso propone como legítimo, la función del artículo 7.^o citado sería casi siempre originaria de situación expectante, y en nombre de tal espera (por vicio del supuesto) permanentemente indefinida en orden al tiempo de su duración, con la consecuencia inadmisible de crear situaciones jurídicas inestables e impropias, por su nota de entredicho, de la función normal del derecho al uso y disfrute.

de la cosa, y todo ello habiendo de lograrse a expensas de subexistir los regímenes enjuiciatorios (que, como de orden público, no pueden quedar en su práctica al arbitrio de la parte consentida por los Tribunales) prescritos en las normas primera y tercera de la disposición tercera de la Ley de 28 de junio de 1940, cuya recta inteligencia y aplicación impiden que en los juicios de desahucio se decidan cuestiones impropias de su específica finalidad. La jurisprudencia de esta Sala—entre otras—, en sus sentencias de 8 de marzo de 1946 y 19 de febrero de 1948, enseña que la función propia del artículo 7.^º comentado no puede prestarse a la finalidad que el recurrente le asigna en el tercer motivo de su recurso.

FALLO.—No ha lugar.

SUMARIO

1. ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

DUALDE GÓMEZ, Joaquín: *Los imperativos contractuales.*

PRIETO CASTRO, Leonardo: *En defensa de la ciencia procesal. Meditaciones para la doctrina, la práctica y la legislación, a propósito de la vigencia y reforma del Código italiano de 1940.*

CASTRILLO SANTOS, Juan: *Autonomía y heteronomía de la voluntad en los contratos.*

ESTÉVEZ, José Lois: *La teoría del objeto del proceso.*

2. ESTUDIOS LEGISLATIVOS

RAVENTÓS NOGUER, Manuel: *En torno al artículo 168 del Código civil.*

3. VIDA JURÍDICA

MARÍN PÉREZ, Pascual: *Una nueva posición en orden al problema de las transformaciones del Derecho privado.*

NÚÑEZ LAGOS, Rafael: *El Registro de la Propiedad español.*

4. BIBLIOGRAFÍA

5. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

6. JURISPRUDENCIA.