

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXVIII
FASCICULO III

JULIO - SEPBRE.
MCMLXXV



ANUARIO DE DERECHO CIVIL

Director

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO
Catedrático de la Universidad de Madrid

Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA
Letrado del M. de Justicia
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO
Catedrático de D. procesal y Abogado
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL
Catedrático de D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA
Letrado de la D. G. de R. y Notariado
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS
Notario de Madrid

MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIROS
Letrado de la Dirección General de Registro
y del Notariado

RODRIGO URIA GONZALEZ
Catedrático de D. mercantil y Abogado
del I. C. de Madrid

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario de Madrid

Secretario:

JUAN HERNANDEZ-CANUT ESCRIVA
Profesor A. de Derecho civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

GABRIEL GARCÍA CANTERO: <i>Situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio</i>	521
JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA: <i>Adquisición y restitución de frutos por el poseedor</i>	551
ALBERTO DE LA HERA: <i>Matrimonio civil y revisión del Concordato</i> ...	639

Estudios de Derecho extranjero

JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ: <i>Aportación al estudio de la prueba por documentos en el proceso civil de Costa Rica</i>	683
--	-----

Vida jurídica

Notas críticas	737
<i>Los créditos hipotecarios</i> , por Tobías Calvo Castillo.	

Bibliografía

Libros	743
Cátedra Durán I Bas: <i>Comentarios a la compilación del Derecho civil de Cataluña II. Filiación y adopción</i> , por José Bonet Correa; LETE DEL RIO, José Manuel: <i>Protección del Derecho de propiedad. Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela</i> , por Mariano Fernández Martín Granizo; LUCAS FERNANDEZ, Francisco: <i>Inversiones extranjeras en España</i> , por José Bonet Correa; MOLINA GARCIA, Antonio: <i>La doble venta a través de la Jurisprudencia Civil</i> , por José Bonet Correa; PUIG FERRIOL, Luis y ROCA DE LAQUE, María Encarna: <i>El Derecho civil catalán en la Jurisprudencia</i> , por José Bonet Correa.	

Revista de revistas	749
----------------------------------	-----

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

a cargo de don José M. Chico Ortiz	759
--	-----

Jurisprudencia

1. Sentencias comentadas: <i>La validez de una cláusula estabilizadora de la renta en el contrato de arrendamiento de un local de negocio</i> , por José Bonet Correa	805
2. Sentencias	811

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 123.—1958.

IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8

MADRID

TOMO XXVIII
FASCICULO III

JULIO - SEPTIEMBRE
MCMLXXV



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.^a

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 2

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones
sostenidas por los autores de los originales publicados**



MINISTERIO DE JUSTICIA

Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ESTUDIOS MONOGRAFICOS

Situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio^(*)

GABRIEL GARCIA CANTERO

Catedrático de Derecho civil

SUMARIO: 1. Razones para estudiar de nuevo este tema.—2. Algunos aspectos sociológicos de la filiación fuera de matrimonio.—3. El sentido de las nuevas leyes sobre la filiación ilegítima.—4. Los proyectos de reforma.—5. Las formas de establecimiento de la filiación fuera de matrimonio: A) Establecimiento de la maternidad. B) Establecimiento de la paternidad.—6. Prohibición del establecimiento de la filiación adulterina o incestuosa.—7. La legitimación.—8. El estatuto jurídico de las personas nacidas fuera de matrimonio.—9. Conclusiones.

1. *Razones para estudiar de nuevo este tema.*

La cuestión se plantea previamente por varios ponentes.

El Prof. Nerson dice: «El tema del hijo nacido fuera de matrimonio es clásico: ampliamente utilizado por los novelistas y por los autores dramáticos, ha dado lugar también a numerosos estudios sociológicos o jurídicos y en 1966, con ocasión del Congreso de Upsala, ya ha merecido la atención de los comparatistas. ¿Por qué (y es la cuestión preliminar a la que conviene contestar) volvemos a encontrárnoslo hoy? Sin ninguna duda porque después de las reformas ocurridas a partir de 1966 en diversos países, importa poner a disposición de los participantes en el IX Congreso de Derecho Comparado una documentación actualizada» (1).

Por su parte el ponente holandés confirma estas ideas al decirnos que el régimen jurídico de la filiación fuera de matrimonio está unido a las ideologías y al medio sociológico de cada época y que es preciso

(*) Este texto, en francés, constituyó el *Rapport Général* presentado por su autor en el IX Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en Teherán, en septiembre 1974 (Sección II, A, 4.). A ello se debe su estilo y la bibliografía fundamental utilizada.

(1) *Rapport NERSON*, p. 1.

poner constantemente a punto estos estudios si aquellas ideologías y este medio cambian con la rapidez con que lo están haciendo en el momento actual. Estos cambios han transformado las legislaciones nacionales. Además de países tales como la República Democrática Alemana, Portugal, Bulgaria, la Unión Soviética, Inglaterra, la República Federal Alemana, Austria, Quebec y Francia, también Holanda ha reformado su legislación en esta materia. Ulteriores reformas se consideran todavía en Holanda y en los Estados Unidos, o han sido propuestas como en Suiza y en otros países (2).

Me parece pues útil para la comparación jurídica hacer un estudio en profundidad, en la medida de lo posible, de todas estas reformas para comprobar si hay una verificación en la realidad de la conclusión de la ponencia general de mi eminente colega, el profesor Aurelian Ionasco en el Congreso de Upsala, a saber: «Que existe una tendencia muy marcada de eliminar las discriminaciones concernientes a las personas nacidas fuera de matrimonio, de permitir sin ninguna restricción a estas personas el establecimiento de su filiación, tanto paterna como materna, y de asegurar a las personas nacidas fuera de matrimonio un estatuto jurídico igual a aquel de que gozan las personas nacidas en matrimonio» (3).

Lamento no haber podido disponer de todas las ponencias nacionales concernientes a los países que han modificado su legislación después del Congreso de Upsala (3 bis).

Respecto de dicho Congreso es de notar la ausencia de países tales como Austria, Chile, Grecia, el Líbano y Suecia; lo que es bien de

(2) *Rapport HONDIUS*, p. 1.

(3) Aurelian IONASCO, *L'évolution de la législation sur la filiation naturelle*, *Rapport général* al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, en el Vol. de los *Rapports généraux* bajo la dirección de Ake Malmström et Stig Strömholm, p. 155.

(3 bis) He podido utilizar, de hecho, los *Rapports* que a continuación se enumeran:

Alemania: Prof. Dr. MÜLLER-FREIENFELS, Universidad de Freiburg i. Br., *Das Recht des nichtehelichen Kindes in der BRD*.

Argentina: Prof. Julio J. LÓPEZ DEL CARRIL, Universidad Nacional de Buenos Aires, *La situation juridique des enfants nés hors mariage*.

Canadá (Quebec): Prof. Jean PINEAU, Facultad de Derecho, Montreal, *La situation juridique des enfants nés hors mariage* (*Rapport canadiense*).

España: Prof. Dr. José María CASTÁN VÁZQUEZ, Universidad de Madrid, *La situation juridique des enfants nés hors mariage en droit espagnol*.

Estados Unidos: Prof. Harry D. KRAUSE, College of Law, University of Illinois, *The legal Position of Children Born out of Wedlock* (National Report U. S. A.).

Etiopía: Prof. George KRZECZUNOWICK, Faculty of Law, Addis-Ababa, *The Ethiopian Law of filiation revisited*.

Francia: Prof. Roger NERSON, Facultad de Derecho de Lyon III, *La filiation juridique des enfants nés hors mariage* (Droit français).

Holanda: Dr. Ewoud H. HONDIUS, Asistente en la Universidad de Leyden, *La situation juridique des enfants nés hors mariage*.

Hungría: Prof. Endre NIZSALOVSKY, Académico, Prof. universitario jubilado

sentir, sobre todo de Austria que acaba de reformar su legislación por la Ley de 30 de octubre de 1970.

Por el contrario he tenido la oportunidad de disponer de nuevas ponencias nacionales que van a ampliar el horizonte de la comparación: así las de Israel, Argentina y Quebec (país que también acaba de reformar su legislación por la Ley de 8 de diciembre de 1971). Por otra parte, el ponente venezolano ha extendido su estudio comparativo a la legislación de otros países hispanoamericanos (Colombia, Méjico y Argentina).

En cuanto a los proyectos de reforma, debo expresar mi agradecimiento al profesor Harry D. Krause por el texto de la *Uniform Parentage Act* aprobado el año 1973 por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Law*, que tiene muchas posibilidades de transformarse en ley uniforme para los Estados Unidos, así como al profesor Cyril Hegnauer por sus informaciones sobre el proyecto suizo de reforma y al profesor Ewoud Hondius por el proyecto holandés de los derechos sucesorios de los hijos ilegítimos.

2. Algunos aspectos sociológicos de la filiación fuera de matrimonio.

Contrastando con el silencio en esta materia de la ponencia general de Upsala, algunas ponencias nacionales que he recibido para este Con-

y Tibor PAP, Prof. en la Universidad de Pécs, *La situation juridique des enfants nés hors mariage*.

Irán: Prof. MOSEN SADRZADEH AFCHAR, Universidad de Teherán, *La situation juridique des enfants nés hors mariage en Irán*.

Israel: Za'ev W. FALK, *The legal position of children born out of wedlock* (Jewish Report).

Italia: Dr. Francesco Renato BUSNELLI, Facultad de Derecho de Pisa, *La situation juridique des enfants nés hors mariage* (Rapport National italiano).

Japón: Prof. Tomohei TANIGUCHI, Université Ryukoku, *La situation juridique des enfants nés hors mariage au Japón*.

Polonia: Prof. Witold CZACHORSKI, Université de Varsovie, *La situation juridique des enfants nés hors mariage d'après le droit polonais en vigueur*.

Portugal: Prof. F. PEREIRA COELHO, Universidad de Coimbra, *La situation juridique des enfants nés hors mariage en droit portugais*.

Rumania: Dr. María EREMIA, Universidad de Bucarest, *La situation des enfants nés hors mariage*, (Rapport rumano).

Reino Unido: Prof. Albert KIRALFY, University of London, King's College, *The legal position of illegitimate children. Special Report of English Law*.

Suiza: Prof. Cyril HEGNAUER, Universidad de Zurich, *Die rechtliche Stellung des ausserehelichen Kindes nach schweizerischem Recht*.

Venezuela: Prof. Herman PETZOLD-PERNÍA, Prof. en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia (Maracaibo), «*Situation d'égalité ou d'inégalité juridique entre les enfants légitimes et les enfants naturels et entre ces derniers dans le droit d'Argentine, Colombie, Mexique et Venezuela*».

Yugoslavia: Prof. Ana PROKOP, Facultad de Derecho de Zagreb, *Condition juridique des enfants nés hors mariage en RSF de Yougoslavie*.

Con posterioridad a la elaboración de este *Rapport* se han publicado las ponencias de Alemania, Canadá, Holanda, Israel, Italia, Polonia y Venezuela. Se conservan las citas a las ponencias mecanografiadas.

greso, contienen datos sociológicos. Para ciertos países puedo ofrecer, con base en ellos, algunas estadísticas:

Alemania (República Democrática) (4)

1966	...	10 %	de nacimientos fuera de matrimonio
1971	...	15 %	(estimado)

Paralelamente la tasa de nupcialidad —por contraste— ha subido: de 7,1 sobre 1.000 habitantes en 1966, hasta 7,7 en 1972.

Alemania (República Federal) (5)

1860	...	12	%
1966	...	4,56	%
1968	...	4,76	%
1969	...	5,04	%
1970	...	5,46	%
1971	...	5,81	%
1972	...	6	% (estimado)

Por el contrario, el porcentaje de matrimonios ha descendido: de 8,1 sobre 1.000 habitantes en 1966 hasta 7 sobre 1.000 en 1971.

Austria (6)

1961	...	12,6	%
1964	...	11,3	%
1969	...	12,2	%

Bélgica (7)

1961	...	2	%
1964	...	2,3	%
1967	...	2,5	%

Dinamarca (8)

1961	...	8	%
1964	...	9,3	%
1967	...	11,5	%

(4) *Rapport* MÜLLER-FREIENFELS, p. 1, nota 1.

(5) *Rapport* citado, lugar citado.

(6) *Rapport* HONDIUS, p. 3.

(7) *Rapport* HONDIUS, *ibidem*.

(8) *Rapport* HONDIUS, *ibidem*.

España (9)

Pueblos

1960	2,33 %
1961	2,25 %
1962	2,08 %
1963	1,93 %
1964	1,77 %
1965	1,69 %
1966	1,61 %
1967	1,51 %
1968	1,44 %
1969	1,42 %
1970	1,37 %

Ciudades

1960	2,80 %
1961	2,60 %
1962	2,37 %
1963	2,23 %
1964	2,08 %
1965	1,89 %
1966	1,81 %
1967	1,69 %
1968	1,89 %
1969	2,00 %
1970	1,52 %

Estados Unidos (10)

1940	3,5 %
1945	4,1 %
1950	3,9 %
1955	5,5 %
1960	5,3 %
1965	7,7 %
1966	8,4 %
1967	9,0 %
1968	9,7 %

(9) Fuente: *Anuario Estadístico de España*, Madrid, 1973.(10) *Rapport KRAUSE*, p. 20.

Francia (11)

1961	...	5,9 %
1964	...	5,9 %
1967	...	5,7 %
1971	...	6,8 % (11 bis)
1972	...	7,3 %
1973	...	8,2 %

Holanda (12)

1940	...	1,37 %
1945	...	3,49 %
1950	...	1,49 %
1955	...	1,21 %
1960	...	1,35 %
1965	...	1,84 %
1970	...	2,09 %
1971	...	1,98 %
1972	...	1,90 %
1973	...	1,82 %

Irán

La ponencia del profesor Sadrzadeh Afchar no nos proporciona datos estadísticos, pero nos dice que en Teherán cada noche, cerca de diez niños son abandonados en las calles, de los cuales tres han nacido fuera de matrimonio (13).

Italia (14)

1961	...	2,4 %
1964	...	2,1 %

Polonia

El profesor Czachorski nos dice que en los últimos años el número de nacimientos de hijos naturales se ha estabilizado en Polonia en

(11) *Rapport HONDUS, ibidem.*

(11 bis) Según datos del *Institut National de la Statistique* (publicados en *Le Parisien Libéré* de 26 setiembre 1974). El índice general de natalidad ha descendido en términos absolutos (desde 875.000 nacidos vivos en 1972, a 855.000 en 1973 y a 770.000 en 1974) alcanzando el porcentaje más bajo de su historia (14,5 por 1.000 habitantes). En los mismos años el número total de hijos ilegítimos han sido, respectivamente: 62.000, 66.000 y 70.000.

(12) *Rapport HONDUS, ibidem.*

(13) *Rapport SADRZADEH AFCHER*, p. 3.

(14) *Rapport HONDUS, ibidem.*

27.500 por año para un total de 570.500 nacimientos, lo que da un porcentaje aproximado del 5 por 100 por año (15).

Portugal (16)

1960	9,45 %
1961	8,67 %
1962	8,47 %
1963	8,69 %
1964	7,95 %
1965	7,89 %
1966	7,41 %
1967	7,29 %
1968	7,38 %
1969	7,28 %
1970	7,21 %
1971	7,20 %
1972	7,12 %

Reino Unido (17)

1961	5,6 %
1964	6,9 %
1966	7,88 %
1970	8,15 %

Suecia

1961	11,7 %
1964	13,1 %
1967	15,1 %

Pero el profesor Krause nos da un porcentaje aproximado del 20 por 100 sobre la base de informaciones obtenidas personalmente con ocasión de un viaje de estudios en enero de 1972 (18). Sin embargo, el profesor Malmstrom, presente en la discusión de esta ponencia en Teherán, declaró que las últimas estadísticas dan para Suecia un porcentaje del 17 ó 17,5 por 100.

(15) *Rapport CZACHORSKI*, p. 4, nota 1.

(16) PEREIRA COELHO, *La situation juridique des enfants nés hors mariage*, Session d'été (Amsterdam 1973), p. 8.

(17) *Rapport HONDIUS, ibidem*, y *Rapport KIRALFY*, nota 5.

(18) KRAUSE, *Child Welfare, Parental Responsibility and the State*, en *Family Law Quarterly* (reproducido en el Appendix B al *raport* del mismo autor, p. 382).

Suiza (19)

1961	3,9 %
1964	4,2 %
1968	3,8 %

Conforme a estas estadísticas, en primer lugar puede establecerse una clasificación entre los países de un porcentaje débil de ilegitimidad (Bélgica, España, Holanda, Italia, Suiza: menos del 4 por 100), países de un porcentaje medio (Alemania Federal, Inglaterra, Francia, Polonia, Portugal: menos del 9 por 100) y países de un porcentaje elevado de ilegitimidad (República Democrática Alemana, Austria, Dinamarca, Suecia, Estados Unidos: más del 9 por 100.)

La tendencia es netamente creciente en la mitad de países considerados; permanece estabilizada en Austria, Polonia y Suiza y es más bien decreciente en Holanda, Italia, España y Portugal. Salvo para Polonia, no he dispuesto de datos estadísticos respecto de los restantes países socialistas (20). En cuanto a los países de Hispanoamérica y de otros continentes, parece que las razones de un porcentaje tan elevado de nacimientos ilegítimos que presentan, son muy diferentes que en Europa (21).

En algunos países el crecimiento rápido de nacimientos fuera de matrimonio plantea graves problemas sociales, a los que se mezclan otros como el problema racial.

Así, en los Estados Unidos, el 70 por 100 de los hijos ilegítimos de raza blanca han sido adoptados, mientras que solamente el 5 por 100 de los niños de raza negra encuentran un hogar adoptivo; sin embargo, la relación respectiva de nacimientos entre las dos razas es de 1 a 7. Se ha calculado que el conjunto de hijos ilegítimos nacidos durante el decenio 1961-1970 bastaría para poblar una ciudad como Los Angeles, mientras que los hijos nacidos en los cinco últimos años podrían muy bien habitar la ciudad de Detroit. Aunque el porcentaje nacional ha alcanzado aproximadamente el 10 por 100, en ciertas zonas urbanas sube hasta el 40 o el 50 por 100. Se comprende bien el grito de alarma del profesor Krause y sus esfuerzos para una nueva legislación civil que venga a completar la ayuda social (22).

(19) *Rapport HONDIUS*, *ibidem*.

(20) En el *rapport Anna PROKOP* puede leerse que en 1964 nacieron en Yugoslavia un total de 33.763 hijos ilegítimos, pero sin indicarse el número total de nacimientos para obtener el índices de ilegitimidad.

(21) En Venezuela, 53,2 por 100 en 1967; en Honduras, 65 por 100; en Guatemala, 67,4 por 100 en 1968; en Panamá, 70 por 100 en 1967; en Jamaica, 74,1 por 100 en 1964. Vid. MÜLLER-FREIENFELS, *Les effets de la filiation illégitime en droit allemand*, en el Vol. *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand* (París, 1972), p. 101. Sobre los motivos del concubinato estable en este país vid. GARCÍA CANTERO, *El concubinato en el derecho civil francés* (Roma-Madrid), 1965, p. 38 y ss.

(22) «Equal protection for the child born out-of-wedlock will remain an empty phrase if it is not combined with active efforts to find the man vis-à-vis whom the

En contraste, la ponencia holandesa nos da un juicio más bien optimista sobre el nivel, relativamente bajo, de nacimientos ilegítimos en su país (23).

Algunas razones válidas para Holanda no parecen serlo para otros países. En este sentido, el profesor Kiralfy nos dice que en Inglaterra, pese a la Ley de 1967, que autorizó el aborto, el número de nacimientos ilegítimos continúa aumentando (24). Parece que la misma consideración podría hacerse en cuanto al uso de anticonceptivos en los países denominados de la «permisive society» (Estados Unidos, Países Escandinavos, etc.), en los cuales el porcentaje de ilegitimidad tiende a crecer.

En todo caso, el estudio sociológico de la filiación fuera de matrimonio se presenta muy útil y casi necesario. Sería preciso profundizarlo en el sentido indicado por el profesor Carbonnier: «Los datos más preciosos son los que faltan: niños nacidos de relaciones aisladas o de uniones estables, educados por la madre sola o por ambos padres, abandonados. Una cosa es la condición jurídica, otra es la situación de hecho» (25).

child is to have substantive rights» (KRAUSE, *Child Welfare Parental Responsibility and the State*, cit., p. 387.)

(23) El Prof. HONDIUS se pregunta: «¿Cuáles son las causas de este nivel relativamente bajo?». En la respuesta que nos ofrece se mezclan razones sociológicas, ideológicas, jurídicas e, incluso, religiosas del siguiente tenor:

«Puede pensarse en la ausencia de una doble moral y del alcoholismo así como en la homogeneidad de la población. Podrían también discernirse algunos factores diferentes que tienen influencia en el número de concepciones fuera de matrimonio tales como los siguientes: a) casi no existen en Holanda concubinatos por razones religiosas o morales y si los hay es más bien por razones prácticas tales como realizar un matrimonio de ensayo, por motivos fiscales o para no perder un derecho de alimentos, o una pensión, en lo concerniente a las divorciadas y a las viudas; b) es bastante baja la edad de contraer matrimonio, no pasando de veintitres años para las mujeres que lo hacen por primera vez; c) se ha extendido el uso de anticonceptivos, no estando ya prohibidas ni su venta ni su distribución, habiendo disminuido la oposición por parte de las iglesias y desde 1973, la píldora anticonceptiva forma parte de las prestaciones de la seguridad social. Aún hay que añadir otros factores que se producen después de la concepción y que influyen asimismo en el porcentaje de nacimientos: d) el aborto, aunque penalmente prohibido, se tolera en la práctica por las autoridades y según los sondeos hechos, el 40,5 por 100 corresponde a mujeres no casadas; e) está muy extendida en Holanda la costumbre de no casarse hasta que la mujer queda encinta y por tal razón el número de nacimientos dentro de los nueve primeros meses de matrimonio se ha elevado en 1971 a 21.769, o sea 178 por mil matrimonios; y esta costumbre se ha difundido sobre todo entre las mujeres más jóvenes; por último hay un factor jurídico que contribuye al bajo nivel de nacimientos fuera de matrimonio: f) la vieja ficción legal *pater is est quem nuptiae demonstrant*, legitima a cierto número de hijos que han sido concebidos fuera de matrimonio». (*Rapport* citado, p. 3 y 4). Debe destacarse que el *Rapport* holandés y el norteamericano, entre todos los recibidos, son los que más han profundizado en los aspectos sociológicos de la filiación natural.

(24) *Rapport* KIRALFY, p. 3.

(25) CARBONNIER, *Derecho civil*, t. 1, vol. 2, *Situaciones familiares y cuasifamiliares* (trad. española de ZORRILLA), (Barcelona, 1961), p. 332.

3. *El sentido de las nuevas leyes sobre la filiación ilegítima*

Antes de realizar el estudio comparado de los diferentes sistemas en vigor, vamos a ofrecer una visión general de las nuevas leyes sobre la filiación ilegítima según orden cronológico.

a) Portugal.—El nuevo Código civil portugués de 25 noviembre 1966 ha cambiado la legislación precedente, contenida principalmente en el Decreto de 25 diciembre 1910. Los artículos 1.824 y siguientes han introducido, conforme el modelo de la ley danesa, la verificación oficiosa de la paternidad y de la maternidad; en adelante, el reconocimiento de la filiación adulterina será libre, aunque queda sometido a restricciones el reconocimiento de la filiación incestuosa; por otra parte, los derechos de sucesión de los hijos naturales, por regla general son la mitad de los derechos de los hijos legítimos. El Decreto Ley de 1.^º junio 1973 ha venido a facilitar la acción de desconocimiento oficioso de la legitimidad del hijo.

b) Inglaterra.—La reforma inglesa parece importante, pero de un alcance más bien limitado. El profesor Kiralfy nos dice (26): «La reciente legislación civil ha hecho justicia al niño inocente concediéndole derechos de sucesión más amplios respecto de sus padres. Pero esto exige que el padre sea conocido, que la paternidad esté demostrada, que el padre tenga bienes y que no haya dispuesto de ellos por un testamento en favor de otros descendientes». Partiendo de una situación jurídica muy desfavorable (con relación al padre los hijos naturales eran *fili nullius*), la nueva ley ha concedido a los hijos naturales los mismos derechos que a los hijos legítimos en la sucesión abintestato y en la cuota de legítima, así como un derecho alimenticio hasta la edad de 16 años. El derecho inglés sólo conoce la legitimación por matrimonio subsiguiente: desde 1959 los hijos adulterinos pueden legitimarse por este procedimiento, pero no ocurre igual respecto de los hijos incestuosos y para los nacidos de un matrimonio nulo.

c) República Federal Alemana.—La Ley 19 agosto 1969, que entró en vigor el 1.^º de julio 1970, ha modificado profundamente el B.G.B alemán en cuanto al derecho de la filiación ilegítima (27). En adelante, la desigualdad con relación a los hijos legítimos no depende del *status* de sus padres, sino del hecho de que el niño viva con su madre o con su padre, o con terceros. Para producir efectos, la filiación ilegítima deberá ser previamente establecida mediante reconocimiento voluntario o por sentencia; son utilizables los modernos procedimientos para establecer la verdad biológica. En cuanto a la guarda del niño, la

(26) *Rapport KIRALFY*, p. 2.

(27) El *Rapport* de MÜLLER-FREIENFELS, subraya la importancia de la terminología empleada en la nueva Ley; en efecto, en lugar de *unehelich Kind* se habla de *nichtehelich Kind* porque en la práctica, *un* significa *eine Abwertung* mientras que *nicht* representa *die bloße Negation* (*Rapport citado*, p. 3). Este matiz lingüístico parece difícil traducir a otras lenguas; de hecho las expresiones utilizadas oponen la *desvalorización* a la *falta de valor*.

madre siempre es preferida, mientras que la obligación alimenticia queda a cargo del padre principalmente; la cuantía de los alimentos se fija mediante decreto. La Ley concede a los hijos ilegítimos un derecho de compensación sucesoria equivalente a los derechos de los hijos legítimos, pero sin reconocer a aquéllos la cualidad de herederos; con todo, pueden exigir una liquidación anticipada, la cual, sin embargo, no se concede a los hijos legítimos. La Ley permite, en general, adaptar las soluciones a las circunstancias de cada caso concreto.

d) Quebec.—En Quebec, la Ley 8 diciembre 1970 ha aportado varias mejoras en la condición jurídica del hijo nacido fuera de matrimonio. La investigación judicial de la filiación natural, en adelante, será absolutamente igual que la investigación judicial de la filiación legítima, tanto en el plano de las personas legitimadas para actuar, como en el de la prueba por testigos bajo ciertas condiciones; el orden público de Quebec no se opone ya a la investigación de una filiación adulterina. A pesar de las dudas antiguas, el nuevo artículo 245 consagra la patria potestad, aunque este término no se utilice en la Ley; y el artículo 240 precisa que los padres deberán alimentar, mantener y educar a sus hijos naturales y que la obligación alimenticia es recíproca. Los hijos naturales pueden ser legitimados por matrimonio subsiguiente y también pueden ser adoptados por uno u otro de los padres, solución que no parece, sin embargo, favorable al niño, ya que la adopción unilateral impide en el futuro una adopción conjunta. Pero la Ley de 1970 no ha intervenido poniendo un poco de coherencia en las reglas relativas a las sucesiones y donaciones, reglas que, de una parte, rehúsan al hijo natural simple de un derecho de sucesión abintestato respecto de sus padres, pero que le conceden el derecho de recibir «*inter vivos*» una donación universal o a título universal y por testamento cualquier clase de legado, y que, por otra parte, limitan a alimentos las donaciones hechas entre vivos a los hijos incestuosos o adulterinos mientras que todos éstos pueden recibir por testamento cualquier clase de legado (28).

e) Francia.—Por su extensión, la ley francesa de 3 enero 1972 nos parece la más importante entre las que han reformado recientemente el derecho de la filiación. Ha podido escribirse que «el Derecho francés de la filiación se ha rehecho completamente por esta Ley y la puesta en discusión de las normas antiguas no se ha limitado al establecimiento de la filiación natural, sino que ha tocado también a la condición jurídica del hijo nacido fuera de matrimonio, ya que del nuevo principio de igualdad entre los hijos, cualquiera que sea la cualidad de su filiación, el legislador ha sacado consecuencia en el plano de los derechos del hijo, especialmente en materia de sucesiones y de donaciones» (29). Dos son las ideas maestras de esta Ley: la *igualdad* de los hijos, que exige nuevos efectos para la filiación oficialmente constatada, y la *verdad*, cuya investigación explica las innovaciones introducidas en los modos de prueba de la filiación.

(28) Según el resumen del Prof. PINEAU, *Rapport* citado, p. 18.

(29) *Rapport* NERSON, p. 2.

Como lo explica el profesor Nerson (30): «La igualdad entre los hijos legítimos y los hijos naturales constituye evidentemente la clave de bóveda del sistema y el principio de igualdad enunciado por el nuevo artículo 334 del Código civil es el más revolucionario de toda la Ley (31). La igualación de derechos beneficia a todos los hijos nacidos fuera de matrimonio, es decir, no sólo a los hijos naturales simples sino también a los hijos adulterinos o incestuosos desde que la filiación ha sido oficialmente establecida, salvo en los casos del llamado incesto absoluto. En dos situaciones especiales hay excepciones a la regla general: 1.^a) los derechos del hijo adulterino y particularmente sus derechos sucesorios, se reducen en presencia de ciertas personas, es decir, el cónyuge víctima del adulterio y los hijos legítimos nacidos del matrimonio durante el cual fue concebido el hijo adulterino; 2.^a) según la orientación de la jurisprudencia anterior, la Ley de 3 enero 1972, da al hijo natural cuya filiación no se ha establecido oficialmente, el derecho de ejercitarse una acción con finalidad de subsidios, la cual reemplaza, al menos parcialmente, la antigua acción en reclamación de alimentos (32).

4. *Los proyectos de reforma.*

Es preciso añadir todavía algunos proyectos de reforma en preparación en diversos países:

a) Suiza.—En el verano de 1973 una comisión de expertos elaboró un proyecto de ley para la modificación del Z. G. B. Objetivo de la revisión es la igualdad jurídica de los hijos legítimos e ilegítimos. La división entre estas categorías de hijos será derogada y se establecerá la unidad de la relación jurídica de filiación. El matrimonio entre los padres carecerá de significación para establecer las relaciones entre el

(30) *Rapport* citado, p. 3.

(31) Según las palabras del Prof. A. WEIL. El texto de este artículo es como sigue: «El hijo natural tiene, en general, los mismos derechos y los mismos deberes que el hijo legítimo en sus relaciones con su padre y con su madre. Entra en la familia de su progenitor.»

(32) Puede añadirse todavía la reforma de la filiación natural introducida en Colombia por la ley 75 de 1968, la cual viene a sustituir en parte a la ley 45 de 1936. La nueva ley facilita el reconocimiento voluntario del padre y de la madre en el acta de nacimiento y permite la acción de investigación de la paternidad en varios casos (rapto o violación); seducción por maniobras dolosas, abuso de autoridad, o promesa de matrimonio; confesión mediante escrito no equívoco de paternidad; comercio sexual entre la madre y el padre presunto durante el período legal de la concepción; actitud del padre respecto de la madre durante el embarazo y alumbramiento que haga presumir la paternidad; posesión de estado durante cinco años continuos) con la utilización de toda clase de pruebas científicas. Pero en el *Rapport PETZOLD-PERNÍA* (p. 8 y ss.) se la hace objeto de diversas críticas a esta ley de 1968, especialmente en razón de que la posesión de estado de hijo debe durar cinco años y porque la nueva ley no altera los derechos sucesorios de los hijos naturales establecidos en la ley de 1936. Vid. CASTÁN VÁZQUEZ, *El reconocimiento de la filiación natural en la ley colombiana y su reglamento de 1969*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 23 (1970), p. 141 y ss.

progenitor y el hijo. La paternidad denominada «alimenticia» (*Zahlverschafft*), desaparecerá. El reconocimiento voluntario será facilitado, así como el reconocimiento por sentencia. En cuanto a los efectos de la relación de filiación, no se hará diferencia entre los hijos nacidos de matrimonio y los hijos nacidos fuera de matrimonio. Sin embargo, se conservan algunas desigualdades en cuanto al apellido y a la nacionalidad (33).

b) Estados Unidos.—La *National Conference of Commissioners on Uniform State Law* en su reunión del año 1973 ha aprobado la *Uniform Parentage Act*, que probablemente será adoptada por el legislador como ley uniforme. Según la sección 2: «La relación entre padres e hijos existe entre cada hijo y cada parente independientemente del estado matrimonial de éste».

La idea principal de este proyecto de ley uniforme consiste en la igualdad más completa de todos los hijos, nacidos o no de matrimonio. En cuanto a la determinación del vínculo de paternidad, combina el proyecto el sistema de presunciones y el de la acción de investigación de la paternidad sobre la base de las modernas pruebas científicas (34).

c) Italia.—En marzo 1974 el Senado italiano ha abordado la discusión de un «Proyecto unificado de reforma del derecho de la familia», que reúne en un sólo texto las principales proposiciones de ley presentadas por los diferentes partidos políticos y que para la filiación fuera de matrimonio se inspira en los principios siguientes:

1. Admisibilidad incondicional del reconocimiento de los hijos adulterinos.
2. La libertad de probar la paternidad y la maternidad naturales por cualquier medio a fin de obtener la declaración judicial.
3. Reconocimiento explícito del derecho de todos los hijos nacidos fuera de matrimonio al mantenimiento, educación e instrucción.
4. La igualdad plena en materia sucesoria de los hijos naturales (reconocidos o declarados) y de los hijos legítimos.
5. La determinación del límite constitucional de la «compatibilidad» de la protección de los hijos naturales con los derechos de los miembros de la familia legítima, especialmente a propósito de la prohibición de introducir al hijo natural reconocido durante el matrimonio en la familia legítima de su progenitor sin el consentimiento de su cónyuge (35).

5. Los modos de establecimiento de la filiación fuera de matrimonio.

A) Establecimiento de la maternidad.

En cuanto al establecimiento de la maternidad una profunda diferencia separa todavía a las legislaciones; para ciertos países, la materni-

(33) *Rapport HEGNAUER*, p. 9 y ss.

(34) *Rapport KRAUSE*, p. 19 y ss.

(35) *Rapport BUSNELLI*, p. 20 y ss. Este proyecto se ha convertido en la Ley de 19 mayo 1975, la cual no ha podido ser tenida en cuenta al elaborar este *Rapport*.

dad fuera de matrimonio es únicamente un vínculo biológico cuyo establecimiento no debe depender de la voluntad de la madre; en cambio para otros, la madre tiene un verdadero derecho al secreto del alumbramiento, de modo que la indicación de su nombre en el acta de nacimiento, no basta para establecer la filiación materna de un niño nacido fuera de matrimonio. En el primer grupo se incluyen ahora los países germánicos, los países socialistas, Etiopía, Méjico y Holanda. Después de la Ley de 1972, Francia forma parte todavía del segundo grupo con Quebec (no obstante la reciente reforma) y otros países latinos que tradicionalmente se inspiraban en el Código de Napoleón (España, Italia, Argentina, Portugal).

En Alemania Federal, la inscripción del hecho del nacimiento, de los apellidos de la madre y del hijo en el *Geburtenbuch* hace prueba del vínculo de la filiación materna, y en la práctica sólo el caso del niño abandonado necesita la constatación —por regla general judicial— de la maternidad; un procedimiento de reconocimiento de la maternidad ilegítima propiamente tal, está previsto sólo para las hipótesis de padres extranjeros cuya legislación lo admite (36).

En el mismo sentido el artículo 302, 1, del Código civil suizo dispone: «La filiación ilegítima resulta respecto de la madre, del mero hecho del nacimiento»; en consecuencia, ni es necesario el reconocimiento de la maternidad ilegítima propiamente tal, está previsto sólo para las hipótesis de padres extranjeros cuya legislación lo admite (36).

En el mismo sentido el artículo 302, 1, del Código civil suizo dispone: «La filiación ilegítima resulta respecto de la madre, del mero hecho del nacimiento»; en consecuencia, ni es necesario el reconocimiento por parte de la madre, ni está permitido su desconocimiento (37).

Se considera que el mismo sistema está en vigor en los países socialistas, de los que Polonia nos suministra un ejemplo. Así el profesor Czachorski nos dice: «La filiación materna del hijo es considerada en el sistema polaco como un problema de hecho. El nacimiento es un hecho biológico sometido a las reglas generales de la prueba. La voluntad de la madre no cuenta nada en orden a la validez jurídica del vínculo de la filiación» (38).

(36) HABSCHEID, *L'établissement du lien de filiation illégitime en droit allemand*, en el vol. *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand* (París, 1972) p. 47.

(37) *Rapport HEGNAUER*, p. 1.

(38) *Rapport CZACHORSKI*, p. 6. Este profesor admite que el establecimiento de la maternidad puede todavía desempeñar cierta función práctica: de una parte, la denominada acción en desconocimiento de la maternidad ya establecida, sobre todo por el acta de nacimiento del hijo; por otro lado, la acción de investigación de la maternidad ejercitada por el hijo cuyos padres eran desconocidos, y la acción en investigación de la maternidad biológica una vez que la acción de desconocimiento de la falsa maternidad ha sido coronada por el éxito (*Rapport* citado, p. 7).

Cierto matiz matiz parece existir en el derecho rumano. En el *rapport* de este país se puede leer: «La filiación materna debe probarse mediante el certificado de nacimiento (establecido en virtud de una declaración de nacimiento) o

Según el artículo 739 del Código civil etíopico «la filiación materna resulta del solo hecho del nacimiento», ya sea que se trate de una mujer casada o de mujer no casada. Ante la ausencia de un Registro del estado civil, la posesión de estado es la única prueba no contenciosa del nacimiento. La investigación de la maternidad exige la autorización previa del tribunal, sobre la base de una prueba del hecho del nacimiento y de la identidad del hijo.

Según el artículo 360 del Código civil para el Distrito y los Territorios Federales de Méjico, la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio deriva, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. A este grupo anterior hay que añadir Holanda. «Desde 1947 —nos dice Piret— (39) el derecho neerlandés no conoce ya el reconocimiento materno. En este año el principio recibido del Código de Napoleón fue reemplazada por la vieja máxima: *Moeder maakt geen bastaard* (nadie es bastardo respecto de su madre). El artículo 221 del nuevo Código civil reproduce la misma regla: «El hijo ilegítimo adquiere, por el solo hecho de su nacimiento, el estado de hijo natural de su madre» (40).

En Francia la Ley de 3 de enero 1972, conserva en lo esencial la antigua reglamentación de las formas de establecimiento de la filiación natural, con algunas suavizaciones. En principio, por tanto, la indicación del nombre de la madre en el acta de nacimiento no basta para establecer la filiación materna de un hijo natural. Las principales suavizaciones de esta regla son dos: el establecimiento de la maternidad natural no necesita, de parte de la madre, un reconocimiento en forma cuando el reconocimiento suscrito por el padre contiene la indicación del apellido de la madre y se encuentra corroborado por la confesión de ésta; tal confesión puede resultar no sólo de una declaración expresa sino también del comportamiento de la madre. Pero la disposición más innovadora en cuanto a la prueba extrajudicial de la filiación natural, se contiene en el nuevo artículo 337: «El acta de nacimiento que lleve indica-

por reconocimiento. En dos casos especialmente previstos por la ley, la prueba de la maternidad puede establecerse también por otros medios» (*Rapport* *EREMIA*, p. 6); se trata de la imposibilidad de probar la filiación materna mediante el certificado del estado civil y de la impugnación de la realidad de los hechos inscritos. Puede preguntarse si la madre natural disfruta de cierta libertad para reconocer a su hijo igual que ocurre en los sistemas latinos.

En la ley federal yugoslava, la investigación de la maternidad natural no está reglamentada pues se trata de un hecho evidente o indiscutible. La madre es la mujer que ha alumbrado al hijo. Pero se reconoce que pueden existir casos que originen impugnaciones e investigaciones de la maternidad. Por ello se desea que «en el futuro, los códigos de familia que se adopten en Yugoslavia deberán igualmente ofrecer reglas para casos parecidos y precisas en particular qué personas son hábiles para intentar una acción de impugnación o de investigación de la maternidad e incluso, eventualmente, fijar plazos a este efecto» (*Rapport* *Ana PROKOP*, p. 10). Para Hungría, vid. *Rapport* *NIZSALOVSKY-PAP*, p. 55 y ss.

(39) PIRET, *Les enfants illégitimes aux Pays Bas*, en *RTDC*, 1970, p. 70.

(40) Vid. *Rapport* *HONDIUS*, p. 12: «Frente a su madre el hijo ilegítimo tiene siempre el estado de hijo natural desde su nacimiento, sin exceptuar a los hijos adulterinos o incestuosos».

ción de la madre, equivale al reconocimiento cuando está corroborada por la posesión de estado» (41).

Detrás de este régimen jurídico existe toda una filosofía social, que puede expresarse así: Es mejor conceder a la madre la libertad de reconocer a su hijo natural, que empujarla al infanticidio o al suicidio (42).

En cuanto a los medios de prueba, la Ley de 1972 conserva la exigencia de un requisito previo, es decir de un comienzo de prueba por escrito o por indicios; se subraya que era difícil mostrarse más liberal para la investigación judicial de la maternidad natural que de la maternidad legítima (43).

Otros países latinos se vinculan todavía a la tradicional posición francesa en cuanto al principio fundamental, pero con matices de detalle. En derecho español la maternidad natural no se impone a la madre, pero la libre investigación de la maternidad se permite sin exigir un comienzo de prueba por escrito o por indicios. La acción de investigación judicial de la maternidad está permitida cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo (artículo 136 del Código civil). Por otra parte, el art. 47 de la Ley del Registro Civil autoriza la inscripción de la filiación materna en todo caso de coincidencia entre la declaración de nacimiento y el certificado médico, pero el funcionario tiene el deber de notificar esta inscripción a la madre la cual podrá desconocer su maternidad en un plazo de quince días (44). En el derecho argentino, y al lado del reconocimiento voluntario del padre o de la madre, la libre investigación de la maternidad está permitida mediante cualquier clase de pruebas, y aun después de la muerte de la madre si el hijo tiene la posesión de estado (45). El Código civil italiano de 1942 se inspira directamente en el sistema francés por mediación del Código civil de 1865; el acta de nacimiento no es válida nunca como título de estado de la filiación natural, la cual debe resultar del reconocimiento o de una declaración judicial (46). Un sistema en cierto modo mixto, ha sido introducido por el nuevo Código civil portugués de 1966; según el modelo de la legislación danesa se admite el reconocimiento oficioso de la maternidad; toda persona que haga la declaración de nacimiento tiene el deber de identificar a la madre del niño si esto es posible (art. 1.842); tal declaración equivale al reconocimiento si ha sido hecha por el director de la Institución en que ha nacido el niño o por el médico (art. 1.843), pero la madre podrá desconocer a su hijo (art. 1.846). El derecho de Quebec se inspira también en el derecho francés si bien es más generoso ya que no hace

(41) *Rapport NERSON*, p. 10 y ss.; *Rapport IONASCO*, p. 147.

(42) En este sentido, vid. NERSON, *Rapport* citado, p. 11. De gran interés son las conclusiones del coloquio franco-alemán de 1971 (op. cit. p. 161).

(43) NERSON, *Rapport* citado, p. 13.

(44) Para la *communis opinio*, vid. recientemente LACRUZ-SANCHÓ REBULLIDA, *Derecho de familia* (Barcelona, 1966, p. 412).

(45) *Rapport LÓPEZ DEL CARRIL*, p. 2.

(46) Vid. Arts. 250, 269 y ss. del Código civil en vigor. *Rapport BUSNELLI*, p. 3.

diferencia entre la filiación legítima y la filiación natural, permitiendo el reconocimiento en documento privado, y admitiendo la investigación de la maternidad mediante la prueba testifical «cuando hay comienzo de prueba por escrito o cuando las presunciones o indicios que resultan de hechos constantes son lo suficientemente graves para determinar su admisión» (47).

Según el notable estudio comparativo del profesor Petzold-Pernia, resulta que en las legislaciones de Argentina, Colombia, México y Venezuela hay, en principio, libertad de investigación de la paternidad fuera de matrimonio con la finalidad de obtener una declaración judicial de estado, pero existen algunas limitaciones o restricciones (48).

En cuanto a los países del *common law* hay dificultades para clasificarlos en un sistema o en otro. Tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, los hijos nacidos fuera de matrimonio se consideraban *filii nullius (no one's son)* incluso respecto de su madre (49). Por otra parte, el derecho inglés no ha conocido nunca una institución parecida al reconocimiento de hijos naturales del derecho civil continental (50). En el derecho moderno la investigación de la maternidad es más bien una cuestión académica en la sociedad inglesa, pero la prueba puede hacerse por todos los medios (51).

Para el Japón, el profesor Taniguchi nos dice: «Conforme a los términos claros del Código civil (arts. 778, 779), el hijo no puede investigar la maternidad natural y por tal razón no puede pedir alimentos ni derechos sucesorios contra sus padres de hecho. Pero a pesar de tales palabras del Código civil, la jurisprudencia y varias opiniones doctrinales insisten en que la maternidad natural está admitida por el mero hecho del alumbramiento» (52).

En Israel es preciso tener en cuenta la competencia de los tribunales eclesiásticos (católicos, ortodoxos, musulmanes y rabínicos) en ciertas

(47) *Rapport PINEAU*, p. 2 y ss.

(48) En Argentina, los arts. 326 del Código civil y 3 de la Ley 14.367 de 1954, prohíben la investigación de la maternidad natural cuando tiene por finalidad atribuir el hijo a una mujer casada; el art. 325, exige la posesión de estado para intentar la investigación de la paternidad o de la maternidad después de la muerte de los padres.

En Colombia, la Ley 75 de 1968, llega a permitir el reconocimiento de los hijos adulterinos en ciertos casos (si el hijo ha sido concebido en el período de separación legal de los cónyuges o si el marido desconoce al hijo); pero está prohibido reconocer al hijo nacido de una madre soltera si ésta está casada ya en el momento del ejercicio de la acción; el art. 398 del Código civil exige que la posesión notoria del estado del hijo haya durado al menos cinco años continuados.

Parecidas restricciones se encuentran en el Código civil para el Distrito y los Territorios Federales de México y en los arts. 218 y 225 del Código civil de Venezuela.

(49) *Rapport KRAUSE*, p. 1; *KIRALFY, The legal position of illegitimate children. Special Report of English Law*, p. 4.

(50) *Rapport KIRALFY*, p. 3 y ss.

(51) *Rapport KIRALFY*, p. 3 y ss.

(52) *Rapport TANIGUCHI*, p. 5.

materias que afectan a la situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio (por ejemplo, la legitimación por matrimonio subsiguiente). En todo caso la determinación de la maternidad se inspira en el principio *mater semper certa est*, ya sea en la ley del Estado judío, ya sea en la ley de las diversas comunidades religiosas (53).

B) *Establecimiento de la paternidad.*

El reconocimiento voluntario como modo de establecer la paternidad natural conserva toda su importancia según las recientes reformas legislativas, y aún podría decirse que tal importancia se ha incrementado.

Hay países en que este reconocimiento es el único medio de establecer las relaciones de derecho familiar entre el padre y su hijo ilegitimo (54); en otros, puede escogerse entre el reconocimiento pleno con efectos de estado civil y el reconocimiento encaminado a una simple obligación alimenticia (*einfache Vaterschaft o Zahlvaterchaft*) (55); en los países del *common law* esta institución es casi desconocida en el sentido del derecho europeo (56); se admite en los países socialistas al lado de la investigación mediante acción judicial (57); según la Ley alemana de 1969, se ha producido un cambio importante en este país al eliminar el reconocimiento de meros efectos alimenticios (*Zahlvaterschaft*), y al conceder el primer puesto al reconocimiento voluntario sin intervención de los tribunales» (58); por el contrario, la Ley de 1972 no ha cambiado nada en el sistema francés de tal modo que «la «reconnaissance reste le mode normal par lequel la filiation naturelle peut être établie, indépendamment d'une action en justice» (59).

Dicho lo anterior para la conservación del reconocimiento como modo de establecimiento de la filiación fuera de matrimonio, hay que añadir que existen dos sistemas en cuanto a sus condiciones: el sistema francés es el más liberal de tal suerte que puede dar lugar a reconocimientos de complacencia; el sistema alemán es más estricto basado en la verdad biológica (60).

En Francia el consentimiento de la madre o del hijo mayor de edad no se exige; idéntica solución para Rumanía (61) y para Argen-

(53) *Rapport* FALK, p. 12.

(54) *Rapport* HONDIUS, p. 19.

(55) Art. 309 del Código civil suizo, vid. *Rapport* HEGNAUER, p. 3, ss. En la práctica la primera forma es la más frecuente.

(56) *Rapport* KIRALFY, p. 3. y ss.; para los Estados Unidos, vid. Mary Ann GLENDON, *The legal Position of Children born out of Wedlock in the United States*, Sesión d'été, Amsterdam, 1973, p. 3 y ss.

(57) Para Polonia, *Rapport* CZACHORSKI, p. 9 y ss.; para Rumanía, *Rapport* María EREMIA, p. 8; para Yugoslavia, *Rapport* Ana PROKOP, p. 11; para Hungría, *Rapport* NÍZSALOVSKI-PAP, p. 15 y ss.

(58) HABSCHEID, loc. cit. p. 50. *Rapport* MULLER-FREIENFELS, p. 15.

(59) *Rapport* NERSON, p. 11.

(60) Vid. el resumen de los debates del Coloquio sobre *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand*, p. 163 y ss.

(61) *Rapport* María EREMIA, p. 11, quien subraya la posición aislada de Rumanía ante la legislación checa y la de la República Democrática Alemana (nota 17).

tina (62). Son más numerosos, por el contrario, los países que exigen el consentimiento o aceptación, tanto de la madre como del hijo mayor de edad (Polonia, Yugoslavia, Etiopía, Suiza, Holanda) (63). Una vía media es la seguida por el derecho español (64) y japonés (65).

La tendencia hacia una simplificación de las formas del reconocimiento apuntada en la ponencia Ionasco (66), se ha visto confirmada en el derecho de Quebec que admite el reconocimiento en documento privado (67). Sin embargo, en Alemania Occidental, el nuevo párrafo 1.600 e, exige que la declaración de reconocimiento y la declaración del consentimiento del hijo, se formulen en documento auténtico (ante Notario, Encargado del Registro civil, Juez o ante ciertos funcionarios de la Oficina de la juventud). Más restrictivo es todavía el nuevo art. 223 del Código civil holandés, que no permite ni el reconocimiento en documento privado ni en testamento ológrafo, ni ante un Oficial público distinto del Notario o del Encargado del Registro civil, ni el reconocimiento judicial (68). Pero el reconocimiento carente de forma puede proporcionar pruebas a la acción de investigación de la paternidad, tal como lo nota la ponencia húngara.

En cuanto a la investigación judicial de la paternidad fuera de matrimonio, pienso que será muy útil partir del cuadro redactado en la ponencia Ionasco (69). Teniendo en cuenta las nuevas leyes y según

(62) *Rapport LÓPEZ DEL CARRIL*, p. 3.

(63) Debe notarse que el *Rapport HONDIUS* observa: «En la práctica, el reconocimiento en el derecho holandés tiene casi carácter de un acto bilateral; sólo es un acto unilateral en el caso de que la madre ha muerto y el hijo es menor de edad» (p. 15). Hay que notar también la fundamentación que el *Rapport Ana PROKOP* presenta de la exigencia del consentimiento de la madre: «El legislador ha querido eliminar la importancia preponderante del reconocimiento por parte del padre y la función dominante de su persona y de su voluntad. Esta disposición que prevé el consentimiento de la madre en el reconocimiento de la paternidad, no traduce sólo el principio constitucional de la igualdad del hombre y de la mujer, en este caso del padre y de la madre, sino que se justifica igualmente por el hecho de que es la madre quien conoce relativamente mejor al padre de su hijo. Por otra parte... permite a la madre proteger mejor sus propios intereses y proteger igualmente los intereses del hijo» (p. 13). Pero como decía el *Rapport IONASCO* citado p. 148, esta solución «puede presentar inconvenientes». Entre los países socialistas, Hungría sigue una vía intermedia, pues la aprobación de la madre así como la de la persona sujeta del reconocimiento, sólo se exigen «por prudencia y dentro de los límites de lo posible» (*Rapport NIZASALOVSKI-PAP*, p. 23).

(64) Para el hijo mayor de edad, el art. 133 C. c. exige siempre su consentimiento. El consentimiento de la madre nunca se exige, y en el caso de hijo menor de edad, la aprobación del juez es requerida en ciertas formas de reconocimiento.

(65) *Rapport TANIGUCHI*, p. 6, art. 782 del Código civil.

(66) P. 148.

(67) *Rapport PINEAU*, p. 2.

(68) *Rapport HONDIUS*, p. 14.

(69) Puede leerse en el *Rapport IONASCO* citado, p. 150, lo siguiente:

«En la hora actual —escribe en 1966— si hacemos abstracción de algunas legislaciones que prohíben la investigación de la paternidad fuera de matrimonio, parece posible discernir, en las legislaciones que han sido objeto de *rapports* nacio-

las ponencias nacionales recibidas, se hace preciso introducir en aquél las modificaciones siguientes:

La Ley inglesa de 1969 permite una cierta *investigation of paternity* en varios casos; así, en un proceso de desconocimiento de la paternidad. el examen de los grupos sanguíneos puede ser utilizado para demostrar que el marido de la madre no es el padre del hijo; en un proceso intentado por la madre contra el supuesto padre a fin de obtener alimentos, el *Blood test* puede utilizarse también como prueba negativa; finalmente, en el caso más importante de la acción ejercitada por el hijo ilegítimo para suceder abintestato a su padre (70). En virtud de esta Ley, Inglaterra ha pasado del grupo de países que autorizan la libre investigación de la paternidad para obtener sólo alimentos, al grupo de países que atribuyen al éxito de la acción cierto *status de familia*.

Pero si Inglaterra ha mejorado su posición, hay que incluir a Holanda en este primer grupo de legislaciones que no permiten sino la libre investigación con la finalidad de obtener alimentos. El art. 394, párrafo 3 del nuevo Código civil, establece una presunción de paternidad en el caso de comercio sexual, pero tal paternidad una vez declarada por el juez, no existe vínculo de familia entre el padre y el hijo, sino simplemente una obligación alimenticia (71). Por otra parte, desde 1970, el derecho holandés no admite ya el reconocimiento forzoso (72).

Hay que señalar que la Ley francesa de 1972 apenas ha cambiado el sistema de investigación de la paternidad natural. El nuevo artículo 340 recoge los cinco casos que permiten ejercitar la acción, previstos en el texto antiguo y asimismo se encuentran las tres excepciones (*fins de non-recevoir*) del antiguo art. 340 (73).

nales, *cuatro soluciones* del problema de la investigación de la paternidad fuera de matrimonio.

I. En algunos países se ha conservado la solución del *ancien droit*, es decir, el derecho del hijo nacido fuera de matrimonio o de su madre, a perseguir judicialmente al presunto padre pero sólo con la finalidad de obtener alimentos (Inglaterra, Austria, Estados Unidos).

II. En varios países la investigación de la paternidad fuera de matrimonio se prohíbe en principio, pero se admiten algunas excepciones a este principio en casos determinados limitativamente por la ley en que tal investigación se permite con la finalidad de asegurar al hijo un estatuto legal respecto de su padre (Francia, España, Portugal, Argentina, Brasil y Uruguay).

III. Un grupo de países adopta un sistema mixto que combina las dos soluciones anteriormente mencionadas: derecho a demandar libremente al supuesto padre con la finalidad de obtener alimentos, e investigación de la paternidad fuera de matrimonio en ciertos casos determinados con la finalidad de obtener el *status legal* del hijo nacido fuera de matrimonio (Alemania Occidental, Chile, Grecia, Holanda).

IV. Finalmente, en numerosos países se admite abiertamente sin restricción alguna, el principio de libre investigación de la paternidad fuera de matrimonio con todas sus consecuencias (Cataluña, Dinamarca, Hungría, Japón, Noruega, Polonia, Rumanía, Suecia, Venezuela, Yugoslavia).»

(70) *Rapport KIRALFY*, p. 5.

(71) *Rapport HONDIUS*, p. 25.

(72) *Rapport HONDIUS*, p. 13.

(73) *Rapport NERSON*, p. 14.

El sistema suizo se relaciona con el de Alemania Occidental antes de la reforma de 1969. Por tanto, hay que incluir este país entre aquéllos que permiten la libre investigación con finalidad de subsidios y que, en casos determinados, permiten una «investigación calificada» con finalidad de obtener efectos de estado civil (74).

El cambio introducido por la Ley alemana de 1969 se ha calificado de revolucionario (75). En efecto, el nuevo parágrafo 1.600 n, párrafo 1.º del B. G. B. dispone: «Si la paternidad no ha sido reconocida, puede ser establecida por decisión judicial en virtud de acción intentada por el hijo o por el hombre que lo ha engendrado». No existe un plazo para el ejercicio de la acción; la madre también puede ejercitárla. La finalidad del proceso es encontrar el padre biológico, pero el parágrafo 1.600, o establece una presunción legal en caso de comercio sexual; la excepción *plurium concubentium* no tiene efecto automático porque siempre existe una gran posibilidad de que el hombre que ha tenido comercio sexual con la madre durante el período de concepción legal, pueda ser el padre del hijo (76). Por tanto hay libertad total de prueba y verdad biológica. Pero en cuanto a los efectos no puede decirse que esta acción produzca en todos los casos un *standswirkung*; se habla más bien de una «paternidad pecuniaria» combinada con una nueva «paternidad sucesoria» (77). La nueva Ley no consagra una equivalencia sucesoria sino una igualdad pecuniaria entre los hijos legítimos e ilegítimos a la muerte de su padre: el instrumento técnico ha sido la atribución al hijo ilegítimo de un crédito que ocupa el lugar de un derecho sucesorio contra los herederos y la compensación sucesoria anticipada, la cual suscita, sin embargo, algunas críticas porque introduce una discriminación respecto del hijo legítimo (78).

Por esta razón, Alemania Occidental debe salir del tercer grupo sin que pueda incluirla en el cuarto: debe clasificarse, por tanto, en un grupo intermedio.

Quebec, después de la reforma de 1970, permite la libre investigación judicial de la filiación natural de modo parecido a la investigación judicial de la filiación legítima: rasgo importante que le separa del derecho francés (79).

Si se me permite hacer un balance de la situación jurídica resultante de las ponencias recibidas a propósito del establecimiento de la filiación paterna extramatrimonial, parece que el sistema de libre investigación con todas sus consecuencias, propuesto en la ponencia Iorrasco (80),

(74) Vid. los arts. 317, 318, 319 y 323 del Código civil. *Rapport HEGNAUER*, pp. 5 y 6.

(75) MÜLLER-FREIENFELS, *Les effets de la filiation illégitime en droit allemand*, en el vol. *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand*, cit., p. 97.

(76) HÄBSCHEID, loc. cit., p. 58 y ss.

(77) MÜLLER-FREIENFELS, *Les effets de la filiation illégitime en droit allemand*, cit., p. 129.

(78) MÜLLER-FREIENFELS, loc. cit., p. 123.

(79) *Rapport PINEAU*, p. 4.

(80) P. 150 y 151.

por el momento, sigue siendo una aspiración ideal para bastantes países. Las reformas recientes en Inglaterra, Holanda, Alemania Occidental y Francia, nos muestran una actitud de prudencia por parte de los legisladores. ¿De qué sirve imponer en todos los casos una paternidad no querida por un padre que intentará por todos los medios sustraerse a sus obligaciones? Ser padre es algo bastante diferente de quedar obligado a contribuir al mantenimiento del hijo. La nueva Ley alemana parece orientada en una dirección realista, concediendo a la madre natural la autoridad paterna de pleno derecho y excluyendo de su ejercicio normalmente al padre (81).

6. *Prohibición del establecimiento de la filiación adulterina o incestuosa.*

Según la ponencia Ionasco (82), había dos grupos de países en cuanto a la posibilidad de establecer un vínculo de filiación respecto de los hijos calificados de adulterinos o incestuosos.

1.^º En Alemania Occidental, Alemania Oriental, Inglaterra, Austria, Estados Unidos (la mayoría de los Estados), Etiopía, Grecia, Hungría, Japón (83), Noruega, Holanda, Polonia, Rumanía, Suecia y Yugoslavia, el carácter adulterino o incestuoso de una relación de filiación, no es nunca un obstáculo a su establecimiento.

2.^º Por el contrario, en otros países había restricciones en lo concerniente al establecimiento de la filiación fuera de matrimonio en tales casos. Por esta razón hay dos categorías de hijos «naturales»: los hijos nacidos fuera de matrimonio cuyos padres hubieran podido casarse en la época de la concepción o del nacimiento del hijo, ya que no existía impedimento de matrimonio, y que son denominados «hijos naturales simples», y los hijos nacidos fuera de matrimonio cuyos padres no hubieran podido casarse en esta época, por razón de adulterio o de incesto; los hijos de esta última categoría, designados generalmente como «adulterinos» o «incestuosos», se denominan en algunos países «ilegítimos». Es el caso de Chile, España (84), Francia, Italia (85), Portugal, Venezuela.

(81) MÜLLER-FREIENFELS, loc. cit., p. 104.

(82) P. 151 y ss.

(83) «A este propósito hay muy poca controversia o duda en el Japón» nos dice el Prof. TANIGUCHI en su *Rapport*, p. 12. Pero el reconocimiento de un hijo incestuoso nacido de una relación sexual en grado prohibido (por ejemplo, entre padre e hija), no quiere significar que se permita el matrimonio entre tales personas (loc. cit., p. 13).

(84) En España siempre es posible el reconocimiento respecto del padre no casado y respecto de cualquiera de los padres entre los cuales existe un impedimento no susceptible de dispensa.

(85) En Italia el reconocimiento del hijo incestuoso se permite al padre que en el momento de la concepción ignoraba el vínculo de parentesco, de consanguinidad o afinidad que le unía al otro progenitor y si ambos lo ignoraban, el hijo pue-

Esta clasificación sigue siendo válida en lo esencial, aunque es preciso introducir en ella algunas modificaciones.

Portugal en 1966 ha permitido el reconocimiento de los hijos adulterinos (86), igual que Quebec en 1971 (87) y Francia en 1972 (88). Y si en 1959 la prohibición de legitimar a los hijos adulterinos ha sido abolida en Inglaterra, la doctrina reciente parece de acuerdo en mantener la prohibición respecto de los hijos incestuosos (89).

Pero, de otra parte, el nuevo Código civil holandés declara nulo el reconocimiento hecho respecto de los hijos adulterinos e incestuosos (90). El Código civil suizo en vigor dispone que «el hijo nacido de un comercio adulterino o incestuoso no puede ser reconocido» (artículo 304) (91). Una regla semejante existe en Argentina (92) y en otros países hispano-americanos (93) y todavía es más rigurosa en Israel (94).

de ser reconocido por los dos (art. 251). Conforme al art. 252, el hijo adulterino puede ser reconocido por el padre que, en el momento de la concepción no estaba unido en matrimonio; el progenitor casado, por el contrario, sólo puede reconocerlo cuando el matrimonio ha sido disuelto; pero si hay hijos nacidos de este matrimonio o descendientes legítimos suyos, el reconocimiento puede ser autorizado únicamente por decreto del Presidente de la República, previa audiencia del Consejo de Estado y a condición de que los hijos sean mayores de edad y hayan sido también oídos (*Rapport BUSNELLI*, p. 4 y 5).

(86) PEREIRA COELHO, *La situation juridique des enfants nés hors mariage en droit portugais*, *Cours citado*, p. 50.

(87) *Rapport PINEAU*, p. 5: «En derecho de Quebec, el orden público no se opone ya a la investigación de una filiación adulterina».

(88) *Rapport NERSON*, p. 4: «La igualdad de derechos instaurada por Ley 3 enero 1972, aprovecha a todos los hijos nacidos fuera de matrimonio, es decir, no sólo a los hijos naturales «simples», sino también a los hijos adulterinos o incestuosos desde que la filiación haya sido oficialmente establecida. La Ley de 1972 abandona el principio de la prohibición del establecimiento de la filiación adulterina o incestuosa; sólo lo mantiene parcialmente en la hipótesis denominada del *incesto absoluto*».

(89) *Rapport KIRALFY*, p. 9.

(90) *Rapport HONDIUS*, p. 13. Vid. el artículo 224, 1.

(91) *Rapport HEGNAUER*, p. 6.

(92) La Ley 14.367 de 3 noviembre 1954, ha suprimido las categorías de hijos adulterinos e incestuosos, pero la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia estiman que la legitimación por subsiguiente matrimonio sólo es posible respecto de los hijos cuyos padres al tiempo de la concepción podrían casarse válidamente (*Rapport LÓPEZ DEL CARRIL*, p. 6).

(93) El art. 225 del Código civil de Venezuela prohíbe el reconocimiento por el padre si en el momento de la concepción del hijo, existía en uno de los padres un impedimento al matrimonio y hasta el momento de cesar éste; hay una corriente doctrinal de la que participa el ponente Prof. Dr. PETZOLD-PERNIA, que considera abolida esta prohibición por el art. 75 de la Constitución de 1961, pero la mayoría de miembros del Tribunal Supremo es contraria. Méjico permite, en principio, reconocer a los hijos adulterinos o incestuosos salvo en algunos casos. Vid. el *Rapport* del Prof. PETZOLD-PERNIA y las conclusiones de conjunto, p. 24.

(94) Según la ley judía, los hijos adulterinos o incestuosos son ilegítimos y no gozan del derecho de casarse; pueden casarse solamente con una persona de idéntica posición jurídica o con un prosélito. Los hijos nacidos de una unión de padre judío y madre no judía, no se consideran judíos salvo si se convierten al judaísmo; son ilegítimos y no tienen ningún derecho respecto de su padre (*Rapport FALK*,

En este momento de la evolución en curso, la tendencia hacia el reconocimiento de hijos adulterinos parece clara; si bien en el caso de Francia esta apertura se acompaña de algunas limitaciones en los derechos sucesorios en presencia de las víctimas del adulterio (95). El proyecto suizo de reforma constituye un buen ejemplo. Pero la evolución parece detenida con relación a los hijos incestuosos; la prohibición del incesto —al menos en los casos del llamado incesto «absoluto» (padre e hija, madre e hijo, hermano y hermana)— sigue siendo una idea adquirida, que ha penetrado profundamente las costumbres de muchas sociedades. El profesor Nerson escribe a este propósito (96): «El derecho no es sólo una «geometría»: en la hipótesis de un incesto «absoluto», la revelación oficial del origen del hijo, creativa, todavía hoy, un malestar social, pues la conciencia colectiva no está dispuesta a admitir un liberalismo sin límites, y es, conforme al interés del hijo, callar la verdad, mientras el establecimiento de los dos vínculos de filiación arrastraría complicaciones «absurdas» desde el punto de vista sucesorio.»

7. *La legitimación.*

En todos los países en los que el estatuto de los hijos nacidos fuera de matrimonio es diferente del de los hijos legítimos, hay normalmente (97) procedimientos para mejorar la situación jurídica de los hijos ilegítimos. El más frecuente es la legitimación por matrimonio subsiguiente, la cual puede producirse automáticamente, o bien después del reconocimiento hecho, no importa en qué momento, por los padres (98). Si el matrimonio entre los padres no es posible, algunos

p. 7). La posición jurídica de los hijos adulterinos o incestuosos es más desfavorable en la ley musulmana y greco-ortodoxa que en el Derecho de la Iglesia Católica (loc. cit., p. 8 y ss.)

(95) Vid. *infra*, p. 26.

(96) *Rapport NERSON*, p. 6. Vid. también el resumen de los debates franco-alemanes a propósito de este tema, op. cit., p. 156 y ss.

(97) En Israel esto depende del estatuto religioso de la persona. La ley musulmana prohíbe el matrimonio mixto entre un hombre no musulman y una mujer musulmana y por resta razón, el hijo nacido de tal relación no podrá jamás legitimarse por matrimonio subsiguiente. El Derecho Canónico es más favorable a los hijos en esta materia. (Cfr. *Rapport FALK*, p. 8 y ss.).

(98) En Inglaterra la legitimación por matrimonio subsiguiente se introdujo muy tardíamente mediante la *Legitimacy Act* de 1926. En cuanto a Francia, el *Rapport NERSON*, cit., p. 28, nos dice «Antes de 1972 la legitimación había recibido una ampliación considerable en beneficio de los hijos adulterinos o incestuosos y se habían instituido formas excepcionales de legitimación: legitimación *post nuptias* por decisión judicial; legitimación sin matrimonio, admitida a título excepcional para los hijos de las víctimas de la guerra; la jurisprudencia había reconocido válida también la adopción por sus padres del hijo natural propio y, dado que la Ley de 11 julio 1966 sobre adopción, autorizó la adopción plena por una sola persona, se podría por esta vía oblicua, realizar una especie de legitimación, pero en razón del principio de asimilación de los hijos naturales a los

países admiten una legitimación por autoridad judicial (99), por decreto del Jefe del Estado (100) o por cartas de legitimación (101). Finalmente, algunas ponencias indican una tercera vía para mejorar el *status* de los hijos nacidos fuera de matrimonio: la de la adopción. Una adopción plena con efectos iguales a los que produce la filiación legítima parece normalmente posible, pero el artículo 228 del nuevo Código civil holandés prohíbe la adopción de los propios hijos naturales del adoptante (102). La adopción de los hijos naturales del adoptante se permite, sin embargo, expresamente en Argentina (103), España (104) y Quebec (105).

8. Estatuto jurídico de las personas nacidas fuera de matrimonio.

Partiendo de la clasificación hecha por el profesor Ionasco (106), se comprueba la necesidad de hacer las modificaciones siguientes después del año 1966.

legítimos, parece perder una parte de su interés; sin embargo, además de su importancia en el plano psicológico y social, conserva intereses no desdenables en el plano jurídico». En Hungría, la legitimación por matrimonio subsiguiente, parece estar muy facilitada porque se produce sobre la base de la ausencia de una declaración rehusándola en el momento de casarse (Cfr. *Rapport NIZSALOVSKI-PAP*, p. 9 y ss.).

(99) En principio el Código de Napoleón no la admitía; fue introducida, después de vivas discusiones, en el Código civil italiano de 1865, seguido por el Código civil español, el Código civil suizo y el Código civil italiano de 1942. Puede hablarse ahora de un «renacimiento» de esta institución, admitida por el nuevo Código civil holandés bajo la forma de cartas de legitimación, e introducida en Francia por la Ley de 1972, país en el que parece conocer un cierto esplendor (cfr. COLOMBET, *Les conditions de la légitimation par autorité de justice et ses effets quant au nom de l'enfant*, Note sous Trib. Grande Inst. Strasbourg, 13 juin 1973, en *Recueil Dalloz*, 1974, p. 69; MASSIP, *La notion de mariage impossible au sens de l'art. 333 du Code civil*, Note sous Trib. Grande Inst. Paris, 15 juin 1973, en *Recueil Dalloz*, 1974, p. 86).

(100) Es el nombre que recibe en España y en Italia. En el fondo, se trata de la antigua legitimación per *rescriptum principis*.

(101) Es la denominación holandesa. Cfr. *Rapport HONDIUS*, p. 29 y ss.

(102) Pero esta prohibición no impide que el hijo ilegítimo sea adoptado por el padre que no le ha reconocido y por su cónyuge. Cfr. *Rapport HONDIUS*, p. 31.

(103) La Ley 19.134 de 21 julio 1971, permite la adopción plena de un hijo cuya filiación es desconocida, con los efectos de la filiación legítima. Pero si el hijo había sido reconocido, la adopción es simple. Cfr. *Rapport PÉREZ DEL CARRIL*, p. 7.

(104) Segundo el art. 178 del Código civil, cada uno de los padres puede adoptar plenamente a su propio hijo natural reconocido, y el marido puede adoptar plenamente el hijo natural de su mujer.

(105) El Prof. PINEAU, nos dice en su *rapport* que la ley de Quebec parece permitir al padre o a la madre de un hijo natural, adoptar a éste; pero el autor es más bien crítico sobre esta posibilidad (*Rapport* citado, p. 12 y ss.).

(106) *Rapport* citado, p. 154:

1º Países en los que no existe un estatuto jurídico diferente para las personas nacidas dentro de matrimonio y para las personas nacidas fuera de matri-

En primer lugar, en el grupo de países que establecen un solo estatuto jurídico para el hijo, ya sea legítimo o natural (107), es preciso incluir ahora Francia, Alemania Occidental, Méjico y limitadamente a ciertos aspectos, Inglaterra.

La Ley francesa de 1972 ha establecido el nuevo principio de igualdad de derechos entre todos los hijos en el artículo 334 del Código civil, en cuanto al estatuto patrimonial, el hijo natural y el hijo legítimo son tratados en un pie de igualdad, tanto en el Derecho sucesorio como en el de las donaciones, y esto es también así para el hijo adulterino y el incestuoso. Queda todavía cierta discriminación para proteger a la familia legítima y no para sancionar al hijo en razón de su origen; en presencia de ciertas personas protegidas por la ley (cónyuge engañado, hijos legítimos nacidos del matrimonio durante el cual fue concebido el hijo adulterino), el hijo adulterino verá sus derechos reducidos en la mitad (art. 760) y, eventualmente, podrá ser apartado de la partición mediante una reglamentación anticipada de sus derechos sucesorios (art. 762) (108).

La Ley alemana de 1969 ha alcanzado resultados semejantes a los del Derecho francés, pero por procedimientos técnicos un poco diferentes y en apariencia más complejos (109). El hijo natural no tiene padres que estén unidos por el vínculo legítimo del matrimonio; por este hecho, la madre natural dispone de pleno derecho de la autoridad paterna, de suerte que en la mayoría de los casos la función del padre se reduce al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. Según un principio tradicional en el Derecho alemán, el hijo ilegítimo tiene pleno derecho de suceder a su madre. Pero en cuanto a su padre, después de vivas discusiones, se ha consagrado no ya la equivalencia sucesoria, sino una igualdad financiera con relación al hijo legítimo. El hijo ilegítimo no es el verdadero heredero «legal» de su padre cuando éste último muere dejando viuda y descendientes legítimos; por el contrario, se beneficia de los derechos de hijo legítimo si es llamado a la

monio (Alemania Oriental, Albania, Bulgaria, Dinamarca, Hungría, Noruega, Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia).

2.º Países donde los hijos nacidos fuera de matrimonio suceden a ambos padres a título de herederos pero cuya cuota es reducida (Argentina, Brasil, Chile, España, Grecia, Italia, Japón, Portugal, etc.).

3.º Países donde el hijo fuera de matrimonio es llamado a la sucesión de su madre como un hijo nacido dentro de matrimonio pero carece de toda vocación a suceder abintestato a su padre (Alemania Occidental, Austria, Suecia).

4.º Países donde el hijo nacido fuera de matrimonio está privado de todo derecho de sucesión legal respecto de ambos padres (Inglaterra).

(107) Vid. los *rapports* de CZACHORSKI, Ana PROKOP, María EREMIA y NIZASALOVSKY-PAP.

(108) *Rapport NERSON*, p. 16 y ss. El autor observa: «Es justo que el hijo adulterino, por hipótesis inocente, no sea tratado como un «paria», pero el cónyuge engañado y los hijos legítimos, nacidos del matrimonio durante el cual el adulterio fue cometido, no son menos inocentes que el hijo ilegítimo. Esas víctimas directas del adulterio merecen ser protegidas» (*Rapport citado*, p. 32).

(109) Vid. el vol. cit. *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand*, p. 179.

sucesión en ausencia de las anteriores personas; en el primer caso se beneficia de un crédito que ocupa el lugar de un derecho sucesorio contra los herederos. Por otra parte, si el hijo ilegítimo tiene una edad comprendida en los veintiuno y los veintisiete años podrá reclamar a su padre una compensación sucesoria anticipada en dinero (parágrafo 1.934, d, 1), cuya naturaleza jurídica parece discutible (110).

Ciertamente, si se comparan estas dos leyes nuevas con la legislación de los países socialistas o bien con la de Etiopía, se encuentra una diferencia, ya que no existe ninguna restricción en estas últimas respecto de los hijos nacidos fuera de matrimonio. En todo caso, parece que el ejemplo de Alemania Occidental y de Francia, para el grupo de los países latinos que todavía establecen discriminaciones, podrá ser muy eficaz en el futuro.

En el Código civil para el Distrito y los Territorios Federales de Méjico se establece la igualdad más completa entre los hijos legítimos y los hijos nacidos fuera de matrimonio (112).

En la *Family Law Reform Act* inglesa de 1969 hay una tendencia muy marcada hacia la igualdad de derechos entre los hijos legítimos y los ilegítimos, sin que llegue a ser total. En el ámbito de la sucesión abintestato la Ley citada ha creado una «small natural family» formada por los padres, los hijos naturales y sus descendientes; pero la reciprocidad no existe ya que la Ley presume siempre que el padre natural ha muerto antes que el hijo. Por otra parte, no existe vínculo jurídico entre los hijos naturales y los descendientes o colaterales legítimos de los padres. El hijo natural tiene los mismos derechos que el hijo legítimo para suceder abintestato a sus padres naturales; tiene también derecho de legítima y hasta los dieciséis años, un derecho de alimentos igual al del hijo legítimo. En la atribución de la patria potestad, los tribunales prefieren la madre al padre (113).

En el grupo de países que conceden a los hijos nacidos fuera de matrimonio derechos de sucesión respecto de ambos padres a título de herederos, pero en proporción reducida, es preciso incluir a Colombia (114), Venezuela (115) y Suiza (116) y eliminar, naturalmente, el nombre de Francia. Es el caso también de Holanda en cuanto al derecho actualmente en vigor, pero no cuando se aplique el libro de suce-

(110) Op. cit., p. 101 y ss., especialmente 114 y ss.

(111) *Rapport KRZECZUNOWICZ*, resumen francés, p. 2.

(112) *Rapport PETZOLD-PERNÍA*, p. 13.

(113) *Rapport KIRALFY*, p. 6 y ss.

(114) Los hijos naturales obtienen, concurriendo con los hijos legítimos, la mitad de la parte que corresponde a uno de éstos (art. 18, Ley 45 de 1936) (*Rapport PETZOLD-PERNÍA*, p. 10).

(115) Anque los hijos naturales tienen los mismos derechos que los hijos legítimos en la sucesión de su madre (art. 822, C. c.) cuando entran en concurso en la línea paterna con hijos legítimos, reciben la mitad de la cuota que corresponde a éstos (art. 823). En cuanto a los hijos ilegítimos que no pueden ser reconocidos, sólo tienen derecho a obtener una pensión alimenticia en ciertas condiciones (art. 300).

(116) Art. 461, C. c.

siones del nuevo Código civil ya redactado pero todavía no promulgado (117).

Alemania Occidental debe ser eliminada del grupo de países cuya legislación llama a los hijos nacidos fuera de matrimonio a la sucesión de su madre como un hijo legítimo pero sin concederles ninguna vocación a la sucesión abintestato de su padre.

Finalmente, Quebec toma el puesto de Inglaterra en el grupo de países que privan de todo derecho de sucesión legal al hijo nacido fuera de matrimonio respecto de ambos padres (118). En este grupo hay que incluir al Irán por la influencia del derecho musulmán (119), y, por la misma razón, el derecho religioso de Israel aplicado a la comunidad musulmana (120).

9. Conclusiones.

Ante todo hay que reconocer que una evolución en el sentido de mejorar la condición jurídica de la persona nacida fuera de matrimonio, se prosigue en casi todo el mundo. Los recientes ejemplos de Alemania Occidental, Francia, Inglaterra y Holanda, son bien elocuentes si se piensa en Europa. La Iglesia Católica ha tomado posición en este tema (121). Pero la evolución no siempre alcanza el mismo nivel, ya sea que la investigación judicial de la paternidad en cuanto a los casos que

(117) *Rapport HONDIUS*, p. 22 y ss. Según el nuevo derecho de sucesión, que aún no ha entrado en vigor, el estado de hijo natural en cuanto a la sucesión y a la legítima, es igual al del hijo legítimo, no sólo en lo que concierne a las relaciones con su padre y madre naturales, sino también con los parientes de éstos.

(118) El *Rapport PINEAU*, p. 10, observa que, a diferencia del hijo legítimo, el hijo natural no sucede a sus padres. Es la solución del *Ancien Droit* que ha sido adoptada por los codificadores de 1866 y que en ningún punto ha sido modificada desde entonces. Pero la legislación social ha dado la pauta desde hace varios años y en numerosas leyes particulares se ha asimilado, a los fines sociales, al hijo natural y al hijo legítimo.

(119) En el *Rapport SADRZADEH AFCHAR*, se hace la exposición histórica de la situación jurídica de los hijos nacidos fuera de matrimonio en Irán. En tiempo de los persas de la época zoroástrica, el hijo nacido fuera de matrimonio estaba en un pie de igualdad con el hijo legítimo, pero después de la conquista del Islam, todos estos derechos han desaparecido. En derecho musulmán no se reconoce ningún derecho al hijo nacido fuera de matrimonio respecto de sus padres; únicamente están protegidos por instituciones públicas, y por esta razón el Ayuntamiento se ocupa de los niños abandonados. El art. 1.218 del Código civil encarga al Ministerio público designar a los tutores de los hijos que carecen de padres o cuyos padres son desconocidos; según el art. 884 C. c., el hijo nacido fuera de matrimonio no sucede a su padre, ni a su madre, ni a los parientes de éstos; pero si las relaciones entre el padre y la madre, se han originado en la violencia o en el error de uno de ellos, el hijo podrá suceder a éste último (*Rapport* citado, p. 1 y ss).

(120) *Rapport FALK*, p. 8.

(121) El *Rapport PETZOLD-PERNÍA*, p. 26, transcribe el texto siguiente del Concilio Vaticano II: «En nuestra época la obligación se hace apremiante de acercarnos a todos y de ponernos a su servicio cuando la ocasión se presente, ya se trate de ese anciano abandonado de todos, de ese trabajador extranjero injustamente menospreciado, de ese exiliado o de ese niño nacido de una unión ilegítima que debe soportar las consecuencias de un pecado que no ha cometido».

permiten el ejercicio de la acción, quede limitada (tal para Francia, los cinco casos clásicos del art. 340 del Código civil), o en cuanto a sus efectos (en Holanda hay libre investigación, pero con una finalidad de obtener alimentos); ya sea que se pongan obstáculos a la posibilidad de reconocimiento, incluso voluntario, en el caso del incesto llamado abso luto (Francia y, según la doctrina, Inglaterra); ya sea que ciertas discriminaciones en presencia de la familia legítima (especialmente el cónyuge y los hijos engañados por el adulterio) subsisten todavía (122), o bien que la ley no asegure siempre un estatuto *jurídico* igual sino sólo un estatuto *económico* igual (123).

Por otra parte, en ciertos países se otorga mayor confianza a la acción social del Estado para mejorar la situación de los hijos nacidos fuera de matrimonio cuando carecen de una familia verdadera (124), o se expresan reservas en cuanto a la creación por la ley de una familia natural (125).

Más urgente me parece la atención a la situación sociológica de los hijos naturales. El profesor Müller Freinfels nos dice (126) que «la mejor intención no permite al legislador ignorar el hecho social del hijo ilegítimo que, en nuestros días, vive en una situación diferente de la del hijo legítimo». Por esta razón me hubiera gustado haber tenido informaciones sociológicas más completas sobre la situación real de los hijos nacidos fuera de matrimonio en aquellos países que hace tiempo han establecido la plena igualdad jurídica entre hijos legítimos e ilegítimos (127). Parece realista adaptar la situación jurídica de tales personas a la situación de hecho, y conceder los derechos

(122) Vid. los arts. 759 y 760 reformados del C. c. francés.

(123) Vid. el párrafo 1934, a, 1 del B. G. B.

(124) En el *Rapport KIRALFY*, se lee la siguiente conclusión: «Para el futuro no se contempla una nueva legislación que se refiera a los derechos sucesorios de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Para éstos, las dificultades no existen normalmente en el seno de las familias bien acomodadas. La incidencia de la ilegitimidad puede reducirse mediante la planificación económica y la educación. Los cuidados concedidos al hijo pueden mejorarse siempre con gastos cada vez más elevados. La campaña a favor del control de nacimientos y del aborto, han conducido en este terreno a resultados muy discutibles. En Inglaterra, la familia llamada reducida, o «nuclear», tiende a aislarse. Un grupo familiar más amplio podría dar solución a muchos problemas pero la evolución no sigue esta dirección. El Estado probablemente, deberá asumir la misión principal de la asistencia a los niños abandonados y no deseados y será ayudado a su pesar, por padres voluntarios y, eventualmente, por madres fortuitas y desocupadas» (*Rapport* citado, p. 10).

(125) El *Rapport PINEAU*, p. 19, nos dice: «No parece, sin embargo, que pueda irse mucho más lejos en la asimilación del estado de hijo natural al de hijo legítimo y que quiera crearse, en cuanto tal, una *familia natural*».

(126) En el vol. *La filiation illégitime en droit comparé français et allemand*, cit., p. 100.

(127) Por ejemplo: porcentaje de hijos abandonados por sus padres; hijos a cargo del Estado o de los establecimientos públicos; hijos que viven con la madre o con la familia de la madre o con terceros; hijos que viven con el padre o con su familia; porcentaje que represente el reconocimiento voluntario con relación a los casos de ejercicio de una acción judicial de investigación; situación de los hijos adulterinos: ¿están integrados en la familia del cónyuge engañado?, ¿viven con la madre soltera?, ¿qué ocurre en el caso del doble adulterio?

de patria potestad a la persona que tiene a su cargo al hijo, e imputar los deberes al otro padre (solución de la Ley alemana de 1969).

Hay que señalar todavía que en varios países el punto de partida para un cambio de la legislación ha sido el mandato constitucional (128). Pero a veces en la misma constitución se encuentran obstáculos legales porque ella misma establece al mismo tiempo la protección de la familia legítima (129). Tocamos aquí la dificultad más grave de orden ideológico; para los países del Islam, esta protección debe ser absoluta, de tal modo que no se reconoce ningún derecho a la filiación fuera de matrimonio; en los países escandinavos y socialistas, se piensa por el contrario, que conceder idénticos derechos a los hijos legítimos e ilegítimos, no constituye un ataque a la familia legítima; sin embargo, en las recientes reformas de Europa Occidental, la preocupación de no dañar a la familia legítima, se manifiesta en ciertos puntos (130). Carecemos de datos suficientes para resolver esta cuestión (131), pero es de desear que se encuentre el preciso equilibrio para no sacrificar un interés al otro.

Por último, una cuestión cuantitativa pero no desdeñable. Según las palabras del profesor Müller Freienfels (132): «El impacto social y la problemática de los nacimientos ilegítimos, varían totalmente según que en un país determinado sean habituales o excepcionales. Es la razón por la cual no podría haber una reglamentación universalmente válida, sino únicamente soluciones, las mejores posibles, para cierta época y para cierto país.»

Sólo en el *Rapport Ana PROKOP*, p. 19, nota 36, se indican algunos datos estadísticos; en 1964, 33.763 hijos nacieron en Yugoslavia fuera de matrimonio (pero, ¿qué porcentaje con relación al total de nacimientos?). De este total, 18.605 fueron reconocidos por el padre (el 55 por 100 aproximadamente), 4.482 han sido legitimados (o sea, aproximadamente, el 13 por 100). Para 240 hijos, la paternidad fue establecida judicialmente (o sea el 0,7 por 100). Esto significa que algo más del 30 por 100 ha quedado sin que se establezca su paternidad (¿a cargo de la madre, de la familia de la madre, del Estado?).

(128) El art. 6, párrafo 5 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, dice: «La legislación debe asegurar a los hijos naturales las mismas condiciones que a los legítimos en lo que concierne a su desarrollo físico y moral y a su situación social».

En los Estados Unidos, la *Equal Protection Clause* de la Constitución Federal, ha permitido al Tribunal Supremo pronunciar dos sentencias de trascendental importancia para la evolución del estatuto de la filiación fuera de matrimonio. Se trata de *Levy v. Louisiana*, 391 U.S.A., 68, 1968 y de *Glova v. American Guarantee & Liability Insurance Co.*, 391 U.S.A., 73, 1968 (*Rapport KRAUSE*, p. 7 y ss.).

(129) Es el caso del art. 30, párrafo 3, de la Constitución Italiana. Vid. la interpretación que ha dado el Tribunal Constitucional: *Rapport BUSNELLI*, p. 17 y ss.

(130) Vid. el tratamiento diferente de la ley francesa y alemana respecto del hijo natural en presencia del cónyuge y de los hijos legítimos del *decuius*. Para la Argentina, el *rapport LÓPEZ DEL CARRIL*, p. 8, expresa el deseo de mantener alguna diferencia con los hijos legítimos para consolidar el matrimonio como institución social.

(131) Por ejemplo, sería de gran interés examinar si la curva de uniones libres sube a continuación de una reforma de la legislación que iguale a los hijos naturales con los hijos legítimos.

(132) MULLER-FREIENFELS, op. cit., p. 102.

Adquisición y restitución de frutos por el poseedor

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
Profesor Adjunto de Derecho civil

SUMARIO: 1. **Introducción.**—2. **Historia y antecedentes.**—3. **Atribución de los frutos al poseedor de buena fe.**—31. *La posesión para la adquisición de los frutos.*—311. En cuanto al título. Problemas generales.—312. El supuesto de título “a domino”. En general.—312.1. Título “a domino” nulo o anulable.—312.2. Título rescindible.—312.3. Título simulado.—312.4. Título extinguido.—312.5. Otras situaciones.—313. En cuanto al concepto en que se posee.—314. El poseedor a título de heredero.—315. La buena fe.—32. *El derecho a los frutos.*—321. Objeto y extensión.—322. La atribución de los frutos naturales e industriales.—323. La atribución de los frutos civiles.—323.1. Adquisición-apropiación y adquisición-pertenencia.—323.2. La regla de “producción por días” de los frutos civiles.—323.3. Frutos de los derechos.—323.4. Frutos e intereses.—324. Naturaleza y fundamento del derecho a los frutos.—4. **Duración del derecho a los frutos.**—41. *En general.*—42. *Pérdida de la posesión.*—43. *Pérdida de la buena fe.*—44. *Interrupción legal de la posesión.*—441. La pretendida relación entre “interrupción legal de la posesión” y pérdida de la buena fe.—442. Momento preciso en que se produce la interrupción.—443. La sentencia que produce la interrupción.—444. Resumen y conclusiones.—445. La situación del poseedor de buena fe demandado.—5. **Abono de frutos por el poseedor de mala fe.**—51. *Insuficiencia del punto de vista tradicional.* 52. *Obligado al abono de frutos: el poseedor de mala fe.*—53. *Propiedad de los frutos y obligación de abonarlos.*—531. Frutos naturales percibidos.—532. Frutos civiles.—533. Frutos “que el poseedor legítimo hubiera podido percibir”.—534. Conclusión sobre este punto.—54. *La idea de resarcimiento.*—541. Por infringir el supuesto deber de diligente percepción de frutos.—542. Por la privación del goce de la cosa.—543. Exclusión de las normas generales sobre responsabilidad aquiliana.—55. *La idea de enriquecimiento.*—551. Frutos percibidos y enriquecimiento.—552. Los gastos de producción.—553. Los gastos de cambio del destino económico de la cosa poseída.—56. *La idea de accesoriedad**.

* En la «Relación de obras citadas» con que concluye el trabajo se encontrarán los datos bibliográficos que integran las citas hechas a pie de página.

Las Sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo se citan con indicación del tomo y página de la «Jurisprudencia civil» (en la edición de la Revista General de

1. INTRODUCCION

“Es un mal de cualquier bien, de cualquier cosa aprovechable por hombres, su situación de vacante, de mostrenca, de abandonada, de improductiva; en suma, de inútil”. Así escribió don Juan Moneva en el epílogo de aquel sugestivo libro “El testamento es un absurdo”, del doctor Maynar Barnolas (1). Y a nada podrían aplicarse mejor estas palabras que al tema de la posesión de las cosas por quien no es su titular, sacándolas de aquella situación de improductivas o inútiles en que éste las dejara, acaso negligentemente, y a la adquisición que de sus frutos hace el poseedor cuando es de buena fe, pues en sus manos o bajo su gobierno las cosas fueron útiles y produjeron.

Entre los efectos de la posesión (2), el relativo a los frutos resulta especialmente expresivo de la función social que forma parte de su esencia, a la vez que reflejo de la función social de la propiedad que en cuanto obliga a una gestión socialmente útil de los bienes, produce el paso de la figura de la propiedad estática y formal a una propiedad dinámica, ocupando el primer plano —en palabras de Hernández Gil— “no el tener atributivo, sino el disfrute actuante, la posesión en suma” (3).

Junto a ello, ofrece el tema de la adquisición de los frutos por el poseedor un punto de vista privilegiado sobre el juego de los principios de la propiedad y del trabajo en la adquisición de los beneficios, así como —ya en un plano más técnico— una amplia perspectiva sobre la construcción de los frutos y su disciplina, ya que, como observa García Cantero, es ésta “una de las materias a propósito de la cual nuestro Tribunal Supremo ha sentado más jurisprudencia en relación con los frutos, sirviendo también las normas legales para ella dictadas, de pauta y modelo para regular los frutos en otras instituciones” (4).

2. HISTORIA Y ANTECEDENTES

En el Derecho romano clásico, el poseedor de buena fe lucraba todos los frutos (naturales e industriales) de la cosa poseída, adquiriéndolos por simple *separatio*. Pero posteriormente (quizá por Justi-

Legislación y Jurisprudencia) hasta los años cuarenta; y de tomo y página de la «Colección Legislativa» (Ministerio de Justicia) para fechas posteriores. Tratándose de Sentencias de otras Salas —o, excepcionalmente, por no contar con el correspondiente volumen de los repertorios antes citados— la remisión se hace al «Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi».

(1) MAYNAR BARNOLAS, Manuel, *El testamento es un absurdo*, con un prólogo del doctor José Castán Tobeñas y un epílogo del doctor Juan Moneva y Puyol. Madrid, 1948, pág. 106.

(2) Para diversas clasificaciones de los efectos de la posesión, *vid.* MARTÍN PÉREZ, *La posesión*, págs. 155-156.

(3) HERNÁNDEZ GIL, *La función social de la posesión*, págs. 214, 173 y *passim*.

(4) GARCÍA CANTERO, RDN, IX-X, 1955, pág. 193.

niano, pero algunos hacen remontar la innovación a Diocleciano, y otros a la jurisprudencia de los últimos años del Derecho clásico), se introdujo una distinción entre frutos existentes y frutos consumidos, de modo que el poseedor de buena fe restituya todos los que conserve en especie —y acaso en su equivalente económico en caso de enajenación— al incoarse el proceso. En este cambio debió influir la disciplina de la *hereditatis petitio* (S. C. Juvenciano: D. 5.3.20. 6), y, en general, consideraciones sobre la equidad, la interrupción de la buena fe y el criterio del enriquecimiento, no muy correctamente traducidas en norma jurídica (5).

Sobre la base de los textos del Digesto —contradictorios en ciertos puntos e interpolados, como demostró en el siglo pasado Alibrandi, reconstruyendo el sistema de Derecho clásico— los juristas europeos, desde la Glosa, establecieron la máxima *bonae fidei possessor fructos consumptos suos facit*. Quedaba abierto el problema de cómo explicar una adquisición por el consumo, es decir, una adquisición precisamente cuando la cosa perece o —si se acepta que la enajenación es una forma de consumo— cuando ingresa en un patrimonio ajeno.

Hizo valer, además la Glosa, la distinción entre frutos naturales e industriales: sólo estos últimos se adquirían por el consumo, mientras que los naturales habrían de restituirse aun consumidos: *ratio est quia in eis agitur de mero lucro, quum acquirantur sine impensa et industria hominis* (6). Los frutos se atribuyen al poseedor en razón del trabajo invertido —*pro cultura et cura*—: por tanto, sólo aquéllos que se producen a beneficio del cultivo o del trabajo. Respecto de los naturales, con todo, tienden algunos a limitar la responsabilidad por los consumidos de modo que no se abonen *nisi quatenus locupletior factus est*, al menos tratándose de poseedor de buena fe con título (7).

El planteamiento del Derecho común se recoge extensamente en las Partidas. El poseedor de buena fe —al parecer necesariamente con título— hace suyos los frutos industriales consumidos “por la obra, e por el trabajo que llevó en ellos, hasta que el pleyo fué comenzado por demanda e por respuesta”. Los naturales —“que non

(5) SCUTO, *Riv. Dir. Civ.*, 1915, págs. 336 ss.; QURLIAC y MALAFOSSE, *Derecho romano y francés histórico*, III, *Los bienes*, págs. 504 (*ibi* bibliografía) y 571.

(6) *Ad § 35, Inst., de rer. div.* (2.1).

(7) De argumentos textuales para negar los frutos naturales al poseedor de buena fe servían la alusión de I. 2.1.35 al cultivo y al trabajo como razón de la adquisición de los frutos, y D. 22.1.45 (relativo a los frutos de la cosa donada por el marido a la mujer infringiendo la prohibición legal). En sentido contrario, atribuyendo todos los frutos al poseedor, se alegaba D. 41.1.48. BÁRTOLO distinguía según el poseedor de buena fe tuviera o no título, aplicando en uno y otro caso, respectivamente, D. 41.1.48 y D. 22.1.45. Puede verse amplia discusión (con referencia también a P. 3.28.39) en CASTILLO SOTOMAYOR, *Quotidianarum controversiarum*, lib. V, cap. 135, nn. 53 y 54, quien sigue principalmente a JUAN GARCÍA, *De expensis et meliorationibus*.

viniesen por labor de omes"— los ha de restituir aunque los haya consumido de buena fe (8).

En cuanto al de mala fe, se distingue del supuesto normal de quien adquiere la cosa sabiendo que el enajenante no es dueño —en cuyo caso sólo restituye los frutos percibidos— aquellos otros en que se comenzó a poseer por hecho delictivo (“cuando furtan la cosa o la roban o la entran sin derecho”), o en que concurren ciertas circunstancias especiales, como adquirir conscientemente en fraude de acreedores o mediante enajenación por fuerza o miedo. En estos casos excepcionales la restitución alcanza, además de los percibidos, a todos los frutos que “ende pudiera llevar el señor de la heredad” (9). En

(8) P. 3.28.39. “Cuyos deuen ser los frutos que salieren del heredamiento, de que fuere vencido alguno por Juyzio.

A buena fe compran los omes, o ganan casa, o heredamiento ageno, cuyando que es suyo de aquellos que lo enagenan, o que han derecho de lo fazer; e acaesce, que viene despues el verdadero señor della, e demandagela, e vencelo en juyzio. E en tal caso como este dezimos, que el señorio de los frutos que ouiesse recibido, e despandido del heredamiento este vencido, que deuen ser suyos por la obra, e por el trabajo que llevo en ellos, fasta que el pleito fue comenzado por demanda, e por respuesta; e non es tenido de los dar al vendedor, maguer lo entregue de la heredad. Mas los que non ouiesse despandido, tenido seria de los tornar al señor de la heredad; sacando primeramente las despensas que ouiesse hecho sobrelos. Otrosi dezimos, que si los frutos que ouiesse recibido, fuesen de tal natura, que non viniessen por labor de omes, mas por si se los diesse la heredad; asi como peras, o manzanas, o cerezas, o nueces, o los frutos semejantes destos, que han los arboles por sí naturalmente, e sin lauor de ome; que estos ataless tenido es de los tornar con la heredad, maguer los aya despandido a buena fe: e si por aventura ouiesse mala fe, en comprando la cosa, o en auiendo en otra manera, sabiendo que non era suya de aquel que gela enageno; entonce, maguer ouiesse despandido los frutos que ouiesse recibidos de la heredad, tenido seria de pechar el precio dellos, sacando todavia las despensas que ouiesse hecho en razon dellos”.

Con lo dispuesto en el penúltimo párrafo parecería norma clara que el poseedor de buena fe nunca hace suyos los frutos naturales y ha de restituir todos los consumidos de esta clase. *Vid. CASTILLO SOTOMAYOR, loc. cit* en nota precedente. Pero GREGORIO LÓPEZ afirma en gl. 9 al texto de Partidas transcrto: *Despandido. Intellige hoc in fructibus naturalibus consumptis, quando ex eis factus est locupletior*; y esta opinión prevaleció.

(9) P. 3.28.40. “Como el que tiene la cosa a mala fe, e le es vencida por Juyzio, deue tornar todos los frutos.

A mala fe ganan los omes heredades, e otras cosas, en dos maneras. La primera es, quando furtan la cosa, o la roban, o la entran sin derecho. E estos ataless, si fuessen vencidos en juyzio, son tenudos de tornar la heredad con los frutos que ende lleuaron, e aun con los que pudiera ende llevar el señor de la heredad. La segunda manera es, cuando las ganan por razon de compra, o de donadio, o por otra razon derecha; pero sabiendo que aquellos de quien las han, que non han derecho de las enagenar. E estos ataless son tenudos de tornar la heredad con los frutos que della lleuaron, si los vencieren por ella en juyzio; mas non son tenudos de tornar lo que ende pudiera auer llevado el señor de la heredad, si la ouiesse tenido; fueras ende en cuatro casos. El primero es, cuando la heredad vende algund ome, para facer engaño a aquellos a quien deue algo, sabiendo el engaño el comprador. El segundo es, cuando la heredad fuese enagenada por fuerza, o por miedo. El tercero es, cuando alguno comprasse encubiertamente alguna cosa, de aquellas que mandasse vender el Oficial de nuestra Corte, contra la costum-

todos los casos, quien ha de restituir frutos tiene derecho a los gastos hechos para su producción (10).

Esta doctrina se mantendrá inalterada hasta la promulgación del Código civil (11).

Partiendo de normas propias de la *hereditatis petitio* (D. 5.3.40. 1.) ponderaban los autores del Derecho común, tanto respecto de los frutos naturales como de los industriales, si el poseedor de buena fe se había enriquecido con el consumo de los frutos; y, en cierto modo, el centro del sistema se trasladó a esta consideración del enriquecimiento: habría de restituirse en tanto en cuanto el poseedor se enriqueció (12). Correlativamente, y para eximir al poseedor de restitución, se hizo valer entonces que el consumo de los frutos no enriquece: el poseedor *lautius vixit sed non locupletavit*; que el enriquecimiento será en todo caso muy difícil de probar y, además, que obligar a quien durante muchos años ha estado viviendo de rentas que creía pertenecerle a restituirlas, aunque sea en parte, pondría en peligro su patrimonio y aun podría llevarle a la ruina.

Fueron, al parecer, estas consideraciones, y la práctica francesa anterior, las que llevaron al *Code Napoléon* un principio que venía a coincidir, por caminos diversos, con el propio del Derecho romano clásico (13). Dice, en efecto, el artículo 549 del Código civil francés: “*Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi*”. Que el poseedor de buena fe hace suyos todos los frutos percibidos es un principio recibido prácticamente en todos los Derechos europeos, tanto de base romana como germánica (14).

Es una excepción —que me limitaré a indicar— la Compilación del Derecho civil foral de Navarra de 1973, que recoge del Derecho justiniano el deber del poseedor de buena fe de restituir los frutos por él percibidos pero no consumidos (ley 353-2.º) y la compensación de los gastos necesarios y mejoras útiles con los frutos que percibió (ley 362) (15).

En cuanto al poseedor de mala fe, es común imponerle el deber de restituir los frutos. Pero aquí hay ciertas variantes en los códigos

bre que deue ser guardada en venderlas. El cuarto es, cuando ganasse la heredad contra las leyes deste libro. Ca qualquier que ganasse la heredad en alguna destas cuatro maneras, tenido es de tornar la heredad con todos los frutos que ende lleuo, e aun con los que ende pudiera lleuar el señor de la heredad.

(10) P. 3.28.39 y 44; 6.14.4.

(11) *Vid. SALA*, I (1832), págs. 114-115; *GUTIÉRREZ*, II (1863), páginas 508-513; *GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN*, I (1865), págs. 598-599.

(12) *Vid.*, por ejemplo, *GREGORIO LÓPEZ*, gl. 9 a P. 3.28.39 y gl. 2 a P. 6.14.4.

(13) Para esta evolución doctrinal, *SCUTO*, *Riv. Dir. civ.*, 1915, págs. 346-347. *Vid. infra*, nota 108.

(14) Cód. civ. italiano (1865), art. 703; BGB § 955; Cód. civ. suizo, arts. 938 y 939; Cód. civ. italiano (1942), art. 1.148. Otras citas de Códigos extranjeros, en *MANRESA*, IV (1972), pág. 314.

(15) *Vid. SALINAS QUIJADA*, *Derecho civil de Navarra*, II, págs. 294 y 298.

—que en ocasiones nada establecen directamente— respecto de la medida de esta restitución, si sólo de los frutos percibidos o también de los podidos percibir. En este segundo caso —que es el más normal— se duda entre hacerle responder por los que él mismo hubiera percibido de utilizar una diligencia adecuada, o por los que el vendedor en la posesión hubiera podido percibir. En algunos ordenamientos se regula como caso especial el de quien comienza a poseer por hecho delictivo, haciendo entonces su situación más gravosa. Merece destacarse el Código mexicano de 1928 que, para el supuesto de posesión de mala fe, con tal que no sea delictiva, otorga a quien posea en concepto de dueño por más de un año, pacífica, continua y públicamente, dos terceras parte de los frutos industriales —no así de los naturales o civiles— que haga producir a la cosa poseída (16).

En la codificación española se acepta prontamente el planteamiento del Código francés, con los matices del italiano de 1865 y, sobre todo, respecto de la materia del actual artículo 452, del portugués de 1867 (acaso inspirado en el ALR prusiano) (17). Ello produce un texto especialmente detallado y acertado por lo que se refiere al poseedor de buena fe (arts. 451 y 452); pero desdichadamente se olvidan las distinciones y limitaciones de las Partidas respecto del poseedor de mala fe, de cuya doctrina se aparta el Código tanto por lo que se refiere a la restitución de frutos como al abono de gastos y mejoras (18).

3. ATRIBUCION DE LOS FRUTOS AL POSEEDOR DE BUENA FE

Dispone el artículo 451, párrafo 1.º Código civil: *El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión.*

Me ocuparé en primer lugar de los caracteres de la situación posesoria que da derecho a los frutos, y luego del objeto y extensión de este derecho —señalando la distinta forma en que se produce la

(16) Código civil mexicano (1928), art. 813.

(17) Cfr. Cód. civil portugués (1867), art. 495 y ALR prusiano, I, 7, §§ 195-203. La influencia del Código portugués fue ya advertida por MUCIUS SCAEVOLA, VIII (1945), pág. 445, y MANRESA, IV (1910), pág. 282.

(18) En el Proyecto de 1851, su artículo 429 equivale sustancialmente al actual 451, si bien para la "interrupción de la posesión" se remite a la regulación correspondiente a la prescripción. El 430 se limita a conceder al poseedor de buena fe el "abono de los gastos hechos por él para la producción de los frutos naturales o industriales que no hace suyos por estar aún pendientes al tiempo de interrumpirse la posesión", y el 431 determina: "El poseedor de mala fe está obligado a restituir todos los frutos que haya producido o debido producir la cosa desde su injusta detención."

En el Anteproyecto de Código civil de 1882-1888, sus arts. 456 y 460 coinciden exactamente con los 451 y 455 del Código vigente; mientras que el 457 equivale en lo sustancial al vigente artículo 452, con una variante de interés que haré notar en el momento oportuno. (*Vid.* nota 128).

atribución de los frutos según sean naturales o civiles— para terminar fijando la naturaleza y fundamento del derecho a los frutos.

3.1. LA POSESIÓN PARA LA ADQUISICIÓN DE LOS FRUTOS

Doy por conocido el concepto de posesión y sus clases, así como el de buena fe, ocupándome sólo de algunas peculiaridades de esta última y de los problemas que suscita el título en cuya virtud se posee —en particular, si es aplicable la disciplina de los artículos 451 y 555 cuando el título (viciado) procede a *domino* —y el concepto posesorio. Como se verá, la situación posesoria que da derecho a los frutos no coincide ni con la *possessio ad usucaptionem* (cuyos requisitos son más estrictos) ni con la *possessio ad interdicta* (cuyos requisitos son menos exigentes). No se trata propiamente de una situación intermedia, sino de un supuesto de hecho distinto —aunque vecino a los citados, con los que tiene en común varios elementos— que podría denominarse *possessio ad fructos* o posesión para la adquisición de los frutos.

3.1.1. *En cuanto al título. Problemas generales*

En la posesión para la adquisición de los frutos el título no viene exigido como requisito autónomo. Basta comparar el artículo 433 con los 1.940, 1.952 y siguientes y 1.957 del Código civil y atender a que el primero de ellos admite el título viciado. El título, al efecto de la adquisición de los frutos, desempeña el doble papel de habitual presupuesto psicológico de la buena fe del poseedor, y del indicador *prima facie* del concepto en que posee. Puede, por tanto, ser putativo o nulo o aquejado de cualquier otro vicio (19).

Se discute si es suficiente el *título originario* (putativo), como sería el de ocupación de cosa extraviada que se reputa *nullius*. En materia de usucapión, a la tesis afirmativa se opondría especialmente el artículo 1.950 (“creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de élla y podía transmitir el dominio”), a pesar de lo cual parece tesis aceptable (20). Más claramente es así respecto de la adquisición de frutos. El artículo 433 exige en el poseedor la ignorancia de que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide: título y modo que no se refieren necesariamente al negocio traslativo seguido de entrega (como pretende Gómez-Acebo), sino que, como explica de los Mozos, contradiciéndole, tratándose de adquisición originaria significarían *animus* y *corpus*, respectivamente (21).

(19) GÓMEZ-ACEBO, RDP, 1952, págs. 199-200 (con cita de doctrina francesa e italiana), 202-203 y 207-208; MARTÍN PÉREZ, pág. 75; Mozos, páginas 233-234.

(20) Anotadores de ENNECERUS, III, 1, pág. 415; MARTÍN PÉREZ, páginas 74-75.

(21) GÓMEZ ACEBO, págs. 207 y 208, quien concluye: “Es presupuesto para la aplicación del art. 451 un negocio traslativo derivado de un no titular o de un no legitimado para disponer; la adquisición de frutos no

En algunos Derechos, como el alemán, sólo el poseedor a *título oneroso* hace suyos todos los frutos. Si obtuvo gratuitamente la posesión, debe restituir según las reglas del enriquecimiento injusto (BGB, § 988) (22). No puede hacerse tal distinción para nuestro Derecho: en ambos casos el poseedor de buena fe hace suyos los frutos, y en la misma medida.

3.1.2. *El supuesto de título “a domino”. En general*

Defiende, entre otros, Gómez Acebo que el artículo 451 presupone que el negocio traslativo (para él, como he dicho, sólo el traslativo sería suficiente) “lo realice un no titular o un titular no legitimado para la disposición. El campo de las nulidades *’inter partes’* —prosigue— o sea, de los negocios traslativos *a domino*, está regido por los artículos 1.300 y siguientes, y uno de sus efectos característicos es la devolución de las cosas con sus frutos, según resulta del artículo 1.303” (23). La cuestión, sin embargo, es compleja, y en mi opinión debe resolverse, en principio, en sentido contrario, es decir, a favor de la aplicación de la disciplina de la posesión también cuando el título derivativo (afectado de vicio) procede *a domino*; sin perjuicio de las excepciones o matizaciones introducidas por otras reglas que disciplinen las relaciones *inter partes* (no sólo el artículo 1.303), que acaso deban a su vez ser integradas por las de los artículos 451 y siguientes.

Para el Derecho francés, la doctrina, al parecer unánime, admite la aplicación de las reglas sobre adquisición de frutos por el poseedor también cuando éste deriva su título del mismo propietario que ejerce la acción de nulidad o de rescisión, exceptuándose solamente aquellos supuestos en que la ley regula de manera particular la restitución o retención de frutos (por ejemplo, reducción o revocación de donaciones, condición resolutoria, resolución por incumplimiento en las obligaciones recíprocas) (24).

La doctrina y la jurisprudencia italianas al respecto se encuentran divididas. Bajo el Código derogado, al estar vinculada la buena fe a la existencia de título válido —según la interpretación dominante— la adquisición *a domino* nunca podría dar lugar a la aplicación de la disciplina de la posesión de buena fe. Pero, puesto que la buena fe está en el Código vigente desvinculada del título —como ocurre, según hemos visto, en el Derecho español—, a aquella doctrina se ha objetado que no tiene ya razón de ser la distinción entre adquisición *a domino* y adquisición *a non domino*, porque también el adquirente

puede tener lugar en la ocupación de buena fe de la cosa fructífera.” *Contra Mozos*, José Luis de, págs. 232-233.

(22) HEDEMMAN, pág. 345; WOLFE, III, 1, págs. 511-512.

(23) GÓMEZ-ACEBO, RDP, 1952, pág. 208.

(24) PLANIOL y RIPERT, III, pág. 173; MARTY y RAYNAUD, II 2, páginas 53-54.

a domino en virtud de título viciado está en buena fe, y ha poseído como tercero contra el propietario, aunque de éste derivara el título que se declara nulo o se destruye de otro modo. Como dice Sacco, “la posesión es una situación de hecho, autónoma respecto de las adquisiciones y pérdidas de los derechos producidos por el contrato y posteriormente eliminados en virtud de anulación” (25).

Esta postura me parece la correcta, en principio, para el Derecho español, en que la buena fe actúa independientemente del título, admitiéndose el título viciado cuando el vicio se ignora (art. 433), sin que resulte de norma alguna que la hipótesis de título viciado sólo sea operante cuando, además, provenga de quien no era dueño de la cosa o no estaba legitimado para su disposición. Ahora bien, sucede que en nuestro Código hay normas específicas para disciplinar las relaciones *inter partes* que en ciertos supuestos mencionan también lo relativo a frutos. El caso más importante es el de nulidad o anulabilidad del negocio traslativo, único considerado por la doctrina española en este contexto, y sobre el que ha recaído jurisprudencia de interés.

3.1.2.1. *Título “a domino” nulo o anulable*

A) *La doctrina*

Hasta la promulgación del Código parece más probable la tesis de la aplicación de la disciplina de la posesión al supuesto de título *a domino*. La Sentencia 18 diciembre 1862, ante la nulidad de venta de fincas en perjuicio de menores, consideró doctrina correcta la apreciación, según los casos, de la buena o mala fe del comprador, de manera que en el primero sólo restituye los frutos percibidos desde la contestación a la demanda (26).

(25) SACCO, pág. 113; *vid.* GRECO, pág. 409; MONTEL-PROTTETI, pág. 373. *Contra GENTILE*, págs. 6 ss., nt. 14, para quien los arts. 1.148 y concordantes Cód. civ. italiano sólo se aplican cuando el actor ejercita precisamente la acción reivindicatoria.

(26) S. 18 diciembre 1862 (*Jurispr. civ.*, t. 7, pág. 772), *Antonio Cortés Núñez*, c. *Vicente Pérez Sánchez*: “No es jurisprudencia admitida por los Tribunales que siempre que se declara la nulidad de un contrato, en virtud del cual se hayan enajenado fincas, y se manden devolver éstas con restitución de frutos, haya de verificarse en todos los casos de los percibidos o debidos percibir desde que aquéllas entraron en poder del comprador; y que antes, por el contrario, los Tribunales tomando en consideración, como en este litigio, las diversas circunstancias y antecedentes consignados en los autos, aprecian en uso de sus facultades el hecho de si se han retenido con buena fe hasta que se haya ésta interrumpido por la contestación a la demanda; no habiendo, por tanto, infringido la sentencia que limita a esta época la restitución de frutos jurisprudencia alguna admitida por los Tribunales.”

Pero ya el Proyecto de 1851 coincidía textualmente, en su art. 1.190, con el 1.303 C. c., y GUTIÉRREZ (IV [1889], págs. 177-178) enseñaba que la cosa debe restituirse con sus frutos, y el precio con los intereses, con base en textos romanos sobre la *restitutio in integrum*.

Promulgado el Código, se apreció enseguida cierta antinomia entre el artículo 1.303 y los 451 y siguientes, que se salva atribuyendo al primero la regulación de las relaciones *inter partes* a los efectos de restitución en un contrato nulo, y a los segundos los supuestos en que la restitución ha de hacerla el poseedor a tercera persona extraña al acto de adquisición: es decir, cuando el título del poseedor procede a *non domino*. Esta doctrina, iniciada por Sánchez Román, se encuentra en Manresa (con la salvedad que diré), Gómez-Acebo y Martín Pérez (27).

En sentido distinto, De Castro, al estudiar los efectos secundarios de la acción de nulidad, observa que “respecto a los casos de nulidad absoluta parece se tendrá en cuenta la condición del poseedor de buena o mala fe (arts. 451-458), considerando que sólo el poseedor de mala fe ha de ser condenado a la entrega de frutos y rentas (art. 455) y que el de buena fe tiene derecho a los frutos y al abono de las mejoras útiles y necesarias (arts. 451, 453)” (28).

B) *La jurisprudencia*

Esta postura encuentra apoyo en la jurisprudencia, que, con todo, no puede considerarse absolutamente segura.

La Sentencia 17 febrero 1922 rechaza expresamente el argumento basado en la especialidad del artículo 1.303 frente al 451, que excluiría la aplicación del último cuando la devolución proceda por ser el contrato nulo. Por lo que respecta a los frutos —declara el Tribunal— la disposición especial es precisamente el artículo 451, sin que a ello se oponga el precepto general contenido en el artículo 1.303 (29).

(27) SÁNCHEZ ROMÁN, III, págs. 443-444; MANRESA, IV, pág. 272 (pero vid. III, págs. 746 y 783 e *infra*, nota siguiente); GÓMEZ-ACEBO, RDP, 1952, pág. 208; MARTÍN PÉREZ, pág. 160.

(28) CASTRO, Federico de: *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, pág. 484. También PUIG BRUTAU, III, 1, págs. 119-120, con amplia cita de las SS. 17 febrero 1922 y 10 febrero 1970, que veremos a continuación. MANRESA, si bien en el comentario al art. 451 opina que “el art. 1.303, como especial para las relaciones entre los contratantes, cuando exista la nulidad, excluye en su caso la aplicación del 451” (t. IV, pág. 272), al ocuparse del 1.303 se remite en este punto al comentario del 1.295, en el que mantiene que habrá de estarse a la buena o mala fe del adquirente, de modo que “en uno o en otro caso serán aplicables las reglas respectivas contenidas en el título de la posesión, el efecto de determinar si han de devolverse los frutos percibidos, o además los podidos percibir, sin que el adquirente de buena fe pueda hacer suyos aquéllos cuya devolución es necesaria para que tenga cumplimiento este artículo. En cuanto al abono de gastos y mejoras deberán tenerse en cuenta también, y según los casos, los preceptos relativos a la posesión”. El resultado sería un sistema mixto: el poseedor de buena fe restituye los frutos percibidos (contra el art. 451, por imponerlo el 1.303); si se prueba la mala fe restituirá, además, lo que el poseedor legítimo hubiera podido percibir. Extraña doctrina, que mutila aplicándola parcialmente la disciplina de la posesión y que, sin embargo, será recogida por la S. 10 febrero 1970.

(29) S. 17 febrero 1922 (*Jurispr. civ.*, t. 155, pág. 270), *Abogado del Estado c. Melitón Valle Ruiz y otros*. “Declarado por la Sala sentenciadora,

En la de 27 octubre 1932 se trataba de los efectos de la nulidad de un préstamo usurario y de la dación de fincas hecha para pagarlo. El prestatario pide los frutos que él hubiera podido percibir de las fincas, argumentando que la nulidad por usura (arts. 1 y 9, Ley 23 julio 1928) implica necesariamente mala fe en el prestamista y, por tanto, aplicación del artículo 455 Código civil. El Tribunal Supremo rechaza el recurso argumentando que "la declaración de nulidad de los contratos no lleva consigo la declaración de mala fe, ni es inseparable la una de la otra como el recurrente afirma, sino que es preciso prueba especial para destruir la presunción establecida por la ley que supone la existencia de buena fe, aun en los contratos cuya nulidad haya sido declarada" (30).

De nuevo en la Sentencia 10 febrero 1970 (en recurso de casación producido en ejecución de sentencia, que había condenado al abono de los "correspondientes frutos o intereses desde la fecha del otorgamiento de las trasmisiones"), el Tribunal Supremo tiene ocasión de ocuparse del tema, declarando que cuando "la condena al abono de esos frutos se deriva del cumplimiento del artículo 1.303 del Código civil, en el que se amparó la demanda, y se apoyó la sentencia que da lugar a esta ejecución, se ha de tener muy en cuenta que este artículo hace mención solamente de la restitución genérica de frutos y deja, como es natural, la especificación de su alcance a los textos que regulan, según los casos, dicha restitución, en atención a la buena o mala fe que haya presidido la posesión del contratante restituyente de la cosa y sus frutos, y por eso, cuando la sentencia condena simplemente 'al abono de los frutos' debe referirse solamente a los que 'fueron percibidos' y no a los que 'hubieren podido percibir' o 'los que el poseedor legítimo hubiese podido percibir' porque para comprenderse éstos hubiese sido necesario que la sentencia imputara de una manera expresa a estos demandados una mala fe que en modo alguno aparece, de conformidad con los artículos 434 y 455 del Código civil, y como la declaración de nulidad de los contratos no lleva consigo la declaración de mala fe, ni es inseparable la una de la otra, sino que es preciso prueba especial para destruir la presunción establecida por la Ley, que supone la existencia de buena fe aun en los contratos cuya nulidad haya sido declarada —Sentencia, entre otras, de 27 de octubre de 1932— y que no se opone a lo dispuesto en los artículos 434 y 455 del Código civil, el

en uso de sus privativa facultad y apreciando la resultancia de autos, que los demandados poseyeron de buena fe los terrenos de cuya restitución se trata, es visto que al condenar a aquéllos en el fallo al abono de los frutos percibidos sólo desde la contestación a la demanda, lejos de infringir el artículo 451 del Código civil, como pretende el recurrente, hizo debida aplicación del mismo, sin que a esta disposición especial, referente a la devolución de frutos, se oponga el precepto general contenido en el art. 1.303 del mismo Código."

(30) S. 27 octubre 1932 (*Jurispr. civ.*, t. 205, pág. 804), *José Quirós y García-Talavera c. Juan Alcobia García*.

precepto general del artículo 1.303 del mismo Cuerpo legal —Sentencia de 17 febrero 1922—, se hace indudable que no haciéndose imputación de mala fe a los demandados, debe conceptuarse a éstos como obrantes de buena fe, en cuyo caso sólo estarán obligados a la devolución de los frutos que percibieron...” (31).

Ahora bien, la doctrina jurisprudencial no es absolutamente segura, no sólo porque hay pronunciamientos disímiles (que luego veremos), sino porque los citados no son tan decisivos como parecen. La Sentencia 17 febrero 1922 reduce, ciertamente, la restitución de frutos a los percibidos desde la contestación a la demanda, aplicando el artículo 451 con preferencia al 1.303, que cita; pero sucedía que el demandante vendedor actuaba contra terceros que no habían contratado con él, sino con el comprador cuya compra se declara nula (lo mismo que, por ello, la de los demandados). El título del poseedor no derivaba, pues, *a dominio*, y su adquisición no tendría otro vicio que el de proceder de quien no era dueño de la cosa (por ser su título nulo). La mención del artículo 1.303 —que aparece, sin embargo, en la jurisprudencia en casos similares— debe considerarse incorrecta, y la aplicación del 451 indudable.

La de 27 octubre 1932 aplica simplemente las normas sobre restitución de cosa y frutos por nulidad del contrato usurario. Si bien parece dejar abierta la posibilidad de que, en hipótesis, un contratante sea declarado de mala fe y obligado a restituir según el artículo 455 del Código civil, tal hipótesis no se ha producido nunca en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Lo mismo puede decirse de la Sentencia 10 febrero 1970, que aplica el artículo 1.303 (interpretado en el sentido de que obliga a la restitución de los frutos percibidos). La apreciación de la buena fe del poseedor, si se aplicaran las reglas de los artículo 451 y 455, hubiera debido conducir a la restitución tan sólo de los frutos percibidos desde la “interrupción legal de la posesión” por la interpelación judicial. En el caso concreto, hubiera sido esto lo correcto, por tratarse de poseedor tercero respecto del demandante, con quien no contrató, sino con un *non dominus* (comprador del demandante cuya compra se declara nula). Como en el caso de la Sentencia 17 febrero 1922, la aplicación del artículo 1.303 era inadecuada.

Hay además, como he apuntado, declaraciones jurisprudenciales disímiles. Así, la Sentencia 9 febrero 1949 casa la de instancia por no haber dado correcta interpretación al artículo 1.303 del Código civil, pues —declara el Tribunal— “lógicamente se debe entender que el concepto ‘frutos’ a que este precepto alude es el de frutos líquidos, esto es, deducidos gastos de cultivo y recolección, ya que de otra suerte se produciría enriquecimiento injusto en favor del incapaz, a costa de la otra parte contratante” (32).

(31) S. 10 febrero 1970 (C. L., pág. 140), *Blanca Gregoria Ramil Delgado c. Josefa Pita Ramil y otros*.

(32) S. 9 febrero 1949 (Rep. Aranzadi, núm. 99). Se trataba de la res-

Por último, la Sentencia 1 febrero 1974 declara —si bien ello no era decisivo en el caso— “que en los supuestos de anulación de los negocios jurídicos, la devolución de las cosas, con sus frutos percibidos o debidos producir, se decreta automáticamente, y no juega el papel de la buena o mala fe del poseedor” (33).

C) *Interpretación, en este punto, del artículo 1.303 del Código civil*

Las normas sobre adquisición y restitución de frutos por el poseedor no excluyen, por sí y de forma directa, el supuesto de título *a domino* viciado. Que se excluya su aplicación en los supuestos de nulidad, anulabilidad o rescisión del título *a domino* sólo puede defenderse argumentando que los artículos 1.303 y 1.295 contienen una regulación completa sobre el tema de los frutos para los respectivos casos, que como excepción a los artículos 451 y siguientes prevalece sobre ellos. Esto supone una interpretación de los artículos 1.303 y 1.295, en el punto en cuestión, que obliga, en todo caso, al poseedor cuyo título se declara nulo, anula o rescinde, a restituir todos (y solos) los frutos percibidos; interpretación lógicamente posible (y que el artículo 1.307 parece robustecer), pero no la única posible, ya que también podría defenderse que en materia de restitución de frutos por el poseedor la disciplina es siempre la de los artículos 451 y 455, a los que reenviaría el artículo 1.303 con su simple mención (necesitada de complemento) de la restitución de frutos.

Pienso por mi parte que esta interpretación del artículo 1.303 en los que reenviaría el artículo 1.303 con su simple mención (necesitación, sólo con ella se evitan graves contradicciones valorativas en el sistema del Código (34).

titución de cosa y frutos por quien contrató con incapaz (loco no incapacitado). La misma sentencia apunta que quizá pudiera mitigarse “por méritos de equidad” el rigor de la doctrina, según la cual el incapaz restituye sólo en cuanto el contratante pruebe que se hubiere enriquecido (art. 1.304 C. c.), “otorgando trato jurídico distinto para la restitución al contrayente capaz, según éste haya obrado o no a sabiendas de la incapacidad de la otra parte contratante”, con lo que se apunta quizá a las reglas de la posesión de buena o mala fe; pero no explica en qué consistiría este trato distinto, ni lo aplica “por no haber antecedentes en los autos que permitan dicho trato jurídico distinto”.

(33) S. 1 febrero 1974 (*Rep. Aranzadi*, núm. 433). *Síndicos de la quicbra de Adoración A. R. c. Francisco G. E. C., María S. H. y Adoración A. R.* Las SS. 11 julio 1903 (*Jurispr. civ.*, t. 96, pág. 183; *Juan Pascual López c. Pío Lorente Cebrián*) y 11 mayo 1909 (*Jurispr. civ.*, t. 115, pág. 104; *Juan Gavilán Boiso c. Luis Pérez de Vargas y Castejón, Conde de Gracia Real, y otros*) aprecian correctamente que el poseedor de buena fe sólo restituye frutos desde la interpellación judicial. En un caso se discute de nulidad de enajenaciones de bienes vinculados y en otro de nulidad de venta realizada por heredero aparente. Pero en ambos los poseedores son terceros adquientes *a non domino* (en el primero, más exactamente, de *dominus* no legitimado para disponer de aquel modo), por lo que la doctrina es perfectamente correcta, así como la falta de mención del art. 1.303 C. c.

(34) Sobre las “contradicciones de valoración” y el método de su trata-

En efecto, éste disciplina la restitución en el caso de cobro de lo indebido de modo tal que sólo quien hubiera procedido de mala fe deberá abonar "los frutos percibidos y debidos percibir" (art. 1.896), pero nada abonará en concepto de frutos quien hubiere aceptado el pago de buena fe. La disciplina es coincidente con la de los artículos 451 y 455. Pues bien, como es sabido, para parte de la doctrina es precisamente la regulación del cobro de lo indebido la aplicable a los supuestos en que, siendo la nulidad absoluta, y no habiendo producido, por tanto, el negocio efecto alguno, se ha entregado, sin embargo la cosa. El artículo 1.303, a pesar de la rúbrica "de la nulidad de los contratos" en que se encuentra, se aplicaría exclusivamente a los supuestos de anulabilidad. En los de nulidad —enseña De Castro— podrá utilizarse sólo en función de analogía o manifestación del mismo principio que el artículo 1.895 (35).

Ahora bien, las normas del cobro de lo indebido difieren *prima facie* del artículo 1.303 precisamente en la regulación de los frutos. Tendríamos entonces, en este planteamiento, que el poseedor de buena fe con título absolutamente nulo sería de mejor condición que aquél cuyo título es meramente anulable, pues éste restituiría los frutos percibidos por disponerlo el artículo 1.303, según la interpretación que combató, y no así aquél, por aplicársele la disciplina del cobro de lo indebido (36).

La conclusión no parece aceptable, por la discriminación que se introduce en perjuicio de quien poseyó en virtud de título válido y eficaz hasta su impugnación. El efecto retroactivo de ésta no podría hacerle de peor condición que la de quien poseyó por título nulo e ineficaz *ab initio*.

¿Diremos por ello que a ambos, poseedor en virtud del título tanto anulable como nulo, se aplica el artículo 1.303 en la interpretación combatida, con objeto de evitar la expuesta contradicción de valoración? Tampoco parece correcto. En primer lugar, porque nada indica que al supuesto de título nulo haya de aplicarse mejor el artículo 1.303 que los 1.895 y siguientes. Sobre todo, porque entonces nos encontramos con una contradicción valorativa tan grave como la que pretendemos evitar, ya que autorizamos un tratamiento desigual, perjudicial al poseedor de buena fe con título inválido respecto de quien posee sin título alguno, en virtud de entrega indebida por error; sin que aparezca razón alguna que lo justifique, ya que más parece que

miento puede verse ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, páginas 201-203, y LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, págs. 266-268 (en que se muestra el tratamiento que ha recibido una famosa en el BGB precisamente en tema de restitución de frutos: obsérvese, respecto de ella, que en nuestro sistema los datos legales son otros, y diversa consecuentemente la solución. La similitud no existe sino en el plano del método).

(35) CASTRO, Federico de, *El negocio jurídico*, págs. 484 y 471, nt. 2.

(36) El poseedor de mala fe sería por el contrario de peor condición en el supuesto de nulidad absoluta, pues abonaría también los frutos "debidos percibir" (art. 1.896).

ha de ser protegido quien confió de buena fe en la apariencia del título nulo, o en la validez y eficacia reales del que luego se impugna, que no aquel cuyo error carecía incluso de esta base.

Llegamos ya al final del razonamiento. Para evitar las contradicciones valorativas apuntadas, procede interpretar el artículo 1.303 atribuyéndole aquel significado, dentro del "sentido posible" de sus términos, que unif.que el tratamiento en tcdas las situaciones consideradas: poseedor con título nulo, con título anulable, o sin título en virtud de entrega indebida por error. Es decir, entendiendo, con la Sentencia citada de 10 febrero 1970, que este artículo hace una referencia genérica al abono de frutos, la cual debe integrarse con la disciplina específica en esta materia, que es la que señala su alcance según la buena o mala fe del poseedor de la cosa que se restituye: es decir, los artículos 451 y 455 del Código civil (37).

D) *Algunas cuestiones que plantea la interpretación propuesta*

a) La buena fe parece que habrá de presumirse, a pesar de la declaración de nulidad o la anulación del título. La declaración de nulidad —dijo la Sentencia 27 octubre 1932, antes citada— no lleva consigo la declaración de mala fe, ni es inseparable la una de la otra. Ahora bien, la buena fe requiere ignorancia del vicio que invalida el título (art. 433), y tal ignorancia falta en quien causó la intimidación o violencia (38), empleó el dolo o produjo el error (*vid. art. 1.302*) (39); así como en quien es responsable del vicio que causa la nulidad absoluta (40).

(37) Obsérvese todavía una pequeña diferencia aparente en el régimen de restitución de frutos por el poseedor de mala fe, según el art. 455 y por el *accipiens* de mala fe, según el 1.896: el primero ha de restituir los "frutos percibidos o que el poseedor legítimo hubiera podido percibir"; el segundo los percibidos o debidos percibir. La diferencia se elimina entendiendo esta última expresión en el sentido de "frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir", que era uno de los sentidos en que se discutía debía entenderse los *fructus percipiendi*, sentido que hoy sería seguro al ser aceptado por el Código (a diferencia del proyecto de 1851) en el art. 455 (*Vid infra*, núm. 533). De otra parte, la finalidad indemnizatoria que en ambos casos tiene la restitución de frutos sólo se realiza plenamente midiendo la cuantía de los frutos a restituir por los que el poseedor legítimo habría percibido de no mediar la posesión de mala fe: estos son los frutos "debidos percibir".

(38) Todavía puede hipotizarse la buena fe del que contrató con quien sufrió la fuerza o intimidación de un tercero: art. 1.268.

(39) Pero no, simplemente, el cocontratante de quien sufrió el error.

(40) *Cfr. MARESA*, VIII, pág. 783. *Vid.* también *SACCO*, pág. 112. En la hipótesis de anulabilidad, y teniendo en cuenta el art. 1.302, lo dicho en el texto significa que el demandado está *casi* siempre en mala fe (salvo las excepciones apuntadas de violencia o miedo causado por tercero, de cocontratante de quien cayó en error y de quien contrató con incapaz sin conocer su incapacidad); lo que puede explicar que el artículo 1.303 piense imponer en todo caso (olvidando aquellas excepciones) la restitución de frutos: por pensar (erróneamente) que siempre se trata de poseedor de mala fe. Ello sería una razón poderosa para no aplicar el art. 1.303 al supuesto de nulidad, en que cualquiera de los contratantes, aunque sea el responsable del

b) El artículo 1.303 (como el 1.295) parece suponer cierta correlación entre la restitución de frutos, por una parte, y el abono de intereses por otra. Con la interpretación propuesta, tal correlación se muestra infundada: cada contratante abona o no frutos o intereses según su buena o mala fe. Tal es la regla en materia de cobro de lo indebido (art. 1.896 y 1.897).

3.1.2.2. *Título rescindible*

Para las causas de rescisión del Código civil, el artículo 1.295, de dicción en esto idéntica a la del 1.303, no puede tener interpretación distinta. La ponderación de la buena fe a efectos de la adquisición de los frutos es incluso más apremiante que en los supuestos de invalidez, pues el título en que se basaba la posesión era perfectamente válido (41).

La mala fe del adquirente en fraude de acreedores ha sido tenida en cuenta en la Sentencia 9 marzo 1932, para imponerle el abono de los frutos percibidos y los que el vendedor hubiera podido percibir, aplicando el artículo 455 Código civil (42).

En la rescisión por lesión, contemplada en las Compilaciones ca-

vicio contra quien lo desconocía, puede ejercitarse la acción de nulidad y pedir la restitución.

(41) *Cfr. Lavandera Blanco, RDP, 1913-1914, pág. 182*: "No se acierta a comprender cómo puede reputarse un contrato válido, sin producir siquiera mientras no se rescinda el efecto de legitimar la adquisición de frutos e impedir el abono de intereses. El procedimiento del Código, lógico en las obligaciones nulas, explicable con las salvedades de los arts. 1.304 a 1.308 en las anulables, no se justifica en las rescindibles con ningún argumento serio, ni aún recurriendo con Goyena a la mala fe, pues con ella surge un delito (de estafa) en vez de contrato. No se alegue el efecto retroactivo, porque es una ficción. El contrato sirvió de base a la posesión y buena fe del adquirente hasta la demanda."

(42) S. 9 marzo 1932 (*Jurispr. civ.*, t. 203, pág. 127), *Banco Hispano Americano c. Leopoldina Arenzana Castillo*. "Tampoco ha infringido dicho Tribunal los arts. 455 ni el 1.295 del tan repetido Código civil al condenar al comprador a devolver los frutos producidos y los que el vendedor hubiera podido percibir, pues el primero de dichos artículos establece el principio de que, llevada a efecto la rescisión, se devolverán las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y el segundo de tales artículos que se reputa infringido, determina la extensión de dichos frutos cuando el poseedor es de mala fe, y como el comprador de que se trata lo estima la sala sentenciadora de mala fe, de las cosas compradas por él, como cómplice en el fraude, es manifiesto que ninguno de dichos artículos resulta infringido en tal pronunciamiento."

El art. 1.181, Proy. 1.851, referido únicamente a la rescisión por fraude a los acreedores (*cfr.* art. 1.172 del mismo Proyecto), disponía: "Declarada la rescisión debe el adquirente de las cosas enagenadas devolverlas con todos sus frutos y utilidades." Comenta García Goyena: "con todos sus frutos: percibidos, y con los que pudieron percibirse, si hay mala fe, como sucede siempre en la rescisión de las enagenaciones por título oneroso; pues no habiéndola, con dificultad llegará el caso de rescindirse: puede también haberla en las de título lucrativo". No se deduce con claridad cuál es en su opinión el régimen de los frutos no habiendo mala fe: *vid.* su comentario al art. 1.179.

talana y navarra, las propias Compilaciones dictan normas específicas sobre los frutos, que se acercan a las reglas en materia de posesión, o se remiten a las mismas (43).

3.1.2.3. *Título simulado*

El título simulado es un título absolutamente nulo, y en este sentido valen las observaciones hechas más arriba, con la salvedad de que aún más difícilmente podrá aceptarse la aplicación del artículo 1.303 del Código civil. Pero la disciplina de los frutos presenta en este caso cierta especificidad. Si a una compraventa absolutamente simulada ha seguido la entrega de la cosa —por ejemplo, para mejor engañar a terceros— y el poseedor (supuesto adquirente) la ha gestionado para sí reteniendo los frutos a la vista, ciencia y paciencia del supuesto enajenante, no parece correcto que pueda luego el mismo supuesto enajenante reclamar con la restitución de la cosa abono de frutos, sobre la base de que el poseedor era de mala fe, por no poder ignorar el vicio de su título.

A este resultado llega, sin embargo, la Sentencia 24 abril 1961 (44).

Contra ello podría acaso objetarse la situación de precarista autorizado para hacer suyos los frutos; o bien que al estar también el simulado enajenante en mala fe procede la aplicación analógica del artículo 364 del Código civil, debiendo recibir la situación tratamiento de posesión de buena fe.

3.1.2.4. *Título extinguido*

El poseedor en concepto de propietario *ad tempus* o de titular de derecho real limitado cuyo título se ha extinguido, puede continuar

(43) Art. 325-1.º, Comp. catalana: "Será aplicable a la rescisión lo dispuesto en el art. 1.295 C. c., pero no tendrán que ser restituidos los frutos o intereses anteriores a la reclamación judicial, y deberán ser abonados los gastos de conservación o refacción y las mejoras útiles." Queda abierta la cuestión de si podrá apreciarse en su caso la mala fe, con los efectos del art. 455 C. c. Me parece lo más probable.

Ley 506 Comp. navarra, apartado a): "Frutos. Declarada la rescisión se restituirá la cosa con sus frutos, aplicándose en cuanto a éstos lo establecido en las leyes 353 y 354." De esta remisión parece resultar que se apreciará la buena o mala fe del adquirente; debiendo el de buena fe restituir los frutos por él percibidos, pero no consumidos, según es regla general para el poseedor de buena fe en la Compilación navarra.

(44) S. 24 abril 1961 (*Rep. Aranzadi*, núm. 1.835), *Angela G. R. c. Fernando P. R.* Al poseedor, con título de compraventa absolutamente simulado, se condena en instancia a restituir los frutos percibidos a los herederos del simulado vendedor (demandantes), en aplicación del art. 455 C. c. Se impugna en casación por aplicación indebida del art. 455 y falta de aplicación del art. 451, ya que la sentencia impugnada no declara al demandado poseedor de mala fe. El T. S. rechaza el recurso, observando que "si bien no contiene la sentencia una declaración expresa de mala fe, de la totalidad de su contenido se desprende indudablemente una afirmación de su existencia; es evidente que la condena de devolución de frutos entraña una declaración tácita de posesión de mala fe".

poseyendo de buena o de mala fe. En el primer caso —ignorancia de la extinción —hace suyos los frutos *ex artículo 451* del Código civil en la medida en que lo permita el concepto en que posea.

Mayores problemas plantea la extinción de contrato en cuya virtud surgía un derecho personal de goce sobre la cosa fructífera. El caso varias veces planteado en la jurisprudencia es el de extinción de arrendamiento rústico. Si el arrendatario retrasa la restitución de la finca, la situación, en cuanto a la disciplina de los frutos, es de difícil tratamiento. Se hace necesario considerar tanto el concepto en que se sigue poseyendo como la buena o mala fe. Mientras no se produzca eventualmente la interversión del título, el poseedor, si conoce la extinción del contrato, no puede ser sino precarista —dependiendo esta calificación y los efectos en cuanto a los frutos de la *quaestio facti* sobre la voluntad del propietario— o detentador de mala fe, que deberá restituir frutos (al menos) como el poseedor de mala fe. Pero el arrendatario puede creer de buena fe en la subsistencia del contrato, caso en que habrá de acordársele la percepción de frutos en la medida que corresponda al concepto en que sigue poseyendo.

Esta situación ha dado lugar a copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo (Salas 1.^a y 6.^a no siempre coincidente, que parte en todos los casos de la aplicación de los artículos 451 y siguientes (y esto es quizás lo más llamativo, pues nunca se ha objetado contra la aplicación de la disciplina de la posesión, a pesar de tratarse claramente de un poseedor con título *a domino*), variando, empero, de criterio en cuanto a la apreciación de la buena o mala fe del arrendatario, y en cuanto a los efectos (de interrupción de la posesión) de la interposición de la demanda de desahucio por el arrendador.

Si la causa de extinción es clara, como, por ejemplo, por condición resolutoria expresa de inequívoca interpretación (45), o por haberse

(45) En la S. 9 abril 1947 (*Jurispr. civ.*, t. XVIII, pág. 501; *Juana Torres Blázquez c. Zacarías Romero Chamorro*) se discute sobre los efectos de la extinción de un arrendamiento en que se había pactado como condición resolutoria expresa que el arrendatario, en caso de venta de la finca arrendada, daría por rescindido el arrendamiento si no se entendía con el nuevo dueño para la continuación del contrato. Vendida la finca, la compradora requirió al arrendatario para que la desalojase en acto de conciliación celebrado el 11 de noviembre de 1939, siguiéndose el juicio de desahucio y decretándose el lanzamiento. Pide luego en declarativo de mayor cuantía indemnización de daños y perjuicios por el impedido disfrute de la finca desde que se cumplió la condición resolutoria. La sala de instancia entendió que el demandado siguió siendo arrendatario hasta que quedó firme la sentencia de desahucio y sólo viene obligado a pagar el precio del arrendamiento. El Tribunal Supremo antepone que el efecto extintivo del vínculo se produce automáticamente en el momento en que se realiza la condición resolutoria pactada, y casa la sentencia de instancia con la siguiente doctrina: "En consecuencia, realizado el previsto suceso futuro e incierto de venta de la finca y el complementario de oposición de la compradora a mantener vivo el arrendamiento a partir, por lo menos, del 11 de noviembre de 1939, quedó rota, en aquel momento, la relación arrendaticia, y el demandado se situó en manifiesta rebeldía a lo pactado, manteniéndose en la tenencia de la finca sin título que la legitime, abusivamente, y como detentador viene en la obli-

fijado la fecha definitiva de extinción del arriendo mediante transacción (46) o arbitraje (47), el arrendatario es tratado como poseedor de mala fe desde el momento en que aquella causa actúa.

En otros supuestos de extinción, como por fallecimiento del arrendador mero usufructuario o heredero fiduciario de la finca arrendada, el Tribunal pondera si, dadas las circunstancias, el ex arrendatario era o no de buena fe por conocer la causa de extinción (48).

gación de resarcir a la compradora los daños y perjuicios que haya causado por el disfrute indebido de la finca, traducidos en el valor de los frutos naturales de la misma durante la detención, y no en el importe del fruto civil o renta que sólo estuvo en vigor "pendente conditione", según prescriben los arts. 1.101, 1.106 y 1.107, párrafo último, en relación con el 455 y el 433 del Código civil".

(46) S. 5 enero 1954 (C. L., t. XXXIII, pág. 19), *Luis María Narváez y Ulla, marqués de Oquendo, c. Tomás González Calzada, y otros*. En tránsito entre arrendador y arrendatarios se estableció que éstos "podrían aprovechar y explotar la finca «La verdadera dueña» hasta el 29 de junio de 1944, en cuya fecha, sin pretexto ni disculpa de ningún género, tendrían que dejarla completamente libre y a disposición del marqués". El Tribunal Supremo aprecia que "transcurrido aquel día quedaba extinguido su derecho a ocuparla y disfrutarla, que no tenía otro origen que dicha convención, y como en la sentencia recurrida se tiene por cierto que los demandados, contra la voluntad del marqués y de mala fe, admitieron también en la finca a otras personas, que disfrutaron con ellos, y sólo por su consentimiento, hasta el 30 de julio de 1947, es indudable que esta conducta abusiva cae dentro de lo dispuesto en el art. 455 del C. c.".

(47) S. (Soc.) 30 octubre 1965 (*Rep. Aranzadi*, núm. 4.963). El arrendatario comprometió la decisión de sus pretendidos derechos arrendatarios al arbitraje de equidad que dictó laudo consentido y por ello firme, declarando estar totalmente extinguido el arrendamiento desde el día 29 de septiembre de 1960 y concediendo al arrendatario un plazo de dos años para el abandono de la posesión. A partir del vencimiento de este plazo, el ex arrendatario es tratado como poseedor de mala fe.

(48) S. 30 junio 1944 (*Jurispr. civ.*, t. VII, pág. 361), *Pablo Galisteo Pérez c. Juan Bautista Galisteo Pérez, y otros*. "El derecho de usufructo conjunto y la facultad de administrarlo estaban limitados en su duración a la vida de la cónyuge usufructaria doña Emilia, debiendo pasar al fallecimiento de ésta a su hermano don Pedro, con todas las consecuencias que derivan del artículo 461, en relación con el 433 y con el 455 del Código civil, y, ocurrida la muerte de doña Emilia, la permanencia de los demandados en la posesión y disfrute de las fincas, contra la voluntad de don Pedro, cuando ya no podían ignorar que la posesión arrendataria había fallecido por mandato legal y por disposición testamentaria, arguye en ellos mala fe, a efectos de extensión del derecho del nuevo usufructuario a los frutos naturales e industriales, en los términos previstos por el citado artículo 455." En este caso parece que el arrendamiento concertado con la usufructaria fallecida era además simulado.

S. (Soc.) 28 noviembre 1961 (*Rep. Aranzadi*, núm. 4.282), *Vasco Manuel de S. A. P. c. Celestino H. U.* El arrendatario desconocía que había contratado con un arrendador que era heredero fiduciario, por tanto, con el titular de un dominio resoluble. El posterior dueño entendió que dicho arrendatario era poseedor de mala fe desde el requerimiento de desalojo que le hizo una vez fallecido el heredero fiduciario. La Sala de lo Social declaró que el arrendatario, al retener la finca "que poseía en virtud de contrato vigente, y al defender en el juicio de desahucio su derecho frente a la causa de extinción alegada, hasta que fue vencido en última instancia y abandonado el fundo, no procedió con la mala fe de un locatario que hubiera visto extinguido auto-

La demanda de desahucio (declarada procedente), y, aun antes, el acto de conciliación, parecería que habrían de “interrumpir la posesión” en el sentido del artículo 451 del Código civil, debiendo el arrendatario desde entonces restituir los frutos percibidos. Pero el Tribunal Supremo tiende a enfocar la cuestión por otro camino, quizá guiado de la idea —nunca empero expresada— de que las acciones posesorias, y entre ellas las de desahucio, carecen de virtualidad al efecto de “interrumpir la posesión”. Este otro camino es el de considerar si, efectivamente, como *quaestio facti*, el arrendatario ha dejado de ser de buena fe por existir actos que acreditan que no ignora que posee la cosa indebidamente (art. 435 C. c.). Con estas premias, la Sala de lo Social no suele apreciar la mala fe sino desde que se notificó al arrendatario la sentencia firme de desahucio (49).

máticamente su derecho por vencimiento del plazo contractual o por otra razón evidente, y como la buena fe se presume siempre y no se han aportado pruebas que acrediten la malicia, pues no lo son las manifestaciones adversas de los propietarios, aunque constan en actas notariales, es visto que la Sala sentenciadora no incurrió en error cuando fijó en tal sentido la situación fáctica y tampoco vulneró en modo alguno los arts. 433 al 435 del Código civil, reguladores de la materia...”.

(49) En la S. 24 enero 1952 (*Rep. Aranzadi*, núm. 273) se confirma la de instancia, que considera de mala fe al arrendatario desde el primero de octubre de 1942, fecha en que, según manifestación del arrendador en acto de conciliación, seguido de requerimiento notarial, debía darse por terminado el arriendo que estaba en fase de prórroga por ser voluntad del arrendador explotar la finca en régimen de cultivo directo. El Tribunal Supremo considera aplicable el artículo 435 C. c., deduciendo que “si la indicada norma legal ha de producir el debido efecto, no puede menos de entenderse que el poseedor pierde el derecho al percibo de los frutos desde que conoce el vicio de su título, o sea, con relación al caso origen del presente recurso, desde 1.^o octubre 1942, fecha a partir de la cual viene poseyendo indebidamente el inmueble de que se trata”.

La S. (Soc.) 5 febrero 1955 (*Rep. Aranzadi*, núm. 320) rechaza el motivo de revisión construido sobre el supuesto “de que el simple requerimiento a desalojar y devolver la fincha, hecho en forma auténtica por el propietario al colono, es suficiente por sí sólo y obliga a estimar que la posesión ejercitada por el arrendatario sobre la finca arrendada, con posterioridad al requerimiento, está informada por la misma mala fe, que hace aplicables al mismo los arts. 435 y 455 del Código civil, cuando más tarde se declare judicialmente haber lugar al desahucio”. Este motivo “se asienta sobre una base falsa, como opuesta al contenido de aquellos artículos en relación con los 434 y 436 del mismo cuerpo legal, conforme a los que lo que la Ley exige para que la posesión comenzada de buena fe, como en el caso de autos, pierda este carácter, es que el poseedor conozca su falta de derecho para seguir ocupando la finca, y que la posesión de mala fe comenzará en el momento en que existan actos que acrediten, que aquél no ignora que posee la cosa indebidamente, de donde se deduce que dicho conocimiento, como dependiente de un elemento interno, personal psicológico del propio poseedor, no podrá deducirse sólo de actos ajenos, como lo es el requerimiento a desalojar y devolver la finca, por parte del arrendador, a menos que provoque en el requerido reacciones que directa o indirectamente demuestren el conocimiento expresado y que la mala fe en la posesión deberá ser demostrada en cada caso por quien la alegue, en forma que destruya las presunciones legales de los artículos 434 y 436 ya citados y retrotraerse al momento en que conforme al resultado de las pruebas ofrecidas adquiriera el poseedor el conocimiento expresado”. El recurrente había citado las SS. (Soc.) 28 abril y

3.1.2.5. Otras situaciones

El Código civil regula expresamente la restitución de frutos en casos tales como la revocación de donaciones (art. 651 C. c.), o el cobro de lo indebido por error (art. 1.896, que coincide en esto con el 455); o bien, aun sin ello, la cuestión de los frutos obedece a principios peculiares, que excluyen la aplicación directa de las reglas en materia de

30 mayo 1950 (*Rep. Aranzadi*, núms. 849 y 1.038) y 1 mayo 1951 (*Rep. Aranzadi*, núm. 1.297). Sobre ellas dice ahora el Tribunal "que se concretan y refieren a los casos que las motivaron en los que se demostró, o de hecho se apreció la mala fe a partir del momento en que los arrendatarios fueron requeridos por los arrendadores a devolver las fincas, ni más ni menos que en otros casos se refirieron las sentencias como comienzo de la mala fe, a otros momentos —traslado de la demanda de desahucio, etc.— siempre conforme al resultado de la prueba y sin que dada la naturaleza de la materia puedan generalizarse y convertirse en normas, que permitan prescindir de la prueba obligatoria de la mala fe, que el Código exige terminantemente".

De modo similar, en el recurso resuelto por S. (Soc.) 21 mayo 1959 (*Rep. Aranzadi*, núm. 1.753) se argumentaba que el requerimiento a desalojar y devolver la finca, hecho en el acto de conciliación, era suficiente por sí sólo para convertir en posesión de mala fe la que sobre los pastos arrendados tenía el demandado, y que, por tanto, debía declararse que es aplicable lo dispuesto en los arts. 451 y 455 a partir de la fecha del requerimiento, cuando más tarde se declaró haber lugar al desahucio. El tribunal rechaza el recurso: "Tal fundamento no puede aceptarse, ni es conforme con el contenido de los preceptos invocados, teniendo en cuenta: que el texto de aquellos artículos, considerados no aisladamente, sino en relación con sus concordantes y especialmente con los 434 y 436 del mismo cuerpo legal, demuestra que la ley exige para que la posesión comenzada de buena fe, como en el caso de autos, pierda este carácter, que el poseedor conozca su falta de derecho para seguir disfrutando el aprovechamiento arrendado; que tal conocimiento debe ser efectivo y cierto, no siendo aplicables los efectos de mala fe posesoria, hasta el momento en que existan actos que acrediten que aquél no ignora que posee la cosa indebidamente y que probados destruyan las presunciones legales que benefician a los poseedores; que tal conocimiento, por naturaleza subjetiva, psicológica, interna, no puede derivarse de actos ajenos, como es el requerimiento a desalojar y devolver la finca, a menos que determinen reacciones en el sujeto que lo acrediten, y, por último, que es indispensable que se demuestre repetido conocimiento en cada caso, deduciendo de la conducta del poseedor y de sus propios actos; lo expuesto, aceptado por la jurisprudencia de esta Sala —Sentencia de 5 febrero 1955 (cit. *supra*), entre otras—, unido a que la Sentencia recurrida declara, como queda dicho, que el recurrido poseyó los bienes arrendados en todo momento, anterior a la fecha en que se le notificó la Sentencia de 22 de febrero de 1957, tantas veces citada, revisorias de las que ganó en las dos instancias, de buena fe, afirmación que no destruyen las pruebas ofrecidas, por cuanto queda expuesto, ya que tampoco se deduce que, con posterioridad, en el corto espacio de tiempo comprendido entre dicha notificación y la devolución de los pastos, los retuviera maliciosamente, demuestra la procedencia de desestimar el motivo de que se trata".

También la S. (Soc.) 21 diciembre 1951 (*Rep. Aranzadi*, núm. 2.594) declara de mala fe a una aparcero únicamente desde la fecha de la sentencia que declaró extinguido el contrato: pero ello era cuanto se pedía, y con esta base se estimó el recurso, negando al aparcero el abono de los gastos de producción realizados por él con posterioridad.

La S. (Soc.) 25 octubre 1955 (*Rep. Aranzadi*, núm. 2.879) declaró que "todo poseedor vencido es de mala fe desde la primera citación judicial, porque, enterándose de la demanda, sabe lo indebido de su posesión". Pero

posesión. Este sería el caso de la resolución contractual *ex artículo 1.124 del Código civil* (50).

En supuestos como el último mencionado, cabe todavía la posibilidad de utilizar las ideas rectoras de la disciplina de los frutos en la posesión como base de argumentación o principio de razonamiento en el proceso de acercamiento de la norma al caso concreto. Por ejemplo, en el caso de que la prestación realizada por la parte que obtiene la resolución hubiera consistido en entrega de cosa fructífera, el resarcimiento de los daños correspondientes a la privación del goce de la cosa incluiría el abono de los frutos percibidos y que el "poseedor lícito" (aquí el contratante cumplidor) hubiera podido percibir (51).

los gastos de producción que niega al arrendatario considerado de mala fe —estimando en esto al recurso— se habían realizado igualmente después de la sentencia de desahucio.

Parce anómala la S. (Soc.) 23 junio 1956 (*Rep. Aranzadi*, núm. 2.678). En el caso es el arrendador quien pretende cobrar la renta correspondiente al tiempo de sustanciación del juicio de desahucio, rechazando la aplicación de los arts. 451, 452 y 455 C. c. En instancia se había entendido que "terminado un contrato por cualquier causa que fuese, la permanencia del colono en el goce de la finca deviene posesión o detención sin título, que no impone al poseedor más obligaciones que las que en orden a la restitución de frutos establecen los artículos 451, 452 y 455 del Código civil". El Tribunal Supremo, acogiendo el recurso, declara que "esa continuación en el disfrute de la finca se deriva del título arrendatario en que está pactada una renta, sometido a discusión judicial que hasta que se resuelve mantiene latentes a las reciprocas prestaciones estipuladas, como así lo tiene dicho esta Sala y se razona en la Sentencia de 28 de mayo de 1954 (*Rep. Aranzadi*, núm. 1.538) citadas por el recurrente, sentado que durante la sustanciación del juicio de desahucio continúa en vigor el convenio arrendatario con percepción de frutos por el arrendatario y de las rentas correspondientes por el arrendador".

Acaso la explicación de este fallo pueda estar en que la sentencia de instancia —que no he podido ver— consideraba al arrendatario poseedor de buena fe hasta la Sentencia, y en este concepto no obligado a restituir frutos, a la vez que lo exoneraba del pago de la renta. Si se entiende —como en varias de las Sentencias que acabo de citar— que la interposición de la demanda de desahucio no produce la "interrupción legal de la posesión" a los efectos del art. 451 C. c., es obvio que el arrendador sólo podría hacer suyos los frutos pagando por su parte la renta.

(50) La S. 30 mayo 1960 (C. L., t. LXXXIX, pág. 659), *Sociedad Mercantil Anónima "Montes de Cervantes, S. A."* c. *Francisco Hoyos González* (segunda Sentencia en *Rep. Aranzadi*, núm. 2.047), se ocupa de un supuesto de resolución de contrato de explotación de monte maderable por incumplimiento del contratista. Declarada por el Tribunal Supremo la resolución pedida desde fecha de 17 marzo 1952, niego, sin embargo, que al caso pueda aplicarse la disciplina de la posesión respecto de los frutos. "El derecho al disfrute del aprovechamiento de los montes deberá ser devuelto a la sociedad actora con el correlativo abono del importe de los aprovechamientos obtenidos a partir de la fecha en que se declara resuelto aquél, puesto que en modo alguno puede pretender ni ha pretendido el demandado hacer suyos, sin la justa contrapartida, los mencionados aprovechamientos, ni aun a título de poseedor de buena fe, ya que en el presente caso se trata de la resolución de una situación contractual que no es equiparable al supuesto del art. 451 C. c.; (...) debiendo, sin embargo, empezar los efectos de la posesión de mala fe a contar de la expiración del plazo de devolución de los montes".

(51) Si se admite —como parece correcto— la resolución del contrato *ex art. 1.124* sin necesidad de culpa en el incumplimiento, sobre la base

En general, el *topos* de la buena o mala fe y su incidencia sobre la adquisición o restitución de frutos puede reclamarse para el cálculo de los daños contractuales o extrancontractuales consistentes en lesión o privación del disfrute de cosa fructífera o de retraso en su entrega (52).

Estos fenómenos no deben concebirse como supuesto de “aplicación” de los artículos 451 y siguientes, sino como manifestación de la unidad sistemática del ordenamiento y de la virtualidad que en él tiene toda norma para irradiar criterios de valoración susceptibles de incidir en las parcelas más lejanas.

3.1.3. *En cuanto al concepto en que se posee*

El artículo 451 está dirigido, ante todo, a quien posee en concepto de dueño (sin ser verdadero propietario). Incluye también al propietario verdadero que, poseyendo la cosa, percibe frutos que no le corresponden, sino al titular de un derecho de goce (no poseedor) ignorado por el propietario (53).

La norma se aplica también al poseedor en concepto de titular de un derecho real limitado de goce. Pero en este caso no hace suyos más frutos que los que corresponderían al titular del derecho en cuyo concepto goce. Por ejemplo, un poseedor en concepto de usufructuario no puede pretender en concepto de frutos sino los que los artículos 471 y siguientes atribuyen al titular del usufructo, y sólo los correspondientes al destino de la cosa en el momento de la adquisición de la posesión. No podrá invocar el tratamiento previsto por los artículos 450 y siguientes para los gastos y mejoras (pues no puede invocarlos el usufructuario) ni, probablemente, el artículo 452 respecto de los frutos pendientes (54).

Probablemente protege también el artículo 451 al poseedor de buena fe en concepto de titular de un derecho personal de goce (como el arrendatario rústico (*vid. art. 1.553-2.º C. c.*)).

El mero detentador no está contemplado en el artículo 451. Aun de buena fe, restituye los frutos desde el momento en que hubiera debido restituir la cosa, y no sólo desde la demanda judicial. Si de mala

objetiva de éste y la interdependencia entre las prestaciones, la restitución —en su caso— de los frutos podría verse influida por la utilización del *topos* de la buena o mala fe.

(52) Para el Derecho italiano, observa BARCELLONA (*Frutti*, voz de la Enciclopedia del Diritto, t. XVIII, pág. 223, nota 103) que en la hipótesis de retraso en la entrega o en la restitución, y en general en la hipótesis de privación temporal de la utilización del bien, se recurre al art. 1.148 C. c. (equivalente aproximado de los 451 y 455 del nuestro) para calcular el daño resarcible: *Cfr. BRANCA, Dell'adempimento delle obbligazioni*, arts. 1.218-1.229, en “Commentario del codice civile a cura de Scialoja e Branca”, Bologna, Roma, 1967, pág. 241 (n. 1) (con casuística y referencias jurisprudenciales).

(53) WOLFF, en Enneccerus, *Derecho de cosas*, I, pág. 440. Aprueban esta doctrina sus anotadores, *ibidem*, pág. 449.

(54) MARTÍN PÉREZ, pág. 160; BARASSI, II, págs. 299-300 (nota 6); MONTEL, *Possesso*, Noviss. Dig. it., t. XIII, pág. 379.

fe, su tratamiento no puede ser más favorable que el del poseedor de mala fe. Pero su responsabilidad se encauza mejor por el artículo 1.902 del Código civil, de modo que el resarcimiento de datos y perjuicios incluya el abono de frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (55).

El artículo 451 cubre también la adquisición de los frutos del poseedor que lo sea sólo mediato (siempre que el mediador posesorio no haga suyos todos los frutos) (56).

3.1.4. *El poseedor a título de heredero*

El heredero aparente posee las cosas de la herencia por el mismo título y en el mismo concepto que su supuesto causante. Pero ha podido ponerse en duda la aplicación de las reglas de la posesión en cuanto a la adquisición o abono de los frutos: duda de antiguo sustentada sobre textos del Digesto que parecen suponer que en todo caso los frutos acrecen a la herencia, debiéndose entregar con ella (57).

En el Derecho común, se distingue al efecto entre los juicios particulares, como el de *reivindicatio*, y los universales, de los que es modelo el de *haereditatis petitio*, de modo que los textos según los cuales el poseedor de buena fe no restituye los frutos consumidos se aplican a los primeros, mientras que en los segundos se entiende que todos los frutos percibidos han de restituirse (al menos en cuanto supongan enriquecimiento). Son frecuentes, por lo demás, las contaminaciones entre las disciplinas de uno y otro supuesto. En el Derecho castellano, las Partidas introdujeron una solución distinta a la del Derecho común, al equiparar la situación del poseedor en ambos casos: quien restituye la herencia poseída de buena fe no ha de abonar el valor de los frutos consumidos (P. 6.14.4.) (58).

Conforme a esta doctrina se juzgó antes del Código (59). Promul-

(55) *Cfr. MONTEL-PROTETTI*, pág. 373; *SACCO*, págs. 115 ss.

(56) *Cfr. WOLFF*, en *Enneccerus. Derecho de cosas*, I, pag. 440, y sus *Anotadores*, *ibidem*, pág. 449. En el Derecho alemán, si el demandado es mediador posesorio, su responsabilidad ante el propietario —aunque haya procedido de mala fe— no es más grave que la de su poseedor superior ante el propietario. Por tanto, si el poseedor superior de buena fe no ha sido demandado, el mediador posesorio de mala fe podrá conservar los frutos por él percibidos, igual que el de buena fe no demandado (§ 991, ap. 1) (WOLFF, *loc. cit.*, pág. 513, y sus *Anotadores*, *ibidem*, pág. 520). La cuestión es dudosa para el Derecho español.

(57) *Fructus omnes augent haereditatem*: D. 5.3.20.3; *Fructus in haereditatis petitionem venire*: D. 5.20.2.

(58) *Vid. GREGORIO LÓPEZ*, gl. 2 a P. 6.14.4 y *CASTILLO SOTOMAYOR, Quotidianarum controversiarum*, I, V, cap. 135, núms. 56 y 57, que subraya la peculiaridad de la norma castellana frente al Derecho común.

(59) S. 31 diciembre 1890 (*Jurispr. civ.*, t. 68, pág. 840), *María del Carmen Suárez y Fernández de Cuevas c. Elvira Suárez Ponte y Fernández de Cuevas*. “El poseedor de buena fe, conforme a lo dispuesto en la I. 39, tít. 28, partida 3.^a, hace suyos los frutos percibidos o despensados procedentes de la

gado éste deben entenderse aplicables al poseedor de herencia los artículos 451 y siguientes del Código civil (60). Ni se advierte causa que impida su aplicación, ni, excluida ésta, podría encontrarse otra norma en el Código.

En la jurisprudencia, son relativamente numerosas las sentencias que se ocupan de la adquisición o restitución de frutos por el heredero aparente. En casi ninguna se pone en duda ni se argumenta expresamente la aplicación de las reglas de la posesión, planteándose problemas diversos que carecen de especialidad, como la apreciación de la buena o mala fe, o el momento en que se entiende interrumpida la posesión (61).

3.1.5. *La buena fe*

Bastará con recordar aquí algunas nociones esenciales. La norma fundamental es la del artículo 433 del Código civil: "Se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir existe vicio que lo invalide. Se reputa de mala fe al que se halla

heredad de que fuese vencido en juicio hasta que el pleito comenzase por demanda o por respuesta, cuyo precepto es aplicable, por su generalidad, al caso en que lo poseído fuere una herencia, con tanta mayor razón cuanto que lo mismo sustancialmente se halla dispuesto para dicho caso en la l. 4.^a, tit. 14, partida 6.a."

(60) *Vid.* por todos, LACRUZ SANCHO, *Derecho de sucesiones*, I. *Parte General. Sucesión voluntaria*, Barcelona, Boch, 1971, pág. 311.

(61) La S. 20 abril 1917 (*Jurispr. civ.*, t. 140, pág. 109), *Matilde, Montserrat, Carmen y Manuel de Gomis y Ferrer c. Manuel Ferrer y Gandia*, aislada, sienta una doctrina que debe considerarse errónea: "No sólo no se ha infringido el art. 455 C. c., como se supone, sino que carece en este caso de aplicación, porque no se trata aquí de una posesión en la que se requiera apreciar la buena o mala fe del poseedor, sino la herencia poseída sin título eficaz para transferir el dominio, y, por tanto, indebidamente; razón por la cual la entrega, según estima la Sala, debe hacerse con los frutos producidos, teniendo en cuenta que el capital hereditario lo constituyen no sólo los bienes, sino los derechos y obligaciones que la muerte no extingue, así como los debidos producir, pero éstos en tanto en cuanto por actos culposos de los supuestos poseedores hubieran dejado de devengarse". Frente a ella, además de la citada de 31 diciembre 1890 (para el Derecho anterior al Código: pero no hay ningún indicio de cambio), y la de 12 octubre 1901 (*Jurispr. civ.*, t. 92, pág. 290), *Antonio Tapiol c. Rosa Durán* ("el poseedor de buena fe condenado a restituir la herencia al legítimo heredero, está obligado, a tenor de la ley 1.^a, título 31, libro 3.^o del Digesto [quiere decir C. 3.31.1] al abono de los frutos percibidos y debidos percibir desde la contestación a la demanda, mas no de los percibidos anteriormente"), pueden citarse otras muchas en que se aplicaron sin problemas las reglas de la posesión. Al menos las siguientes: S. 6 julio 1899 (*Jurispr. civ.*, t. 87, pág. 674), *Juan Fuicará, y otros c. Catalina y Francisca Roura, y otros*; S. 14 julio 1899 (*Jurispr. civ.*, t. 87, pág. 745), *Josefa Miranda y San Julián c. Placeres y Amalia Arango y Barja*; S. 7 diciembre 1899 (*Jurispr. civ.*, t. 88, pág. 488), *Jaime Friol y Garán c. Gabriel Real Llabrés*; S. 6 julio 1970 (*Jurispr. civ.*, t. 108, pág. 120), *Tiburcio Berasain y Saldías c. Javiera Elizondo y Erice*. S. 20 febrero 1959 (*Rep. Aranzadi*, núm. 1.071), *Félix de la R. G. c. José y Manuel de C. G. S.* 18 diciembre 1962 (C. L., t. 114, pág. 492), *Francisco Méndez Rubio c. Fundación Benéfico-Docente "Don Pablo Martín Barrientos"*.

en el caso contrario". No han de aplicarse los artículos 1.950 y siguientes, relativos a la usucapión, para configurar la buena fe del poseedor para la adquisición de los frutos. Pero al término "vicio" del artículo 433 habrá de dársele un significado amplio que abarque todo supuesto de invalidez, ineficacia (también por falta de legitimación del *tradens*) e incluso extinción del título (62).

La buena fe (que se presume: art. 434) se requiere en el momento de cada adquisición de frutos (*vid. art. 452*): no basta con tenerla en el momento de adquirir la posesión (*mala fides superveniens nocet*: criterio canónico contrario al del Derecho romano). Ahora bien, de acuerdo con el artículo 435, "la posesión adquirida de buena fe no pierde este carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor posee la cosa indebidamente". Estos actos que acrediten la cesación de la buena fe más probablemente han de ser actos del poseedor (63). Pero la mala fe, una vez exteriorizada por aquellos actos, produce efectos a partir del momento, acaso muy anterior, en que se produjo (64).

La posesión iniciada de mala fe puede devenir de buena. Este es el caso, en primer lugar, de quien sucede por título hereditario: "los efectos de la posesión de buena fe no le aprovecharán sino desde la fecha de la muerte del causante" (65); pero no pueden excluirse otros supuestos, como sería el de quien, habiendo comenzado a poseer de mala fe, compra luego la cosa de quien cree erróneamente que es su dueño.

Es compatible el error de derecho con la buena fe a efectos de la adquisición de frutos (66).

Según numerosas declaraciones jurisprudenciales, es poseedor de

(62) *Cfr. GÓMEZ ACEBO*, RDP, 1952, pág. 209; *Mozos, El principio de la buena fe*, págs. 232 ss.

(63) *MARTÍN PÉREZ*, pág. 77. Con interesantes matizaciones, *ALBADAJO, Derecho civil*, t. III, vol. I, pág. 60, nota 49.

(64) *ALBADAJO, Derecho civil*, t. III, vol. I, pág. 61.

(65) En la S. 8 abril 1912 (*Jurispr. civ.*, t. 124, pág. 18, *Luis Barroso Núñez c. Herederos de Jacinto Zumalacárregui*) se considera que deben ser tratados como poseedores de buena fe los que lo son de unas demás mineras que su causante poseía como mandatario del actor: se había producido sin duda intervención del título posesorio.

(66) *GENTILE*, págs. 12 ss. (n. 22); *MARTÍN PÉREZ*, pág. 75; *Mozos, El principio de la buena fe*, pág. 235. Hoy habrá que tener en cuenta el artículo 6-1.º (reformado) C. c. En la jurisprudencia merece destacarse la Sentencia 7 diciembre 1899 (*Jurispr. civ.*, t. 88, pág. 488), *Jaime Fiol y Garán c. Gabriel Real Llabrés*. Se instituyó heredero testamentario a Gabriel Real, bajo condición de no contraer matrimonio con determinada persona. Casó con ella el instituido, a pesar de lo cual entró en posesión de la herencia. La condición es declarada válida, y obligado el demandado a la entrega de los bienes hereditarios. El tribunal lo considera poseedor de buena fe: "Si bien don Gabriel Real conocía la prohibición que el testador le impuso, no es esto bastante para que necesariamente se le tenga como poseedor de mala fe, porque pudo creer, como así lo ha venido sosteniendo, que la prohibición del testador era contraria a la moral, y que por ende no viciaba su título de heredero testamentario."

buena fe el que posee en virtud de resolución judicial. En ocasiones, los efectos de esta buena fe con título judicial se hacen durar más allá de la interposición de la demanda, hasta la sentencia definitiva (67).

En otra serie de sentencias se relaciona la buena fe del poseedor con la no imposición de costas judiciales, haciéndose referencia todavía en una no muy lejana (S. 18 diciembre 1962) a la "doctrina jurisprudencial mantenida por esta Sala que dice que se estimará poseedor de buena fe a quien no hubiese sido condenado al pago de las costas del pleito". Tal doctrina debe rechazarse, y la misma Sala lo ha hecho en recientes sentencias cuando algún recurrente ha querido basar en ella la casación contra sentencia que lo declaraba poseedor de mala fe sin imponerle costas procesales (SS. 24 enero 1952, 21 febrero 1966 y 3 mayo 1966) (68).

(67) Sentencia 29 marzo 1887 (*Jurispr. civ.*, t. 61, pág. 487), *Dolores de Portolá c. Rosa de Portolá* (sentencia en interdicto de adquirir); S. 4 marzo 1893 (*Jurispr. civ.*, t. 73, pág. 326), *María Luisa Avila c. Alfonso Sánchez* (sentencia de remate en juicio ejecutivo); S. 9 noviembre 1893 (*Jurispr. civ.*, t. 74, pág. 327), *Diego Lorenzo Martínez c. José Fernández Martínez y otros* (sentencia de remate en concurso); S. 9 junio 1932 (*Jurispr. civ.*, t. 204, página 386), *Estebanell y Pahisa, S. A. c. Síndicos de la Quiebra de "Hermanos de F. Vila Serarols"* (providencia de ocupación en juicio de quiebra); S. 4 junio 1955 C.L., t. XL, pág. 741), (segunda sentencia en *Rep. Aranzadi*, núm. 2.297), *Martín Serarols Peifort c. Martín Grau Comellas* (sentencia en juicio de desahucio); S. 20 febrero 1959 (*Rep. Aranzadi*, núm. 1.071), *Félix de la R.G. c. José y Manuel de C. G.* (auto dictado en procedimiento sumario).

(68) La cuestión se relaciona con la doctrina según la cual no puede imponerse restitución de frutos sino desde la interposición de la demanda, a menos que el Tribunal declare expresamente la mala fe del poseedor (me ocuparé de esta doctrina en el número 52). Si no hay declaración expresa de mala fe, ni se ha apreciado la petición de condena en costas, es razonable hacer prevalecer la presunción general de buena fe.

Las sentencias que se han ocupado del tema han sido las siguientes:

Sentencia 14 julio 1899 (*Jurispr. civ.*, t. 87, pág. 745), *Josefa Miranda y San Julián c. Placeres y Amalia Arango y Barja*: "Reconociendo la Saia la buena fe con que los demandados han venido poseyendo los bienes litigiosos, puesto que por tal razón no les impone el pago de las costas de ninguna de las instancias, es evidente que al condenarlas a la devolución de los frutos percibidos desde el fallecimiento de doña Juana Barja [cuyo testamento se declara nulo] infringe el artículo 451".

Sentencia 20 octubre 1908 (*Jurispr. civ.*, t. 112, pág. 295), *Catalina Seguí y Boyeras c. Bartolomé Seguí y Fluxá*: "Reputándose a los recurrentes poseedores de buena fe, sin apreciar en ellos temeridad, como lo demuestra el hecho de no ser condenados en costas".

Sentencia 3 junio 1932 (*Jurispr. civ.*, t. 204, pág. 352), *Ayuntamiento de Cereceda de la Sierra c. Mancomunidad del Condado de Miranda*: "Para aquella condena era preciso, por presunción siempre de buena fe, con arreglo al artículo 434, declaración expresa de mala fe de la Mancomunidad, extremo indispensable que no se contiene en declaración de la Sala, y que, a mayor abundamiento, parece rechazar por la no expresa imposición de costas".

Sentencia 18 diciembre 1962 (C.L., t. 114, pág. 492), *Francisco Méndez Rubio c. Fundación Benéfico-Docente "D. Pablo Martín Barrientos"*: "La presunción consignada en el artículo 434, en relación con el 451 del C. c. y doctrina jurisprudencial mantenida por esta Sala, que dice que se estimará po-

No atiende la ley al supuesto en que con la mala fe del poseedor concurra la del vencedor en la posesión, que no se opuso a la posesión ajena a pesar de producirse a su vista, ciencia y paciencia. Formalmente, podría razonarse de dos modos distintos: *a)* el caso de concurrencia de mala fe por ambas partes es también caso de mala fe por el poseedor, luego se aplica sin más la disciplina legal de éste; *b)* este caso no ha sido previsto por el legislador, y ello entraña una laguna para cuya integración ha de acudirse al criterio de "neutralización de la mala fe" que ofrece el Código en casos análogos (artículos 364 y 379-3º) (69).

Este último es, en mi opinión, el razonamiento correcto, que lleva a la aplicación en la hipótesis discutida de la disciplina propia del poseedor de buena fe. En la tesis contraria tendríamos en muchos casos una aplicación parcial de la disciplina de la posesión de buena fe en cuanto a gastos y mejoras (los arts. 453 y 454 se aplicarían, a través del 361, en la hipótesis del 364, que habitualmente implicará posesión por parte de quien edifica, siembra o planta), junto a la aplicación igualmente parcial de la propia de la mala fe respecto de la adquisición o abono de frutos: sin ser lógicamente imposible, tampoco parece razonable. De otra parte, el abono de frutos por el poseedor de mala fe tiene, como mostraré en su lugar, carácter resar-

seedor de buena fe a quien no hubiere sido condenado al pago de las costas del pleito".

Pero ya la S. 24 enero 1952 (*Rep. Aranzadi*, núm. 273), había sentado la doctrina contraria: "Sin que, contra lo que dicho motivo pretende, quepa entender que el hecho de no haberse apreciado mala fe en el recurrente a efectos del pago de costas ni en la sentencia dictada en apelación por la Audiencia en el juicio de desahucio ni por la Sala quinta de este Supremo Tribunal en el recurso de revisión derivado de aquél signifique en modo alguno que dicho recurrente ignoraba el vicio de su posesión, pues la imposición o la no imposición de costas por el Juzgador obedece a su apreciación sobre la existencia o no existencia de dolo o temeridad en la actuación del litigante".

Sentencia 21 febrero 1966 (C.L., pág. 727), *José Benigno Vaiduciel González c. Delegación Nacional de Auxilio Social, Delegación Provincial de Auxilio Social de Valladolid y Mateo Fernández Cavero*: "Olvida el recurrente la distinción que hace la sentencia entre la mala fe para adquirir la posesión a efectos de la devolución de frutos, de su comportamiento procesal, con la finalidad de declarar si existió la mala fe para litigar, sentando distintos criterios para ambos supuestos y sosteniendo la primera calificación basada en hechos".

Sentencia 3 mayo 1966 (C.L., pág. 33), *Andresa Guallar Tesán c. Simón Royo Guallar*: "El último de los motivos (...) se funda en la violación de los artículos 443 y 451 C. c. y doctrina de esta Sala que alega, mas parte para ello de una afirmación contraria a la realidad: la de no haber declarado la resolución recurrida la mala fe del recurrente a los efectos de la condena a rendir cuentas y al abono de los frutos percibidos, pues sin posible confusión entre la mala fe procesal, fundamento en que hubiera de apoyarse la imposición de costas, en este caso improcedente al no accederse a todas las peticiones de la demanda, es lo cierto que tanto la resolución de instancia como la precedente, que es aceptada, contienen de manera explícita la afirmación de que el demandado no actuó de buena fe".

(69) *Vid. GARCÍA GOYENA*, Comentarios a los artículos 407 y 420 Proy. 1851.

citorio del daño causado por la privación del goce de la cosa: resarcimiento improcedente cuando el dañado no se opone a los actos que se ejecutan a su vista, ciencia y paciencia.

3.2. EL DERECHO A LOS FRUTOS

3.2.1. *Objeto y extensión*

El poseedor de buena fe hace suyos *todos* los frutos que percibe de la cosa: naturales, industriales y civiles. Dicho lo cual no habría nada que añadir si el concepto de fruto y los límites a que se extiende fueran claros y seguros. Pero son bien conocidas las disputas doctrinales al respecto y la dificultad de encuadrar ciertos aprovechamientos o ventajas que las cosas proporcionan en la disciplina que de los frutos hace el Código civil a propósito de muy distintas instituciones (70).

Más aún, no puede excluirse *a priori* que la noción de frutos tenga significados parcialmente diversos en las distintas normas que hacen referencia a ellos en contextos y con finalidades también distintas. El diverso alcance del concepto de frutos puede depender del tipo de problema resuelto por la norma (71).

El olvido de esta premisa metodológica ha llevado muchas veces a considerar como elementos definidores de la noción de frutos lo que no son sino criterios que sirven, en su caso, para señalar los límites del contenido de los derechos de goce en cosa ajena: así, la referencia al destino económico de la cosa, o a la conservación de su valor económico o de su capacidad productiva. Frente a este error se observa que, por ejemplo, la cosecha de cereal producido en un terreno que fue de pastos, o agotando por su reiteración la capacidad productora de la tierra, será fruto sujeto a las normas de adquisición y circulación de los frutos; con independencia de la cuestión, perfectamente separable, de la responsabilidad del usufructuario por no respetar la forma y sustancia de la cosa usufructuada (72).

La cuestión tiene especial importancia cuando se trata de definir el objeto posible de la apropiación por el poseedor de buena fe en concepto de frutos, y ha provocado la duda sobre si el poseedor de buena fe debe conservar el destino económico de la cosa. Según una opinión, el poseedor de buena fe se encontraría en situación análoga a la del usufructuario; debiendo, por tanto, como éste, respetar el límite del destino económico de la cosa. Todos los productos ad-

(70) Sobre los frutos merecen destacarse en la doctrina extranjera reciente las monografías de Mosco, *I frutti nel Diritto positivo*, Milán, Giuffrè, 1947, y BARCELLONA, *Frutti*, voz de la "Enciclopedia del Diritto", Giuffrè, XVIII, págs. 204-236; y en la española, GARCÍA CANTERO, *Concepto de frutos en el Derecho civil Español*, RDN IX-X, julio-diciembre 1955, págs. 61-240.

(71) BARCELLONA, *Frutti*, pág. 206.

(72) BARCELLONA, *Frutti*, págs. 206-214.

quiridos variando el destino que la cosa tenía al comenzar la posesión habrían de ser restituidos a su propietario.

Pero la opinión más extendida y que debe considerarse correcta observa que el poseedor de buena fe, que ejercita la actividad correspondiente al derecho de propiedad con la conciencia de ser propietario de la cosa disfrutada, goza de los frutos en la misma medida en que los gozaría el propietario; por tanto, incluso a consecuencia de un cambio de destino de la cosa poseída (73).

Queda en pie, sin embargo, el problema de la distinción entre los frutos y otras partes integrantes separadas de la cosa, a cuya apropiación por el poseedor no legitima el artículo 451. Se trata, en definitiva, de la delimitación del concepto de frutos (naturales e industriales) (74). Cuestión que no es de este lugar y que, en mi opinión, puede resolverse teniendo en cuenta exclusivamente las siguientes circunstancia: *a) una relación de derivación de la cosa-madre; b) el carácter de bien nuevo; c) la consideración socio-económica de la producción de los nuevos objetos como una de las formas posibles de explotación de la cosa-madre* (75).

Mayor interés que formular unos criterios definitorios sobre el concepto de fruto tiene observar los supuestos prácticos sobre los que, por estar de algún modo en el límite, se discute si entran todavía en la noción de fruto produciéndose en consecuencia su adquisición por el poseedor. La doctrina española no ha hecho especiales esfuerzos por delimitarlos (76).

Según Sánchez Román —influido presumiblemente por la doctrina francesa— “sólo tendrán la consideración de frutos los indicados en dicho artículo (el 355), pero no otros *productos*, a los que el Código civil hace referencia con separación, al ocuparse de otras materias, como los tesoros, los beneficios de las minas denunciadas, concedidas o que se hallen en laboreo, los árboles cortados por el pie,

(73) Mosco, *Frutti*, pág. 245 ss. y allí bibliografía.

(74) O, si se prefiere, del concepto de fruto a los efectos de su adquisición por el poseedor de buena fe en concepto de propietario, que es la única situación en que este problema no se ve interferido —y facilitado prácticamente— por el de los límites del contenido de un derecho de goce. Tratándose de poseedor en concepto distinto del de dueño de la cosa, los límites de su derecho a los frutos vienen determinados por el contenido del derecho en cuyo concepto posee.

(75) Para los dos primeros requisitos, *vid.* BARCELLONA, *Frutti*, pág. 215.

(76) En el Derecho alemán la cuestión viene resuelta por el § 993, I, BGB, que obliga al poseedor de buena fe a la restitución de los frutos percibidos “en tanto que no puedan considerarse como rendimiento (*Ertrag*) normal de la cosa según las reglas de una ordenada economía, a tenor de las disposiciones sobre la entrega de un enriquecimiento injusto” (trad. de Carlos Melón Infante, en el Apéndice a la trad. cast. del “Tratado de Derecho civil” de Enneccerus, Kipp y Wolff). *Vid.* HEDEMANN, *Derechos reales*, página 245; WOLFF (en Enneccerus), *Derecho de cosas*, I, pág. 512.

En Francia, la doctrina utiliza la distinción tradicional en materia de usufructo entre fruto y producto. *Cfr.* PLANIOL-RIPERT, t. III, *Los bienes*, página 171; COLIN y CAPITANT, trad. cast., 3.^a ed., t. II, vol II, pág. 604; MARTY-RAYNAUD, *Droit civil*, II, 2, *Les biens*, pág. 72 (y n. 1).

etcétera" (77). Veamos por separado los casos especiales mencionados:

El *tesoro* no es nunca fruto. El poseedor de la cosa en que ha sido hallado, si ha tomado posesión de él, será poseedor del mismo —en la parte que no le corresponda en concepto de descubridor en fundo ajeno y por casualidad— con las consecuencias de la posesión de cosa mueble. Adquirirá la propiedad por usucapión de tres o seis años, según su buena o mala fe (78).

En cuanto a las *minas*, es sabido que el Tribunal Supremo se ha mostrado muchas veces contrario a la consideración del mineral extraído como fruto, a efectos de su apropiación por el usufructuario. La Sentencia 21 febrero 1963 parece indicar otra dirección más acertada.

El Código, en los desafortunados artículos 476-478, no resuelve claramente el problema respecto del usufructuario, pero al admitir la posibilidad de que le correspondan los frutos de las minas si expresamente se le conceden en el título constitutivo del usufructo, o éste es universal (art. 476-1.º), da idea de que los minerales son realmente frutos, y que las limitaciones que en principio afectan al usufructuario lo son en cuanto limitaciones del contenido de su derecho de goce, no porque los minerales no sean frutos (79). En todo caso, su tratamiento como frutos respecto de su adquisición por el poseedor de buena fe parece lo más adecuado, pues la explotación de la mina es precisamente el comportamiento razonable de quien se cree su dueño (80).

Excluido esto, todavía podrá, en muchos casos, llegarse a resultados similares configurando el supuesto como de posesión de empresa, con lo que el poseedor de buena fe retendría los beneficios netos, sin que hubiera de preocuparse por no haber sido nunca propietario de los minerales que vendió.

El Tribunal Supremo, en dos casos en que se trataba de restitución de minas, partió, sin mayor argumentación, de la necesidad de

(77) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios*, III, pág. 444.

(78) Puede ser poseedor de buena fe del tesoro el que lo sea de mala fe: al menos si se admite que a la buena fe no obsta el error de Derecho, y él cree que el tesoro pertenece en su integridad al descubridor.

(79) *Vid.* MARTÍN RETORTILLO, Cirilo, *Los frutos de las minas*, ADC, 1952, página 1019 ss.; DÍEZ PICAZO, *Naturaleza jurídica de los minerales*, ADC, 1954, pág. 355 ss.

(80) A la misma conclusión se llega pensando en el poseedor de mala fe: si el mineral no es fruto, sino parte integrante separada, cumpliría con restituir el que hubiera extraído (y nunca abonaría mayor cantidad en concepto de *fructus percipiendi*), y esto sólo a lo más en los últimos seis años. Respecto de las extracciones anteriores, o bien habría adquirido el mineral por usucapión (art. 1955), o habría prescripto la acción para reclamar la entrega (art. 1972). Todo ello no sólo supone una injustificada limitación de su responsabilidad (respecto al tratamiento de los frutos), sino que las diferencias entre poseedores de minas de buena fe y mala fe serían mínimas (a los primeros no podría pedirse la restitución pasados tres años en lugar de seis).

restituir todo el mineral extraído por el poseedor de buena fe, sin que tal premisa fuera discutida, al menos en casación (81).

Los *árboles* no son fruto sino cuando su producción es el destino del fundo: es decir, tratándose de monte tallar. En todos los demás supuestos, arrancados, tronchados o cortados sin o con la voluntad del poseedor, son partes integrantes separadas: no se aplican los artículos 483, 484 y 485-5.^º del Código civil, que suponen unas relaciones actuales entre propietario y titular de derecho de goce, imposibles en la hipótesis de la posesión en concepto de dueño.

Tratándose de monte tallar, el poseedor no está limitado a las talas o cortas ordinarias ni condicionado por los hábitos previos del dueño, ni por la costumbre del lugar, pues él puede comportarse como propietario. Considerados los árboles del monte tallar como frutos naturales (industriales), puede suceder, al igual que en el usufructo de montes, que el poseedor por unos días haga la tala que recoge el producto de muchos años, o que al hacerla de la totalidad del monte poco antes de ser interrumpida su posesión prive al dueño de percibir beneficios durante largos años (82). La solución más razonable sería la propuesta por Sancho Rebullida para el usufructo de montes: aplicar la disciplina de los frutos civiles y por tanto distribuirlos entre propietario y poseedor de buena fe en proporción al tiempo de la posesión durante el período productivo (83).

En materia de *aguas*, la Sentencia 21 mayo 1930 acuerda el tratamiento de frutos a las subterráneas desviadas por las obras de galería contruidas por los demandados, poseedores de buena fe que no restituirán sino las percibidas desde la interpellación judicial (84).

(81) Según la S. 10 junio 1907 (*Jurispr. civ.*, t. 107, pág. 646; *Felipe de Gorostiza y Zabala y otros, c. Inocencio de Careaga y Escobal*) "reconocida la buena fe del ocupante de la mina sería contradictorio de los principios que inspiran los preceptos de los artículos 451 y 452 C. c. exigir del demandado productos de minerales superiores a los que percibió en concepto de dueño de la mina, y demás, representándose por el canon del arriendo, ya que su importe constituye una forma de explotación perfectamente legal y acostumbrada, cualquiera que sea el carácter que se atribuya a la propiedad minera". Pero el canon de arriendo más bien debiera haberse tratado como fruto civil, y, por tanto, no restituirse. Si se considera, por el contrario, como precio de la enajenación de partes integrantes separadas, la cita de los artículos 451 y 452 es improcedente.

(82) También puede ocurrir que el poseedor deje de serlo cuando ya el monte esté pronto para la corta, sin haberla hecho. Pero este caso, que es el más problemático en materia de usufructo, tiene, por el contrario, tratándose de la liquidación de la situación posesoria, una norma adecuada: el artículo 452, que viene en definitiva a tratar los frutos naturales como si fueran civiles.

(83) *Vid. SANCHO REBULLIDA, Usufructo de montes*, pág. 118.

(84) S. 21 mayo 1930 (*Jurispr. civ.*, t. 194, pág. 662), *Jacobo Melo y Novo y la Comunidad de Aguas "Heredamiento de los Príncipes" c. Sociedad de Aguas "Los Guinderos"*. "Como la Sala sentenciadora ha apreciado en su fallo que las aguas que fluían en los manantiales de la fuente llamada "Agua Dulce" pertenecen en pleno dominio a los partícipes de la comunidad demandante, y que fueron desviadas de su corriente subterránea y natural a consecuencia de las obras de galería conocidas por "Los Guinderos", al con-

3.2.2. *La atribución de los frutos naturales e industriales*

Al poseedor de buena fe corresponden los frutos naturales e industriales que se separan de la cosa poseída, y adquiere propiedad sobre ellos mediante la separación. Obsérvese que las expresiones "le corresponden los frutos" y "adquiere propiedad sobre ellos" no son conceptualmente equivalentes. Corresponden a la distinción entre adquisición - apropiación y adquisición - pertenencia (o atribución) (85); o, dicho de otro modo, entre el problema de quién y cómo adquiere la propiedad de los frutos y el problema de a quién corresponde, en definitiva, su valor económico (86).

En el Derecho español, para los frutos naturales y el poseedor de buena fe (mientras no se interrumpe su posesión), ambos fenómenos coinciden: el artículo 451 indica tanto que le corresponden definitivamente como que adquiere la propiedad de ellos mediante la separación. Pero esta coincidencia no se produce en otros supuestos: por ejemplo, los frutos pendientes al cesar la buena fe (art. 452) corresponden en determinada proporción al poseedor, pero su propiedad la adquiere el propietario de la cosa (87).

Según el artículo 451-2.º del Código civil "se entienden percibidos los frutos naturales e industriales desde que se alzan o separan". El poseedor de buena fe adquiere —es decir, hace suyos adquiriendo su propiedad— los frutos naturales e industriales por la separación. Esta supone la constitución del fruto en cosa independiente, disociándose de la cosa-madre y dejando con ello de ser parte integrante de la misma. Se trata de una adquisición originaria, que no deriva del propietario, sino que, antes bien, excluye la adquisición por su

denar sólo a la destrucción de las obras, y denegar en absoluto la restitución pedida, ha incurrido en las infracciones que se imputan en los motivos primero y tercero que deben estimarse con la aclaración necesaria respecto a este último, que la del artículo 451 es sólo en cuanto negó los frutos desde la interpellación judicial, únicos a que tiene derecho el actor, porque la buena fe siempre se presume, y la S. no sólo no declara la mala, sino que de su contenido se deriva admite aquélla; y, además, el recurrente se conformó con la S. del Juzgado, que estimando la buena fe, señaló la fecha de la interpellación judicial para el percibo de los frutos".

(85) Mosco, *I frutti*, pág. 549. Según este autor, apoyado en la dicción del artículo 1.148 Cód. civ. italiano, por la mera separación haría suyos los frutos el poseedor (adquisición-apropiación), es decir, adquiriría su propiedad; pero ésta no le correspondería de modo definitivo (adquisición-pertenencia) hasta la percepción en sentido estricto, es decir, hasta su aprehensión material. Si en el lapso de tiempo que puede mediar entre ambos fenómenos se interpone contra él demanda judicial, estaría obligado a restituir los frutos separados (que son de su propiedad), pero todavía no percibidos. *Cfr.* VENEZIAN, *Usufructo*, trad. cast. II, págs. 502-503.

(86) *Acquisto y spettanza*: BIONDI, *I beni*, págs. 149 ss.

(87) Otro supuesto de disociación entre la adquisición de la propiedad de los frutos y el derecho a (parte de) los mismos tenemos en la restitución de la dote inestimada, si se entiende que la regla de prorrato abarca también los frutos naturales (*vid.* art. 1.380 C. c.). La distinción conceptual de que tratamos nos será indispensable para explicar la atribución de los frutos civiles al poseedor: por eso interesaba dejar aquí constancia de ella.

parte (88). Puede ocurrir la separación, bien por fuerzas naturales (expulsión del parto de los animales, caída natural de la fruta), bien por obra del hombre (siega de las mieses, recogida de los frutos en el árbol, corte de la lana). En este segundo caso, es indiferente quién la cause: el poseedor u otra persona, por su orden, con su conocimiento o, por el contrario, sin él o contra su voluntad.

Es indiferente también el momento de la separación. Para la artificial, se ha suscitado el tema de la hecha antes de la maduración biológica o económica del fruto, negándose que cause adquisición a favor del poseedor la hecha intempestivamente (89). Doctrina correcta para los derechos de goce en cosa ajena en general, pero que referida al poseedor de buena fe olvida la licitud de la conducta del poseedor —no habría ilícito tampoco en la destrucción de la cosa—, que podría abtenerse de producir frutos en absoluto. Sobre todo, piénsese que el problema práctico a que la doctrina mencionada acude —apresuramiento en percibir los frutos el titular de derecho limitado, cuando sabe o prevé que su derecho está a punto de extinguirse— no tiene lugar en la hipótesis del poseedor de buena fe: dejaría de serlo y se extinguiría en el mismo momento su derecho a los frutos.

Es innecesaria para la adquisición de los frutos su aprehensión por el poseedor. Esta última sólo añade, a la propiedad de los frutos ya adquiridos por la separación en la forma dicha, la posesión de ellos (si no se entiende que por tenerla ya sobre los frutos pendientes la conserva una vez separados) (90).

Hasta que los frutos se separan no tiene el poseedor ningún derecho peculiar sobre ellos (91). A pesar de lo cual puede defenderse suficientemente del ataque de terceros, ya que, o bien el ataque no entraña separación de los frutos, y entonces los defenderá con las acciones que le correspondan sobre la cosa-madre, como partes inte-

(88) MONTEL, *Possesso*, Noviss. Dig. it., t. III, pág. 379; BARASSI, II, página 301; SCUTO, *Riv. Dir. civ.*, 1915, pág. 351.

(89) MONTEL, *Possesso*, Noviss. Dig. it., t. XIII, pág. 379 (n. 4); GENTILE, pág. 21.

(90) En el Derecho romano el poseedor de buena fe adquiría los frutos por *separatio*; pero no así el usufructuario o el arrendatario, que sólo los hacían suyos por la *perceptio*, es decir, la aprehensión material de los mismos. En nuestro Derecho, la norma citada del artículo 451 C. c. identifica separación y percepción con alcance, en principio, a todas las hipótesis de percepción de frutos: así el enfeite o el usufructuario. Respecto de este último, ya GARCÍA GOYENA (comentario al artículo 429 Proy. 1851) y la doctrina al parecer unánime. Puede dudarse respecto del derecho de uso, de ciertas servidumbres personales atípicas o del arrendamiento. También, aunque con menos fundamento, respecto de situaciones como las recogidas en los artículos 651 y 1.120 C. c.

(91) Puede apreciarse ya en esta fase de pendencia de los frutos una expectativa protegida, que se traducirá, en el caso de cesación de la posesión de buena fe antes de la separación, en los derechos que le reconoce el artículo 452 C. c. Si los efectos de la posesión de buena fe cesan antes de que los frutos estén aparentes o nacidos (*vid. art. 357*) sólo tiene derecho al abono de los gastos de producción (además de al de los gastos necesarios y útiles hechos sobre la cosa), en la forma establecida en el artículo 361.

grantes de la misma; o bien comporta separación, con lo que adquiere la propiedad de los frutos y así todas las posibilidades de defensa típicas de la propiedad.

La eventual venta de frutos futuros hecha por el poseedor de buena fe, si luego cesan los efectos de ésta antes de la separación, debe ser tratada como la venta de frutos futuros por quien es titular de un derecho de goce en cosa ajena que se extingue.

3.2.3. *La atribución de los frutos civiles*

Pueden considerarse frutos civiles los que produce la cosa fructífera "pero no directamente o procediendo de ella misma, sino como consecuencia de haberla hecho objeto de una relación jurídica de la que nace el derecho a obtener el fruto" (92). El Código civil italiano los define como "los que se consiguen de la cosa como correspondiente del goce que otro tenga en ella" (art. 820) (93); de manera que serían una "renta de sustitución" respecto del goce directo de la cosa. Este carácter de "renta de sustitución" (que es claro, por ejemplo, en las mercedes arrendaticias), explica que se atribuyan los frutos civiles a quien correspondería el goce de la cosa.

Ciertamente, ni todos los frutos civiles representan una "renta de sustitución", ni todos pueden entenderse producidos —ni siquiera indirectamente— por la cosa. Pero sí es ello lo normal, y ha servido de idea directiva y modelo para razonar respecto de su atribución al poseedor de buena fe.

La especial dificultad de la materia de la adquisición de los frutos civiles por el poseedor de buena fe deriva de la difícil conceptualización de los frutos civiles y de su relación siempre indirecta o mediata con la cosa poseída. Por otra parte, nunca en el Derecho romano se atribuyeron al poseedor otros frutos que los naturales e industriales, y la idea tan extendida en el Derecho común de que éstos le pertenecen *pro cultura et cura* excluía absolutamente la posibilidad de hacer suyos los civiles. Ello nos priva del apoyo de una sólida tradición doctrinal.

3.2.3.1. *Adquisición-apropiación y adquisición-pertenencia*

Todo fruto civil es un derecho de crédito. Quién sea titular del mismo lo determinan los principios generales en materia de obligaciones: a lo que aquí interesa, es titular del crédito quien contrató en su propio nombre, cualquiera que sea la situación en cuanto a la titularidad de la cosa cuyo goce se cede para adquirir el crédito correspondiente. Quien arrienda una cosa ajena es él, y no el propietario de la cosa, el acreedor de la merced.

Otra cosa es que no siempre coincida el titular del crédito con

(92) ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. II, 2.^a ed., pág. 39.

(93) Vid. Mosco, *I frutti*, págs. 465 ss.

aquele a quien en definitiva corresponde en concepto de frutos su resultado económico. Es la distinción entre adquisición-apropiación y adquisición-pertenencia a que antes me he referido, que, si apenas tiene importancia en los frutos naturales, es capital para entender la atribución de los frutos civiles al poseedor. Como advierte Barcellona, “únicamente en relación con la pertenencia se plantea el problema de la calificación de una determinada prestación como fruto. Precisamente, sólo el problema de la pertenencia está condicionado por la calificación de fruto, y no la titularidad del crédito, que sigue las reglas generales en materia de obligaciones” (94).

Veámoslo más despacio. Si la relación jurídica sobre la cosa en cuya virtud se perciben los frutos civiles la estableció el propietario, con anterioridad a la posesión de la cosa por otro (o incluso, aunque resulte más difícil la hipótesis, durante esta posesión), es él el único titular del derecho de crédito en que consisten los frutos civiles. El poseedor de buena fe no se subroga en el crédito, ni lo adquiere en ningún momento. No sólo porque no hay en el Código ningún indicio de una cesión *ex lege* (y la situación excluye toda cesión voluntaria), sino ante todo porque resulta absurda la hipótesis de un poseedor de buena fe que hiciera valer esta cualidad para (alegando acaso el artículo 451) cobrar créditos que no nacieron a su favor: el poseedor de buena fe ignora que no es titular del derecho en cuyo concepto posee la cosa; si lo supiera no sería poseedor de buena fe. El poseedor de buena fe se cree (erróneamente) titular, y en este concepto exige el pago de los frutos civiles. El deudor paga creyendo, erróneamente, que lo hace al acreedor. Se trata, pues, de un cobro indebido, que tiene la particularidad de que, normalmente, liberará al deudor (por aplicación del art. 1.164), y de que no produce el deber de restituir lo cobrado.

Si la relación jurídica sobre la cosa la establece el poseedor que, por ejemplo, arrienda el fundo ajeno que posee, él será el verdadero arrendador y el único acreedor de la merced. Ahora bien, en ausencia del artículo 451 (o si es de mala fe) tendría que comunicar al propietario las cantidades percibidas, pues al propietario corresponderían como frutos civiles *ex artículo 354-3.º* del Código civil.

El artículo 451 no afecta para nada al tema de la titularidad del crédito, que corresponderá al propietario de la cosa o al poseedor de la misma, según quién haya contratado sobre ella. Los efectos de este artículo se producen en el plano de la adquisición-pertenencia o atribución, con la consecuencia de que el poseedor de buena fe queda eximido de restituir las cantidades indebidamente cobradas (cuando el crédito correspondía al propietario) o las que, cobradas como verdadero acreedor, debería, sin embargo, comunicar al propietario a quien corresponderían como frutos de la cosa. Le libera también de toda posible pretensión en concepto de enriquecimiento injusto (la pose-

sión de buena fe elimina la injusticia del enriquecimiento por la percepción tanto de los frutos naturales como de los civiles); e incluso de toda indemnización por daños consistentes en la privación del goce de la cosa, que el propietario pretendiera sobre la base de una culpa que, si bien suficiente para fundar la responsabilidad aquiliana, no lo fuera para eliminar la buena fe.

Además, el artículo 451 obliga al vencedor en la posesión a comunicar al poseedor de buena fe el valor de los frutos civiles por él percibidos correspondientes al tiempo en que se mantenía esta posesión: así se deduce del párrafo 3.^o del artículo 451, ya que todos los frutos civiles producidos durante la posesión pertenecen al poseedor de buena fe, con independencia de que hayan sido o no percibidos por él (95).

3.2.3.2. *La regla de “producción por días” de los frutos civiles*

La regla según la cual los frutos civiles “se consideran *produci-
dos por días*” es una versión afortunada de aquella que se formula “se entienden *adquiridos por días*”, propia de los Códigos francés e italiano (96). En ningún caso puede referirse propiamente a la adquisición de los frutos: ni a la del derecho de crédito ni a la del objeto de la prestación. Regula, por el contrario la adquisición-pertenencia, es decir, el reparto del resultado patrimonial entre poseedor y propietario proporcionalmente a la duración de la posesión (97) (atendiendo al número de días que ésta ha durado en el período fructífero de que se trate) (98).

De este modo, la regla del párrafo 3.^o del artículo 451 se traduce en la siguiente: corresponde al poseedor de la cosa, prescindiendo de si es o no titular del crédito (correspondiente al goce que otro tiene de dicha cosa), el resultado económico del mismo, en concepto de “frutos civiles” de un determinado período fructífero, proporcionalmente a la duración de su posesión en dicho período.

(95) A la inversa, el poseedor debe restituir los que hubiera hecho efectivos por anticipado y no hubiesen vencido todavía: S. 17 marzo 1964 (*Rep. Aranzadi*, núm. 1.681), *Elias G. L. c. Manuel C. M. y Antonio F. de la V.* (afirmación incidental).

(96) En el francés (art. 586) e italiano de 1865 (art. 481), la regla se encuentra en sede de usufructo.

(97) Cfr. Mosco, *I frutti*, pág. 576. Sobre la historia del principio de “adquisición por días” de los frutos civiles por parte del usufructuario, *vid. VENEZIAN, Usufructo*, trad. cast., t. II, pág. 460-461. No era así en el Derecho común, en que se hacía coincidir el tiempo de la adquisición de la merced arrendaticia por el usufructuario con el de la percepción de los frutos (naturales) por el arrendatario: los frutos civiles se veían como sustituto exacto de los naturales. La idea de “adquisición por días” surge de la reflexión sobre la hipótesis del arrendamiento de mero uso, y de la consideración de que la merced arrendaticia en el de disfrute no es debida tanto en razón de los frutos adquiridos cuanto de la posibilidad de usar y disfrutar de la cosa durante todo el tiempo que dura el arriendo. *Vid. GARCÍA GOYENA*, comentario al artículo 398 Proy. 1851.

(98) Cfr. VENECIAN, *Usufructo*, trad. cast., t. II, pág. 467.

3.2.3.3. *Frutos de los derechos*

Hasta aquí he razonado como si los frutos civiles fueran siempre frutos de la cosa, “renta de sustitución” o correspondiente por el goce que de la misma se concede a otra persona. La doctrina ha puesto de manifiesto cómo ello no siempre es así. En los intereses de cantidades dadas en mutuo, en las rentas vitalicias o en las pensiones de censos reservativos, no estamos ante una cesión de goce, sino ante la transmisión de la propiedad de la cosa productiva (99). De modo que para el titular del crédito a los intereses, a las rentas o a las pensiones, no puede decirse que éstos sean frutos de la cosa *que ya no es suya*, sino de su derecho de crédito (mutuo, renta vitalicia) o real (censo). El fruto civil nace en estos casos “del mismo vínculo jurídico de que se deriva el derecho considerado como fuente de renta” (100). Es, pues, un “fruto de derechos”: del de crédito que el prestamista tiene contra el prestatario, del de renta vitalicia, del de censualista.

El concepto de “frutos de los derechos” puede utilizarse en sentido amplio para incluir también los supuestos en que, mediante posesión de la cosa, ésta se tiene en concepto distinto del de dueño. Se hablaría entonces, por ejemplo, de los frutos del derecho de usufructo para referirse a los naturales percibidos por el usufructuario, o a las mercedes correspondientes a arrendamientos por él concertados (101). Ahora bien, en tales casos valen perfectamente los razonamientos anteriores sobre la adquisición de frutos civiles, que pueden construirse perfectamente como correspondiente del goce que a otro se cede sobre la cosa.

No sucede lo mismo en los casos arriba mencionados (mutuo, renta vitalicia, censo), que tienen en común no implicar posesión de cosa alguna. Puesto que la cosa-madre, por decirlo así, respecto de los intereses, rentas o pensiones (considerados como frutos), es el propio derecho, la norma del artículo 451 sobre atribución de los frutos civiles al poseedor habremos de referirla al poseedor del derecho. Tendremos entonces que al poseedor de buena fe del derecho de censo, de renta vitalicia o del crédito por mutuo (en la medida en que

(99) *Cfr.* BARCELLONA, *Frutti*, pág. 215.

(100) VENEZIAN, *Usufructo*, trad. cast., t. II, pág. 457.

(101) *Cfr.* ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. II, pág. 40. En mi opinión, en estos casos resulta más adecuado hablar de frutos de la cosa que se posee en concepto de titular de este o aquel derecho. Aparte de otras razones (relacionadas con la construcción que se considere preferible de los derechos sobre derechos, como advierte ALBALADEJO, *loc. últ. cit.*) porque mientras los que derivarían de derechos que implican posesión de la cosa pueden ser tanto naturales como civiles, los frutos de los derechos que no implican posesión sobre la cosa son siempre civiles, consistentes necesariamente en un crédito. Y, dentro de los civiles, tienen la inquietante particularidad —que expongo en el texto— de no poder construirse como correspondiente del goce que otra persona tiene sobre la cosa (ni sobre el derecho): creo que ello bien les hace acreedores de un tratamiento independiente.

tal posesión sea posible) corresponderían las rentas, pensiones o intereses producidos durante el tiempo de su posesión (102).

Ahora bien, lo que interesa aquí señalar es que no estamos ante un supuesto de producción de frutos por cosa o derecho poseídos cuando el poseedor de inmueble ajeno contrata renta vitalicia o censo reservativo, o alguien presta a interés dinero ajeno. Pues aquí el acreedor de los frutos civiles no es mero poseedor del derecho fructífero, sino titular verdadero de la renta vitalicia, del censo o del crédito por mutuo. La aplicación directa de los artículos 451 y 455 queda, por tanto, excluida.

Otra cosa es que para medir la responsabilidad de quien dispuso de la cosa o del dinero ajeno siga siendo relevante la buena o mala fe, no ya en la posesión de ellos —que perdió—, sino en la disposición. De manera que parece lo más defendible que quien constituyó renta o censo a su favor enajenando inmueble ajeno (si tal enajenación es oponible al dueño) deberá abonar el importe de las rentas o pensiones percibidas (aunque lo sean en virtud de un derecho propio), a no ser que su buena fe le permita retenerlas en concepto de “frutos”: se trata en este último caso de una aplicación analógica del artículo 451 para lograr un resultado económico equivalente al de apropiación de los frutos naturales por el poseedor de buena fe.

3.2.3.4. *Frutos e intereses*

Razonamientos similares se ocultan bajo la tradicional equiparación entre frutos e intereses que, con precedentes desde el Derecho romano (103), late en diversos artículos del Código y apunta a menudo en la jurisprudencia (104).

Esta equiparación puede servirnos de idea directriz para los casos en que el poseedor pierda la cosa o la enajene de modo que el propietario no pueda recuperarla: sólo deberá abonar, además del valor

(102) En cuanto a la poseibilidad del derecho de censo, dado su carácter de real, no hay problema. Para los derechos de crédito —y frente a la opinión mayoritaria—, defiende ALBALADEJO su poseibilidad siempre que no se agoten en la percepción de una prestación de trato único (*Derecho civil*, t. I, vol. II, página 46). Y acaso esta postura se vea robustecida desde la perspectiva de la disciplina de los frutos: si el heredero aparente encontró el crédito por mutuo en la herencia y fue cobrando los intereses a su vencimiento, ¿no será razonable que los retenga, *ex artículo 451*, en concepto de frutos?

(103) D. 22.1.34: *Usurae vicem fructuum optinent et merito non debent a fructibus separari.*

(104) Por ejemplo, en el artículo 1.307 se obliga a la restitución de los frutos percibidos y del valor que tenía la cosa cuando se perdió “con los intereses desde la misma fecha”: es claro que estos intereses se entienden como subrogado o sustituto de los frutos que la cosa hubiera seguido produciendo de no haberse perdido. *Vid.* también artículos 1.896 (cobro de lo indebido), 1.379 (restitución de la dote) y 1.120 (cumplimiento de la condición suspensiva): en los mismos casos en que se adeudan frutos (de la cosa poseída) se adeudan intereses (de los capitales).

de la cosa, intereses correspondientes a este valor cuando hubiera debido —de seguir poseyendo— restituir los frutos (105).

Llevando el razonamiento algo más lejos, a similares consideraciones se presta el caso de quien dispuso de dinero ajeno: por ejemplo, dinero que se encontraba en el patrimonio hereditario que poseyó el heredero aparente (106).

Ahora bien, en estos supuestos no se trata propiamente de la aplicación de las normas sobre apropiación o abono de frutos por el poseedor: porque no se tiene en cuenta para nada si el capital ha sido efectivamente invertido produciendo o no frutos, y porque, de haberlos producido, deberían considerarse en rigor como frutos del derecho de crédito de que es titular quien dispuso del dinero ajeno. Se trata, ante la ausencia de disposición legal, del recurso al *topos* de la buena o mala fe en la adquisición de los frutos para, aplicando este criterio ético-jurídico, llegar a resultados similares en conflictos de intereses que presentan caracteres equiparables.

Este tipo de razonamiento llevará a la conclusión, en principio, de que quien de buena fe dispuso de capital ajeno en beneficio propio deberá restituir solamente el capital. La conclusión queda especialmente robustecida por la norma concordante en tema de cobro de lo indebido (cfr. arts. 1.896 y 1.897).

Cabe todavía observar que en el supuesto de mala fe los intereses que se equiparan a los frutos y deben abonarse no son los efec-

(105) Pueden citarse sobre este punto dos Sentencias del Tribunal Supremo, no concordantes. En la de 6 diciembre 1899 (*Jurispr. civ.*, t. 88, pág. 477; *Abogado del Estado c. Ramona Muñoz y otros*) el poseedor de mala fe de las fincas las había enajenado. Condenado a entregarlas (deber sustituido por acuerdo entre los litigantes por el de abonar el precio que recibió), con los frutos y rentas producidos, y debidos producir, piden los demandantes y obtienen en ejecución de sentencia el abono, como frutos percibidos, del interés legal del precio que percibió el demandado. El Tribunal Supremo casa en este punto: "Condenado el demandado, conforme a este artículo 455 y convenido por los litigantes que en vez de los bienes devolviera el precio que por ellos obtuvo, infringe la ejecutoria la Sentencia que manda abonar como frutos percibidos el 6 por 100 del precio que obtuvo el demandado por los bienes desde que se verificó la venta y prescindiendo del procedimiento del artículo 932 LEC".

La S. 8 abril 1912 (*Jurispr. civ.*, t. 124, pág. 18; *Luis Barroso Núñez c. Herederos de Jacinto Zumalacárcer*), restringe, contra la de instancia, el abono de intereses sobre el precio de venta del mineral de la mina poseída (el mineral es tratado no como fruto, sino como parte de la cosa) a los correspondientes a las cantidades percibidas desde la citación y emplazamiento, con la declaración de equipararse en este caso los intereses a los frutos y cita del artículo 451.

(106) En este sentido, la S. 12 octubre 1897 (*Jurispr. civ.*, t. 82, pág. 426), *Buenaventura y Josefa Bascós y Rosell c. Salvador Bascós y Rosell*. El heredero había dejado de pagar suplemento de legítima, debido, según el Derecho catalán, a sus hermanas. La Audiencia le condenó al abono de intereses sobre la cantidad debida desde que las hermanas contrajeron matrimonio. El Tribunal Supremo casa la Sentencia de instancia, declarando: "El carácter de poseedor de buena fe se presume mientras no se pruebe lo contrario y no haciéndose esto, no procede exigir a quien ostente aquel concepto el abono de intereses legales".

tivamente producidos, sino, en principio, el interés legal, como medida "standard" —por razones prácticas de simplicidad en el cálculo y de política económica— de la indemnización debida por la privación del goce del dinero (cfr. arts. 1.108, 1.682, 1.724, 1.896 C. c.). Las posibles excepciones podríamos buscarlas a través de la analogía con los frutos "que el poseedor legítimo hubiera podido percibir" (el rendimiento posible será de ordinario superior al interés legal) y, sobre todo, en la indemnización plena del daño causado cuando la disposición del capital ajeno se haya obtenido por hecho delictivo.

3.2.4. Naturaleza y fundamento del derecho a los frutos

Conviene distinguir, aquí como en otras materias, entre la idea ético-social en que descansa, como su justificación axiológica, la disciplina normativa, y la concreta técnica utilizada para conseguir los fines propuestos. A estas dos distintas cuestiones me refiero con los términos convencionales de "fundamento" y "naturaleza", respectivamente.

Por lo que hace a la "naturaleza", he explicado con detalle más arriba los distintos mecanismos que producen la atribución al poseedor de buena fe de todos los frutos de la cosa. Si bien la técnica utilizada es sustancialmente diversa según la clase de frutos (naturales e industriales de una parte, civiles de otra), la finalidad perseguida es única y clara: atribuir en definitiva al poseedor de buena fe todos los rendimientos de la cosa durante su posesión. Ello configura la posesión de buena fe como un derecho real —claudicante— de goce en cosa ajena, cuyas limitaciones derivan exclusivamente de su provisionalidad extrema. La regulación del usufructo ha servido a menudo de modelo o referencia, pasando incluso en bloque de la sede del usufructo a la de la posesión lo que hoy son los párrafos 2.^º y 3.^º del artículo 451 del Código civil. Sin embargo, el contenido del derecho del poseedor es más amplio que el del usufructuario, ya que el poseedor de buena fe no se encuentra condicionado por el destino económico que a la cosa imprimiera su dueño.

Esta configuración de la posesión de buena fe que comporta la disciplina de nuestro Código coloca totalmente fuera de lugar las viejas explicaciones de la pandectística respecto de una "adquisición por el consumo" (*fructos consumptos suos fdcit*), que oscilaban entre la adquisición de la propiedad de todos los frutos que luego quedaría resuelta en cuanto a los *extantes* y la simple exoneración de restituir el enriquecimiento producido por el consumo de frutos ajenos (107).

La atribución de todos los frutos al poseedor de buena fe en los Derechos modernos procede del Derecho francés (coincidiendo, pero sin vínculo de derivación, con el Derecho romano clásico). Y tam-

(107) *Vid.* por todos, SCUTO, *Riv. Dir. civ.*, 1915, págs. 338-341, y WINSCHIED, *Diritto delle Pandette*, trad. italiana, vol. I, parte 2.^a, § 186, páginas 196 ss. Un resumen de algunas opiniones en GÓMEZ-ACEBO, *RDP*, 1952, página 197.

bien de la doctrina francesa procede una explicación muy generalizada de este fenómeno, según la cual se reputa que el poseedor ha consumido los frutos conforme los iba percibiendo, como haría el propietario; de modo que obligarle a restituir el valor de los percibidos durante largo tiempo le pondría fácilmente al borde de la ruina; mientras que eximiéndole de ello no se favorece un verdadero enriquecimiento, ya que de él puede decirse: *lautius vixit sed non locupletavit*. Se añade a ello la conducta negligente del propietario, lo que termina de inclinar por la dispensa de restitución por parte del poseedor para no emprobrecerlo (108).

Esta explicación no es aceptable en el plano de las justificaciones ético-sociales, pues contrasta con las valoraciones que el ordenamiento realiza en otros terrenos: la posible ruina del deudor, aunque sea de buena fe, e incluso ignore la existencia de la deuda (que, por ejemplo, recibió por herencia) no extingue el crédito; éste perdura, al menos, mientras no se cumplen los plazos de prescripción prefijados; el beneficio de competencia ha desaparecido. Por lo demás, pasa por alto que el poseedor ha podido realmente enriquecerse. Tampoco es adecuada para explicar la técnica concreta utilizada para producir los efectos, ya que no alcanza a los frutos no percibidos realmente (los frutos civiles no cobrados correspondientes al tiempo de la posesión y los naturales separados durante la posesión, pero no aprehendidos por el poseedor) o los pendientes, pero no separados, al tiempo de cesar la posesión (109).

(108) MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, II, vol. 2.º, *Les biens*, págs. 51-52; PLANIOL, RIPERT y PICARD, *Derecho civil*, trad. cast., pág. 167. La explicación parece unánime entre los autores franceses. En la doctrina española, la sigue SÁNCHEZ ROMÁN, III, págs. 441-442. *Vid.* para su crítica SCUTO, *Riv. Dir. civ.*, 1915, págs. 348-349. El propio SCUTO (*ibidem*, pág. 347) parece atribuir el origen de esta doctrina a POTHIER, con cita de su obra *Traité du droit de domaine de propriété*, n.º 430, donde ciertamente argumenta en este sentido, pero (aparte de admitir la prueba del enriquecimiento) lo hace respecto del poseedor de la herencia que, según la práctica francesa (sobre los textos del Digesto) se veía obligado a rendir cuentas de todos los frutos percibidos. Por el contrario, en el mismo *Traité*, y en sede de la acción reivindicatoria, explica (núm. 341) que el poseedor de buena fe no está obligado a abonar fruto alguno percibido hasta el día de la demanda de reivindicación interpuesta contra él. “*Je ne vois pas même —prosigue— que dans notre pratique françoise, différente en cela du droit romain, le demandeur soit reçu à prétendre les fruits qui se sont trouvés extants en nature par-devers le possesseur, au temps de la demande, lorsqu'ils ont été perçus avant la demande*”. No da razón de esta diferencia del Derecho francés respecto del romano. En cuanto a éste, advierte (núm. 337) que la expresión *pro cultura et cura* que aparece en Inst. 2. 1. 35 debe entenderse *enunciative* y no *restrictive*, de modo que el poseedor de buena fe hace suyos tanto los frutos industriales como los naturales, *quia, quod ad fructus attinet, loco domini pene est* (D. 41.1.48).

(109) Algún autor francés ha pretendido hacer derivar la regla de adquisición de los frutos por el poseedor del principio “*en fait de meubles, possession vaut titre*” (MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoleon*, vol. II, art. 549). En similar sentido HERING explicaba que al poseedor de buena fe se le atribuye la propiedad de los frutos, a fin de que éstos “de las manos del producto entre libres y seguros en el comercio”

En mi opinión, la valoración ético-social que justifica en el terreno de la política legislativa la atribución de los frutos al poseedor de buena fe es la de la utilidad social de la gestión activa de los bienes productivos: "es un mal de cualquier bien... —decía al principio citando a Moneva— su situación de improductivo o inútil". Entre el propietario negligente que ni siquiera se preocupa de reivindicar la cosa propia que por él estaría improductiva, y el poseedor que creyéndose propietario le dedica sus cuidados y la mantiene en producción, prevalece el interés de este último a la adquisición de los frutos (110).

La idea de que los frutos se conceden al poseedor en razón de su trabajo se encuentra ya en las fuentes romanas (*pro cultura et cura*, Inst. 2.1.35), de donde pasó a las "Partidas" ("la obra y el trabajo que llevó en los frutos": P. 3.28.39) (111), y en general al Derecho común, donde a menudo sirvió para negar al poseedor los frutos naturales (*vid. supra* núm. 1). Pero ya advirtió Pothier que *pro cultura et cura* debía entenderse *enunciative*, no *restrictive*. Dicho de otro modo: la referencia a la actividad de gestión útil sirve para determinar la *ratio*, no para explicar el mecanismo de la adquisición. Atribuyendo la totalidad de los frutos al poseedor de la cosa madre se pretende tutelar al autor de la actividad de gestión, teniendo en cuenta la normal coincidencia de las dos posiciones (112), pero no se excluye la aplicación de la norma cuando eventualmente está coincidencia no se produzca.

La negación de los frutos al poseedor de mala fe —que podría alegar en su favor la realización del mismo interés social del mantenimiento en producción de los bienes poseídos— se explica del siguiente modo: la protección acordada a la gestión activa y productiva debe ceder ante valores que, desde el punto de vista del Ordenamiento vigente, son de superior entidad, en particular la acepta-

(*Jahrbücher für die Dogmatik*, vol. 12 (1873), pág. 320). Para la crítica de esta doctrina, *vid. Scuto, Riv. Dir. civ.*, 1915, pág. 340. Superfluo añadir que el artículo 451 C. c. en modo alguno puede considerarse un corolario del artículo 464.

(110) *Cfr. MANRESA*, IV, pág. 276; *MUCIUS*, VIII, pág. 445; *FEBRERO-GARCÍA GOYENA-AGUIRRE*, I (1882), pág. 201, núm. 800 (premio a la laboriosidad); *vid. MORALES MORENO, Posesión y usucapión*, pág. 32, nota 80. En la doctrina italiana, defiende especialmente que la atribución de los frutos al poseedor tenga por causa el trabajo, *BARASSI*, I, pág. 311 (*cfr. II*, págs. 300-301). *Vid.* también *MOSCO, I frutti*, págs. 249 ss.

(111) Todavía el Tribunal Supremo, en S. 29 abril 1885 (*Jurispr. civ.*, t. 57, pág. 187; *Fernando Arias de Saavedra y Smith c. María de la Concepción, Evarista y Dolores Gómez Bonavía*), niega los frutos de una capellanía porque las demandadas que los pretenden "no hicieron en ellos la obra y el trabajo que exige P. 3.28.39 para hacerlos suyos". Pero ya la de 17 mayo 1893 (*Jurispr. civ.*, t. 73, pág. 749; *Antonio Zoilo García Férriz c. Cristóbal Amorós Sarrió*), en un caso muy similar y también sobre frutos de una capellanía (para el Derecho anterior al Código civil, pero ya publicado éste) sienta la doctrina contraria, pues el derecho a los frutos, dice, emana "de la misma posesión".

(112) *BARCELLONA, Frutti*, pág. 234.

ción del orden jurídico de distribución de la propiedad de los bienes. Ahora bien, la mala fe del poseedor se enfrenta subversivamente contra este valor básico. Ante este ataque a uno de los pilares del Ordenamiento jurídico la consideración de la conveniencia de que los bienes produzcan conforme a su destino y en utilidad de la sociedad debe sucumbir.

Es a la vez innecesario e insuficiente configurar la posesión de buena fe como una "propiedad ficticia", o "fingida", o "aparente" (una especie de "dominio bonitario", se ha dicho alguna vez), argumentando entonces sobre la "analogía objetivamente existente entre el poseedor de buena fe y el propietario" a fin de explicar la adquisición de los frutos por aquél (113). Pero esta indudable "analogía", como explicación del mecanismo de adquisición de frutos resulta demasiado imprecisa; mientras que deja, por otra parte, sin aclarar el juicio de valor en que descansa la preferencia acordada a los intereses del poseedor ("propietario apparente") frente a los del verdadero propietario.

4. DURACION DEL DERECHO A LOS FRUTOS

4.1. EN GENERAL

Siendo el derecho a los frutos esencialmente claudicante, es del mayor interés fijar con precisión los momentos inicial y final.

El momento inicial coincide con el inicio de la posesión en el concepto requerido y con buena fe, por lo que no presenta especial problema. También antes del año el nuevo poseedor tendrá derecho a los frutos, aunque haya otro poseedor que conserve la posesión incorporeal (114).

El momento final viene determinado por tres causas diferentes: pérdida de la posesión, pérdida de la buena fe, e interrupción legal de la posesión.

(113) SCUTO, *Riv. Dir. civ.*, 1915, pág. 351. Acepta una tesis similar MOSCO, *I frutti*, págs. 250-252, citando a CIMALI (*Del possesso per acquisitare i frutti*), el cual (junto a otras muchas otras interesantísimas observaciones sobre la función social de la posesión, págs. 59 ss.) llega a decir (*ibidem*, pág. 72) que el principio que atribuye los frutos al poseedor de buena fe "en lugar de contradecir, antes confirma el otro principio más absoluto de que los frutos pertenecen al propietario: pues propietario en tal caso no es aquel que tiene la simple facultad abstracta, sino, por el contrario, aquel que tiene la conciencia y la actividad de tal".

La equiparación del poseedor al propietario, por lo que hace a los frutos, tiene apoyatura en algunos textos del Digesto: *Quod ad fructus attinet, loco domini paene est*, D. 41.1.48. *Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas*, D. 50.17.136. *Bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id iuris habet, quod dominis praediorum tributum est*, D. 22.1.25.

(114) *Vid. GARCÍA VALDECASAS, La posesión incorporeal del despojado*, RDP, 1946, pág. 423.

Ciertamente, el artículo 451 se refiere tan sólo a la “interrupción legal”, y por ella se entiende generalmente la civil; pero es claro que toda pérdida de la posesión o de la buena fe ha de producir la extinción del derecho a los frutos, pues quien ha dejado de ser poseedor de buena fe no puede reclamar la protección del artículo 451. En cuanto a la cesación de la buena fe, además, *vid.* artículo 452 (115).

4.2. PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

Se pierde la posesión por las causas señaladas en el artículo 460 del Código civil, cuyo detalle no es de este lugar (116). Interesa únicamente su número cuarto, en cuanto que de él resulta que el despojado de la posesión contra su voluntad conserva la posesión incorporal durante un año, plazo durante el cual, en las condiciones que diré, sigue haciendo suyos los frutos como poseedor de buena fe.

La situación está expresamente regulada en este sentido en el Derecho alemán (§ 955, III BGB), para el que Wolff pone el siguiente ejemplo: “Si, por ejemplo, a B, poseedor de buena fe, le roban una yegua de P, y queda preñada en casa del ladrón, el potro que nazca pertenece a B, siempre que logre recuperar la yegua en el plazo de un año o presente la correspondiente demanda dentro de igual término; en cambio, el potro pertenecerá a P, si B deja pasar

(115) *Vid.* ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, 1, pág. 93 (n. 104). Podría pensarse que “interrupción legal” no equivale estrictamente a “interrupción civil”, sino a todas las formas de interrupción, según vienen reguladas por la Ley, especialmente en los artículos 1.943-1948 C. c.: es decir, tanto la interrupción natural como la civil, pues ambas son igualmente “legales”.

Esta interpretación se apoyaría en el artículo 429 Proy. 1851: “El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, mientras no sea interrumpida la posesión, en conformidad a lo dispuesto en la sección primera, capítulo VII, título XXIV, libro III de este Código”. La sección citada (de rúbrica “De las causas que interrumpen el curso de la prescripción”) incluye tanto la natural como la civil. Pero GARCÍA GOYENA, en el comentario al citado artículo 429, remite a los artículos 1.984 ss., excluyendo así implícitamente los anteriores que trataban de la interrupción natural.

En cualquier caso, el citado artículo 429 Proy. 1851 es fuerte argumento para entender reclamados por el artículo 451 C. c., y de directa aplicación, los artículos 1.945 ss. C. c. (ya que no los dos anteriores). Su aplicación no es, por tanto, “como principio interpretativo”, o por analogía, como pretende CONDE-PUMPIDO, en RGLJ, 1952, pág. 194.

SÁNCHEZ ROMÁN (III, pág. 443) entendía que “en este punto el artículo 451 debe entenderse completado y en concordancia con los artículos 1.943 a 1.948”; pero no aclara la aplicación de los artículos 1.943 y 1.944.

La equiparación entre “interrupción legal” e “interrupción civil” es afirmada expresamente por los Anotadores de WOLFF (en Enneccerus), *Derecho de cosas*, I, pág. 519; y claramente por ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. I, págs. 92, 93 y 146 (n. 62).

(116) *Vid.* recientemente (en especial para los núms. 1.º y 4.º del artículo 460) MORALES MORENO, *Posesión y usufructo*, págs. 304-343.

el plazo. Mientras aquel tiempo penda, P. tiene la propiedad del potro, perdiéndola luego (en su caso) con efecto retroactivo". Sus anotadores observan: "Los artículos 451, apartado 1, 460, núm. 4.^o, 466 y 1.944 abonan igual conclusión" (117).

En efecto, también en nuestro Ordenamiento el poseedor despojado tiene derecho a los frutos, siempre que recupere la posesión corporal en el plazo del año (118). Además de los artículos citados del Código civil, inclina en este sentido el artículo 1.658 Lec., que señala que la sentencia que declare haber lugar al interdicto por haber sido despojado el demandante condenará al demandado, entre otras cosas, a la "devolución de los frutos que hubiere percibido". El abono de frutos al demandante en este caso no puede basarse sino en su calidad de poseedor despojado, pues sólo ella (y no el derecho definitivo que pueda ostentar) ha sido objeto del pleito (119).

Es también pérdida de la posesión adecuada para adquirir los frutos el reconocimiento que el poseedor hiciere del derecho del dueño (art. 1.948), siempre que, aunque persista la posesión, ya no lo sea en concepto que atribuya los frutos (120).

4.3. PÉRDIDA DE LA BUENA FE

La pérdida de la buena fe, disciplinada en el artículo 435 del Código civil (*vid. supra*, núm. 215), es una cuestión de hecho, de libre apreciación por los tribunales, absolutamente independiente —en mi opinión— de los efectos de la interposición de la demanda. Desde el momento en que se entienda probada la pérdida de la buena fe, el poseedor ha de ser tratado a todos los efectos (frutos, gastos, responsabilidad) como de mala fe; mientras que, según veremos, es distinta la situación del poseedor de buena fe demandado.

(117) WOLFF (en Enneccerus), *Derecho de cosas*, vol. I, pág. 441; sus Anotadores, *ibídem*, pág. 449.

(118) Cfr. GARCÍA VALDECASAS, *La posesión incorporal del despojado*, RDP, 1946, pág. 423. Parece apuntar a la misma conclusión GARCÍA CANTERO, *Concepto de frutos en el Código civil español*, RDN, IX-X, 1955, página 178 (n. 30 bis). Contra, si no lo entiendo mal, DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, pág. 233 (n. 8).

(119) Sobre la restitución de frutos ordenada en el artículo 1.658 LEC, *vid. DIEGO LORA*, *La posesión y los procesos posesorios*, vol. II, págs. 381 y 386-387.

(120) Para esta forma de interrupción de la posesión, *vid.* recientemente —centrado en los efectos respecto de la usucapión— MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, págs. 369-374. Más normalmente a esta interrupción se la considera "civil", pero *vid. ALBALADEJO*, *Derecho civil*, t. III, vol. I, página 146 (n. 62). Merece observarse que la doctrina que se ha ocupado de la "interrupción legal" del artículo 451 nunca ha incluido en la misma la forma de interrupción del artículo 1.948 C. c.

4.4. INTERRUPCIÓN LEGAL DE LA POSESIÓN

4.4.1. *La pretendida relación entre “interrupción legal de la posesión” y pérdida de la buena fe*

En mi opinión, la “interrupción legal” del artículo 451 equivale a la “interrupción civil” de los artículos 1.945-1.947 del Código civil. Así resulta ya de los antecedentes. La regulación separada de la posesión para adquirir los frutos y la posesión para la usucapión se introduce (acertadamente) en nuestro Derecho —a diferencia de su habitual modelo francés— en el Proyecto de 1851, el cual, sin embargo, contiene remisiones expresas de una a otra sede: así el artículo 429 (equivalente al actual 451) remite, en cuanto a la interrupción de la posesión, a la sección titulada “De las causas que interrumpen el curso de la prescripción”. La expresión “interrupción legal” (introducida en el Anteproyecto 1882-1888) equivale entonces a la “interrupción civil” de los artículos 1.945 y siguientes del Código civil (121).

Si esto es así, queda excluido desde el principio que la “interrupción legal” se funde en la pérdida de la buena fe por el poseedor, o suponga tal pérdida o produzca sus efectos. Pues la interrupción civil de los artículos 1.945 y siguientes difícilmente puede relacionarse con la pérdida de la buena fe, ya que el poseedor que la pierda sigue, sin embargo, usucapiendo la cosa (usucapión extraordinaria); y parece metodológicamente más correcto atribuir a la llamada interrupción civil o legal de la posesión el mismo fundamento en todos los casos: fundamento que, por lo dicho, no puede ser la pérdida de la buena fe (122).

La cuestión sobre si es la pérdida de la buena fe el fundamento de la interrupción legal tiene especial importancia práctica, al menos en cuanto que en caso afirmativo coadyuvaría a precisar el momento procesal exacto en que se produce la “interrupción legal”, y determinaría los efectos de esta interrupción. La discusión se mantiene desde antiguo, y la insuficiente claridad del planteamiento explica numerosas declaraciones jurisprudenciales, en sentidos muy distintos y, al menos a primera vista, incompatibles.

La idea de que iniciado el pleito todos los poseedores son de mala fe procede del Digesto, y ha influido, sin duda, en los códigos modernos y en la doctrina y jurisprudencia que los interpretan (123).

(121) *Vid.* nota 115.

(122) Sobre el tema, con distinto criterio, MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, págs. 362-363.

(123) En el Digesto pueden encontrarse textos en diversos sentidos. Suele citarse al respecto D. 5.3.25.7: (*De hereditatis petitione*)... *quoniā post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam. Quanquam enim litis contestatae mentio fiat in senatus consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur, et hoc iure hodie utimur: coepit*

Más exactamente, la idea de que a partir del comienzo del proceso el demandado ha de contar al menos con la posibilidad de que su posesión es injusta (la llamada a veces *quasi mala fides*) se ha considerado como fundamento de la norma alemana o italiana, que hace responsable al demandado por los frutos que pudo percibir según las reglas de una ordenada economía (§ 987 BGB), o empleando la diligencia de un buen padre de familia (art. 1.148 C. c. italiano) (124). Pero a esta idea se superpone la de la retroacción necesaria de los efectos de la sentencia a la fecha en que quedó trabado el pleito, de modo que el demandante no se vea perjudicado por su dilación, antes bien, perciba todo lo que habría percibido de haber sido actuada la ley a su favor en el momento de la demanda (125).

En la doctrina española, para explicar la interrupción legal de la posesión se alude a menudo a la pérdida de la buena fe, si bien, en ocasiones, al lado y de forma subordinada al principio de retroacción de los efectos de la sentencia (126).

En particular, Conde-Pumpido, en trabajo dedicado específicamente a este tema, afirma que "el cese de la percepción de los frutos es debido al cese de la buena fe y no a razones procesales", conclusión a la que se llegaría, según él, sin más que "examinar el primer párrafo del artículo 452 del Código civil. Al hablar de 'frutos pendientes al cesar la buena fe', claramente sienta cuál es la causa del cese de los derechos a que se refiere el artículo 451, con el que concuerda" (127). El argumento no es concluyente, porque el artículo 452

enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur.
Vid. D. 5.3.20.11.

Pero *cfr. D. 5.3.40*, en que Paulo argumenta que si bien, según la oración de Adriano, *post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas* (sin referencia alguna a la pérdida de la buena fe), sería muy duro hacer responder siempre al poseedor del perecimiento de la cosa. Y, en definitiva, distingue entre el ladrón (que responderá en todo caso) y el poseedor de buena fe (obsérvese que a pesar de estar iniciado el pleito): *Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.* Sobre estos textos, rechazando que la mala fe sea consecuencia del litigio, con interesantísimas observaciones sobre el tema en general, SAVIGNY, *Sistema*, trad. cast., 2.^a ed., s. a., t. V. págs. 60 ss.

(124) *Vid. HEDEMANN, Derechos reales*, pág. 244; WOLFF (en Ennecker), *Derecho de cosas*, I, pág. 511 (n. 11); PACIFICI-MAZONI, III, parte I (1915), págs. 113-114; BARASSI, II, pág. 301; GRECO, *Della proprietà*, pág. 408.

(125) SCUTO, *Riv. Dir. civ.*, 1915, pág. 352; GENTILE, págs. 23-24; MONTIEL, *Possesso*, Noviss. Dig. it., t. XIII, pág. 380; PLANOL, RIPERT y PICARD, III, págs. 172-173.

(126) CASTÁN, II, I, págs. 503-504; MANRESA, IV, pág. 270; MUCIUS, VIII, página 446.

(127) CONDE-PUMPIDO, RGLJ, 1952, (t. 191), pág. 186. *Vid.* también las páginas siguientes, en que hace uso de este argumento para fijar el momento procesal en que se produce la "interrupción legal" de la posesión. MARTÍN PÉREZ, *Posesión*, págs. 158-159; DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe*, página 243.

puede referirse a los casos en que, de hecho, cesa la buena fe y, directamente, sólo a ellos (128).

En la jurisprudencia pueden encontrarse expresiones que relacionan la "interrupción de la posesión" con la pérdida de la buena fe, como por ejemplo: "todo poseedor vencido en juicio es de mala fe desde la primera citación judicial, porque enterándose de la demanda sabe lo indebido de su posesión" (129).

Pero, en sentido contrario, también se ha afirmado en numerosas sentencias que la cesación de la buena fe es una cuestión de hecho, apreciando en el caso tal buena fe (o confirmando la sentencia de instancia que la aprecia) a pesar de mediar demanda judicial, e incluso sentencia (no firme). Así, en la Sentencia 28 febrero 1968, en que se considera "demasiado simplista" el punto de vista del recurrente "de que la mala fe haya de deducirse en todo caso del simple hecho de dictarse una sentencia que pone fin a un estado poseitorio, incluso cuando la misma aún no haya ganado firmeza" (130).

(128) Que, además, pueda aplicarse a la hipótesis de la "interrupción legal" de la posesión, es cosa que analizo más adelante. Merece recordarse que el artículo 457 de Anteproyecto 1882-1888, muy similar al vigente artículo 452, comenzaba en su segundo párrafo: "Si en el momento en que cesare la posesión o se interrumpiere la buena fe, hubiere pendientes frutos, etcétera". La "interrupción legal" se incluiría más bien en el "cese" de la posesión.

(129) De la S. (Soc.) 25 octubre 1955 (*Rep. Aranzadi*, núm. 2.879). Las mismas palabras repite la S. (Soc.) 30 octubre 1965 (*Rep. Aranzadi*, número 4.963). En la jurisprudencia de la Sala Primera no he encontrado expresiones tan tajantes. Pueden verse SS. 18 diciembre 1862 (*Jurispr. civ.*, t. 7, página 772), *Antonio Cortés Núñez c. Vicente Pérez Sánchez*; 17 mayo 1893 (*Jurispr. civ.*, t. 73, pág. 749), *Antonio Zoilo García Férriz c. Cristóbal Amorós Sarrió*: "Desde el momento en que se formaliza el pleito por la contestación a la demanda cesa la presunción de buena fe y el derecho del poseedor a hacer suyos los frutos"; 23 noviembre 1900 (*Jurispr. civ.*, t. 90, página 696; *María del Carmen Aragón Azlor, Duquesa de Villahermosa c. María Notivol y otros muchos*): "La interpelación judicial interrumpe de recho la buena fe y la posesión"; 12 marzo 1948 (*Rep. Aranzadi*, núm. 464 bis; *Visco Manuel S. P. c. Fausta J. O.*): "A partir de la contestación a la demanda, momento en que quedó interrumpida la buena fe"; 10 abril 1956 (C.L., t. XLVIII, pág. 282; *Francisco Botella Cremades y María Botella Mira c. José Botella Botella*): "Al contestar la demanda el demandado interrumpió de modo legal con su reconvención la creencia de los demandantes de poseer la finca en concepto de dueños."

(130) S. 28 febrero 1968 (C. L., pág. 727), *Manuel y Antonio Velasco López c. Carlota María Sánchez Pleytes y Jiménez*. Hay que advertir que la declaración transcrita en el texto se hace al efecto de acordar indemnización por los gastos de cultivo hechos en la finca por los aparceros durante el juicio de desahucio. La verdadera razón quizá sea la que la misma S. expresa "a mayor abundamiento": estos gastos deben abonarse también al poseedor de mala fe.

S. 12 noviembre 1929 (*Jurispr. civ.*, t. 191, pág. 162), *Lorenzo y Serafina Fernández Yáñez c. Ramón Fernández Yáñez y Pastor*: "El sólo hecho de oponerse a la demanda la parte condenada, utilizando el derecho de que se cree asistida, no lleva consigo la necesidad de afirmar la mala fe, que es de la libre apreciación del Tribunal".

S. 9 junio 1932 (*Jurispr. civ.*, t. 204, pág. 386), *Sociedad Anónima "Estebanell y Pahisa" c. Síndicos de la quiebra de "Hermanos de F. Vila Sera-*

Esta última es, en mi opinión, la doctrina correcta, siempre que no se niegue sobre esta base el efecto de "interrupción legal de la posesión" que tiene la interposición de la demanda (aunque no produzca pérdida de la buena fe), y con ello la cesación del derecho a los frutos por el poseedor (aunque siga siendo de buena fe).

Por otra parte, son también varias las sentencias que aplican conjuntamente los artículos 451 y 1.945, entendiendo este último como complemento o interpretación del primero; lo que lógicamente implica prescindir de toda cuestión sobre la pérdida de la buena fe, que carece de sentido respecto del artículo 1.945 (131).

4.4.2. *Momento preciso en que se produce la interrupción*

Antes de la publicación del Código civil, las Partidas (P. 3. 28.39) reconocían el derecho a los frutos "hasta que el pleito fue comenzado por demanda e por respuesta"; y el Tribunal Supremo, en los últimos tiempos de vigencia de las Partidas, señalaba como

rols: "Ni puede la mala fe nacer de contestar a una demanda reivindicatoria en ejercicio de un derecho".

S. 20 febrero 1959 (*Rep. Aranzadi*, núm. 1.071), *Félix de la R. G. c. José y Manuel de C. G.*: El recurrente denuncia "la infracción, por el concepto de violación, de los artículos 433, 435, 451, 1.945 y 1.950 del Código civil, entendiendo que si bien la buena fe del señor La R. pudo legalmente asistirle en los primeros momentos, dicha cualidad dejó de acompañarle, cuando se le hizo conocer los vicios de que adolecía su título de adquisición, ante la demanda de nulidad presentada, quedando por ella interrumpida la buena fe de la posesión, al ser citado para el juicio, momento desde el cual se ha de partir para acordar la restitución de los frutos de las fincas que poseía". El Tribunal Supremo rechaza el motivo, argumentando largamente sobre ser la declaración de buena o mala fe cuestión de hecho, que corresponde decidir al Tribunal de Instancia.

En los casos de las dos sentencias citadas últimamente, sucedía que el demandado poseía en virtud de resolución judicial: providencia de ocupación en juicio de quiebra en el primero, auto en procedimiento judicial sumario (parece ser de declaración de heredero) en el segundo. Ello podría justificar —aunque no lo explica así el Tribunal— que, vencidos en juicio petitorio, no deben restituir frutos desde la "interrupción legal de la posesión", sino tan sólo desde la fecha de la sentencia definitiva.

(131) S. 7 diciembre 1899 (*Jurispr. civ.*, t. 88, pág. 488), *Jaime Fiol y Garán c. Gabriel Real Llabrés*; S. 11 julio 1903 (*Jurispr. civ.*, t. 96, pág. 186), *Juan Pascual López c. Pío Lorente Cebríán*: "Hacen suyos los frutos mientras no sea legalmente interrumpida la posesión, cual lo prescribe el artículo 451 C. c.; que interrumpiéndose ésta por la citación judicial a los poseedores, según se hizo en el presente caso por la demanda origen del pleito, como se dispone en el artículo 1.945 del citado Código, evidentemente desde la contestación de la demanda pertenecen los frutos al actor".

S. 21 mayo 1930 (*Jurispr. civ.*, t. 194, pág. 662), *Jacobo Meio y Novo y la Comunidad de Aguas "Heredamiento de los Príncipes" c. Sociedad de Aguas "Los Guinderos"*: "Interpelación judicial que interrumpe la posesión legal conforme al precepto del artículo 451, en relación con el 1.945"; S. 5 mayo 1964 (*Rep. Aranzadi*, núm. 2.269), *Ricardo B. de V. c. José B. de V.*: el artículo 451 establece que "el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos mientras no sea interrumpida legalmente la posesión, y lo es en forma civil por la citación judicial hecha a aquél, aunque sea por mandato de juez incompetente, según el artículo 1.945 del predicho Cuerpo de leyes".

momento de interrupción la contestación a la demanda (132), o se limitaba a repetir las palabras de la ley (133).

Promulgado el Código, el Tribunal Supremo sigue señalando en numerosísimas sentencias como momento procesal decisivo el de contestación a la demanda, sin explicar en qué funda tal opinión, si bien aludiendo en ocasiones vagamente a la pérdida de la buena fe. La postura del Tribunal no parece basarse sino en una concepción procesal periclitada de la *litis contestatio* (134).

Otras sentencias siguen caminos distintos. Algunas indican que la interrupción legal se produce por la citación judicial, aplicando el artículo 1.945 (135); o se refieren a "la citación y emplazamiento de la demanda, en cuyo momento cambió el carácter de buena en mala fe" (136); o al "emplazamiento para contestar a la demanda, que es la fecha y la nota de la interrupción jurídica de la posesión" (137); o, de forma más imprecisa, a la interpelación judicial (138).

En otras sentencias se considera que los frutos deben abonarse desde la fecha del acto de conciliación, pero, a lo que parece, no por aplicarse el artículo 1.947 —al que no se hace referencia—, sino porque en aquel momento el actor previno al demandado que no le correspondía la posesión en los bienes discutidos (139). Por último,

(132) S. 18 diciembre 1862 (*Jurispr. civ.*, t. 7, pág. 772), *Antonio Cortés Núñez c. Vicente Pérez Sánchez*.

(133) S. 31 diciembre 1890 (*Jurispr. civ.*, t. 68, pág. 840), *María del Carmen Suárez Ponte y Fernández de Cuevas c. Elvira Suárez Ponte y Fernández de Cuevas*.

(134) Las sentencias son muy numerosas y de todos los tiempos. La última que he visto es la de 18 diciembre 1962 (C.L., t. 114, pág. 492), *Francisco Méndez Rubio c. Fundación benéfico-docente "D. Pabío Martín Barrientos"*. No vale la pena citarlas aquí; pueden verse en *CONDE-PUMPIDO, RGLJ*, 1952, págs. 173-174, completado por *ALBALADEJO, Derecho civil*, t. III, vol. I, pág. 149 (n. 64 bis).

(135) SS. 7 diciembre 1899, 11 julio 1903 y 5 mayo 1964 (citadas en nota 131). Las tres casan la de instancia por no haber concedido frutos al demandante; y los otorgan precisamente desde la contestación a la demanda, a pesar de la afirmación de interrumpirse la posesión por la citación judicial. Las SS. (Soc.) 25 octubre 1955 y 30 octubre 1965 (citadas en nota 129) afirman que "todo poseedor vencido es de mala fe desde la primera citación judicial", pero en ambos casos se trata de negar reembolso de gastos de cultivo al arrendatario que continuó poseyendo incluso después de acordado el desahucio.

(136) S. 8 abril 1912 (*Jurispr. civ.*, t. 124, pág. 18), *Luis Barroso Núñez c. herederos de Jacinto Zumalacárregui*.

(137) S. 10 diciembre 1918 (*Jurispr. civ.*, t. 144, pág. 959), *Ayuntamiento de Santa Cruz del Valle c. Ayuntamiento de Lazahita*.

(138) S. 18 marzo 1924 (*Jurispr. civ.*, t. 161, pág. 696), *Pedro Quiroga Acebo c. Manuel, Manuela, José y Francisco Gómez de Teijeiro*.

(139) Así la S. 8 febrero 1963 (C.L., t. 116, pág. 186, segunda sentencia en *Rep. Aranzadi*, núm. 786), *Florencio, María del Rosario, María Cruz, Jesusa y Nicolasa Marimon Jiménez c. María Ochoa Marco*. *Vid. SS. 9 abril 1947 (*Jurispr. civ.*, t. XVIII, pág. 501), Juana Torres Blázquez c. Zacarías Romero Chamorro*, y 14 octubre 1952 (C. L., t. XXVI, pág. 464), *Antonio Bramón Portell c. José Bramón Portell*.

en una sentencia se reconoce virtualidad interruptiva a la reconvenCIÓN formulada por el demandado (140).

Entre los autores, no he visto ninguno que defienda el criterio más abundantemente sustentado por el Tribunal sobre ser la contestación a la demanda el momento en que se interrumpe la posesión. En los primeros comentarios al Código civil, tanto Manresa como Mucius señalan el momento de la citación judicial (141).

Han sido especialmente los procesalistas los que han combatido la doctrina del Tribunal Supremo, señalando todos el error de conceder efectos de *litiscontestatio* —que sólo se explican en el sistema procesal romano— a un acto como el de contestar a la demanda, hoy procesalmente sin relevancia especial. Ahora bien, discrepan en cuanto al momento en que —por razones en gran parte de técnica procesal, en que no hemos de entrar aquí— se considera iniciada la litispendencia. Para unos, tal momento es el de la presentación de la demanda (142); para otros, el de la admisión de aquélla (143); y para los terceros, en fin, el de la citación (144).

En mi opinión, aciertan los primeros; si bien la letra del artículo 1.945 da pie a la última opinión, ya que parece indicar un acto del juez (“aunque sea por mandato de juez incompetente”). En todo caso, la cuestión no es específica de la “interrupción legal de la posesión” del artículo 451, sino que se reconduce a la “interrupción civil” de los artículos 1.945-1.947. En éstos no juega para nada el momento de la pérdida de la buena fe, sino la necesidad de retrotraer los efectos de la sentencia al momento en que quedó trabada la relación procesal: momento que parece ser el de interposición de la demanda, en que el actor ya ha hecho cuanto estaba en su mano (145).

(140) S. 10 abril 1956 (C.L., t. XLVIII, pág. 282), *Francisco Botella Cremades y María Motella Mira c. José Botella Botella*: “Al contestar la demanda el demandado interrumpió de modo legal, con su reconvención, la creencia de los demandantes de poseer la finca en concepto de dueños, interrupción que fue confirmada al ser estimada por el juzgador de instancia la mencionada reconvención, y por su consecuencia carecen los actores del derecho de hacer suyos los frutos percibidos a partir de la fecha de la convención aludida”.

(141) MANRESA, IV, pág. 270; MUCIUS, VIII, pág. 447; este último argumenta: “Es justo que el poseedor no debe perder su derecho a la percepción de frutos hasta que sea vencido en la posesión, pero una vez pronunciado el fallo, es preciso retrotraer sus efectos al instante en que se le interrumpió en aquélla. ¿Qué momento es éste? El de la citación con la demanda”.

(142) GÓMEZ ORBANEJA, en *Instituciones de Derecho procesal*, de Chiovenda, t. I, pág. 178: al actor debe ser dado lo que hubiera percibido de haber sido actuada la ley a su favor en el momento de la demanda judicial (*res cum omni causa*); GUASP, *Comentarios a la LEC*, t. II, vol. I, 1.^a parte, págs. 320-322.

(143) PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal civil*, t. I, págs. 264 y 266.

(144) BECEÑA; PLAZA, *Derecho procesal*, t. I, pág. 387. Para esta discusión puede verse CONDE-PUMPIDO, RGLJ, 1952, págs. 176 ss.; y, con nuevas aportaciones sobre el artículo 1.945 C. c.; MORALES MORENO, *Posesión y usufructo*, págs. 360-365.

(145) ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. I, págs. 148-149. Argu-

4.4.3. La sentencia que produce la interrupción

La interrupción legal se produce realmente por obra de la sentencia —como demuestra el hecho de que no haya interrupción si ésta es absolutoria—, si bien desde el momento anterior (la interposición de la demanda) a que se retrotraen sus efectos. Ha de tratarse de sentencia que declare al demandado desprovisto de todo *ius possidendi* capaz de justificar la adquisición de los frutos, o lo constituya en tal situación, y lo condene a la entrega de la cosa con sus frutos a favor del demandante. Ello puede darse tanto si la acción ejercitada es real como personal (vg. nulidad, anulabilidad, rescisión, cobro de lo indebido). Es dudoso si sólo la que persigue la propiedad de la cosa o un derecho real definitivo sobre ella (juicios petitorios), o también de que pretende la posesión (juicios posesorios). A la tesis afirmativa da pie el artículo 1.947 (“demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada”) (146). Quizá proceda distinguir, dentro de los juicios posesorios, los posesorios pleenarios o sobre la posesión definitiva, de los sumarios o interdictos. Sólo en los primeros el efecto interruptivo de la posesión (que sin duda también tiene la sentencia que pone fin a los segundos) se retrotraería a la interposición de la demanda (147).

En la jurisprudencia, se ha rechazado —en mi opinión sin seguro fundamento— que quien ejercita con éxito la acción de retracto legal tenga derecho a los frutos producidos por la cosa desde la interposición de la demanda (148).

mento a favor de ser la interposición de la demanda el momento en que se interrumpe la posesión proporcionan también los artículos 187 y 651 C. c. En cuanto a la eficacia del acto de conciliación (y aun de otros momentos procedentes a los que podría retrotraerse el efecto interruptivo), *vid.* por todos MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, págs. 355 ss. y 367 ss.

(146) *Vid.* MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, pág. 350.

(147) *Vid.* MUCIUS, VIII, pág. 446. Sobre el “plenario posesorio” *vid.* GARCÍA VALDECASAS, *La posesión incorporeal del despojado*, RDP, 1946, página 422.

(148) S. 10 febrero 1966 (C.L., pág. 264), *Juana Ibáñez Ajuria c. Jacinta Benito Arceo*. La tesis de los recurrentes era la de que cuando en juicio se ejercita con éxito la acción de retracto legal, el actor tiene derecho a los frutos a partir de la interpellación judicial, porque en tal momento cesó la buena fe del titular dominical que se opone a la demanda y frente al cual se acciona, a cuyo efecto citaba los artículos 353, 354, 451, 455, 458 y 1.945 del Código civil; pero el primer considerando de la sentencia afirma que “así esbozado el tema litigioso se advierte la inconsistencia jurídica de tal tesis, pues aunque el derecho de retracto legal es de naturaleza real y como tal susceptible de surtir efecto *erga omnes*, no cabe identificarlo con el dominio, toda vez que éste recae directa, inmediata y plenamente sobre la cosa y sus productos —arts. 348 y 353 del Código civil—, y aquél es de los denominados derechos reales de adquisición, y por ello no alcanza plenitud de efectos hasta tanto que por consecuencia de la sentencia firme que lo reconoce no se opere la modificación jurídica que implica la esencia subrogatoria de tal derecho, cual se establece en el artículo 1.521 del Código civil”.

Como he dicho en el texto, el efecto interruptivo no depende de que la acción sea personal o real. Tampoco la naturaleza constitutiva de la sentencia

Es preciso que el vencedor lo sea por algún título que dé derecho a los frutos: de otro modo no podría pedir su restitución. Puede tratarse de propietario, usufructuario, anticresista, etc.; pero no de titular de servidumbre de paso, ni, probablemente, titular de la nuda propiedad. La sentencia a favor de un comunero produce efectos respecto a todos.

La "interrupción legal" produce efectos relativos a las partes del pleito, sin aprovechar a terceros. Ahora bien, si a consecuencia del pleito el poseedor pierde la posesión, o la buena fe, es obvio que cesa también de forma absoluta su derecho a los frutos (149).

4.4.4. *Resumen y conclusiones*

Será conveniente hacer un resumen de lo expuesto y concluir sobre esta materia de la "interrupción legal de la posesión", especialmente por lo que toca a sus relaciones con la pérdida de la buena fe.

A) Como cuestión de hecho, la buena fe puede perderse o no con la interposición de la demanda: como puede perderse antes —por ejemplo, en las gestiones previas que haga el actor— o nunca. Incluso dictada sentencia contraria puede seguir creyendo sinceramente que la cosa le pertenece (150).

Si con la interposición de la demanda, o en cualquier otro momento y a consecuencia del proceso, el poseedor pierde la buena fe dejando de ignorar que posee la cosa indebidamente, tan pronto haya un acto que lo acredite será tratado como poseedor de mala fe desde el momento en que realmente comenzó a serlo.

B) Otra cosa es que el legislador, precindiendo de la buena o mala fe reales, podría tratar al poseedor demandado *como si* fuera de mala fe, es decir, aplicar la disciplina de ésta a una hipótesis distinta en razón de justicia o de oportunidad. Realmente es en este terreno donde debe plantearse la discusión, y así lo hacen expresamente algunos autores (151); sino que a menudo piensan que el legislador

sería obstáculo, ya que el efecto constitutivo parece que igualmente debiera retrotraerse a la interposición de la demanda en que se ejercita el derecho potestativo al cambio jurídico.

(149) *Cfr.* consideraciones homólogas sobre el tipo de acción que interrumpe la posesión a efectos de la usucapión, en ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. I, pág. 147 (n. 62 bis), y MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, páginas 349-354.

(150) "Bien por estimar ésta (la sentencia) injusta, bien por estimar que no pudo demostrarse en el pleito —por falta de pruebas— la verdad de la razón que le asistía": ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. I, pág. 92.

(151) En particular MUCIUS, VIII, págs. 520-521: "No es idéntica la posición moral del que comenzó a poseer con mala fe y la del que hasta la interpellación judicial ha permanecido en la firme convicción de que poseía la cosa por virtud de razón derecha. El que estuvo poseyendo con buena fe permanece en la incertidumbre hasta que la sentencia se pronuncie y se defina su estado legal. Los vicios pueden ser ostensibles o dudosos; el poseedor, al defenderse, ejercita un derecho, y en esta defensa puede conducirse temerariamente o sin temeridad. ¿Por qué nivelar en la responsabilidad al poseedor de mala fe y al que principió a poseer de buena fe, y, no obstante, la de-

equipara poseedor de mala fe y poseedor demandado, precisamente por la seguridad o probabilidad de que el segundo haya perdido la buena fe, mezclando de este modo los argumentos.

Ahora bien, la aludida equiparación:

a) No resulta de texto alguno.

b) Dada la presunción de buena fe (art. 434 C. c.), el establecimiento de una presunción contraria (*rectius*, una ficción) debería ser especialmente claro, lo que no es el caso.

c) A lo que yo sé, ningún autor, ni el Tribunal Supremo, han deducido la consecuencia que sería ineludible de la consideración como de mala fe del poseedor demandado: es decir, la aplicación de la disciplina de la posesión de mala fe respecto de frutos, gastos, mejoras, deterioros y pérdidas. En particular, en ningún pronunciamiento jurisprudencial se ha deducido otra consecuencia de la pretendida equiparación que el deber de restituir los frutos percibidos: conclusión en rigor incoherente con la premisa, ya que, como poseedor de mala fe, habría de restituir, además, los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir.

De todo ello resulta, en mi opinión, que si bien las consideraciones sobre la *quasi mala fides* en el demandado han podido ser una de las razones que han conducido al establecimiento de la "interrupción legal", ni sirven para explicar cómo y cuándo se produce ésta, ni son de utilidad para aclarar los puntos particulares en que su régimen aparece oscuro, ni determinan el tratamiento jurídico al poseedor demandado.

4.4.5. La situación del poseedor de buena fe demandado.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto, veamos cuál es en verdad la situación del poseedor de buena fe demandado.

Los antecedentes históricos (algunos de ellos) invitan ya a diferenciar el tratamiento del poseedor de buena fe demandado del propio del poseedor de mala fe. Gregorio López se remite al fragmento del Digesto que exime de responsabilidad al poseedor demandado por la muerte (fortuita) del animal poseído (152) para señalar que si bien el poseedor de buena fe *post litem contestatam* se equipara al poseedor de mala fe *quoad restitutionem fructuum*, no es así *quoad periculum interitus* (153). Pero en otro lugar el mismo Gregorio López precisa, con cita de Bártilo, que el abono de los frutos que el reivindicante pudiera percibir procede *in vero male fidei possessore; non secus in ficto cuius mala fides esset inducta per litis contestatio-*

manda interpuesta, aún recela, agitado por las inseguridades de su nebuloso derecho puesto en disputa?" A pesar de lo cual, al menos respecto de la restitución de frutos, considera que ambos están legalmente equiparados.

(152) D. 5.3.40. *Vid.* nota 123.

(153) GREGORIO LÓPEZ, gl. 7 a P. 6.14.4. y gl. 4 a P. 6.14.6.

nem: quia talis tenebitur tantum de fructibus, quos ipse reus percipere potuisset (154).

Por otra parte, en la legislación de Partidas (es decir, en la castellana hasta la promulgación del Código) la equiparación del poseedor de buena fe demandado habría de hacerse, a lo más, con el poseedor de mala fe con título, el cual restituye sólo los frutos que percibió, no los que el vencedor en juicio hubiera podido percibir (155).

El Código civil, que atiende con suficiente cuidado a los efectos de la posesión de buena fe, resuelve en una frase los de mala, y olvida regular la situación del poseedor de buena fe durante la sustentación del pleito. No hay en el Código disciplina específica para este caso. Este supuesto, debe advertirse que no procede la extensión análogica de la propia del poseedor de mala fe, ya que no ha de ser valorada con el mismo criterio la conducta de quien se defiende de una demanda que cree infundada con los medios procesales a su alcance (conducta perfectamente lícita y correcta) y la de quien ilícitamente retiene bienes que sabe que no le corresponden. Ahora bien, tampoco la situación del poseedor demandado es simplemente la de poseedor de buena fe, pues ahora debe contar con la eventualidad de que la sentencia declare que la cosa pertenece a otra persona, y obrar en consecuencia.

A) Por lo que se refiere a los frutos, el vencido en juicio no hace suyos, y deberá entregar, los percibidos desde la interposición de la demanda: así se deduce del artículo 451 *a contrario*, que le atribuye derecho a ellos únicamente mientras no sea interrumpida legalmente la posesión.

En cuanto a los pendientes en el momento de la interposición de la demanda, procede la aplicación analógica del artículo 452, dictado para el caso de cesación de la buena fe: si este trato se da al poseedor que pasa a serlo de mala fe reconocida, con mayor razón al de buena fe que, por haber sido interrumpida legalmente su posesión, no hace suyos los frutos (156).

(154) GREGORIO LÓPEZ, gl. 1 a P. 3.28.40.

(155) *Vid. MANRESA*, IV, pág. 253.

(156) Recuérdese que el art. 457 del Anteproyecto de 1882-1888, casi idéntico al vigente art. 452, se refería alternativamente "al momento en que cesare la posesión (en que puede incluirse la "interrupción ilegal") o se interrumpiere la buena fe". La indudable dificultad de aplicar a este supuesto la posibilidad de opción que al vencedor en la posesión concede el párrafo tercero del art. 452 (pues fácilmente, concluido el juicio, habrán concluido también los cultivos) se produce agravada también en los supuestos en que el art. 452 recibe aplicación directa, es decir, cuando la pérdida de la buena fe es real y anterior, acaso en años, a la interposición de la demanda. *Vid. MANRESA*, IV, págs. 278-279. La solución práctica parece ser permitir la opción al vencedor respecto del pasado, sabido ya el resultado de la explotación gestionada por el poseedor. Lo que equivale a eximir al vencedor de todo pago en caso de que los frutos no hayan alcanzado a los gastos, y parece justo.

En modo alguno abona los frutos "que el poseedor legítimo hubiera podido percibir". Aparte de las indicaciones que en la tradición histórica se encuentran en este sentido, la analogía con el artículo 455 no procede: la obligación en éste impuesta es de carácter resarcitorio del daño ilícito, lo que no conviene al caso del poseedor de buena fe demandado (157).

Son muy numerosas las sentencias que condenan al demandado a abonar desde la "interrupción legal de la posesión", exclusivamente, los frutos percibidos, y no los *percipiendi* (158).

(157) MANRESA, IV, pág. 279: "Los frutos podidos percibir en el período de mala fe son abonables al propietario, porque —como dice un notable comentarista— la condena a abonarlos no es tanto una justa represión de la mala fe, como una legítima consecuencia de la culpa o negligencia del poseedor. En el caso del art. 435 la deducción es cierta. Respecto al poseedor, cuya mala fe no se demuestra, porque sólo nace del pleito mismo en que es vencido, creemos que la ley sólo dice una cosa: percibe todos los frutos hasta la interrupción de su posesión; los devuelve desde esa fecha en adelante, pero sin otra responsabilidad".

Cfr. Mucius (que debe ser el "notable comentarista" aludido), VIII, páginas 520-521, quien, a pesar de considerarlo injusto, tiene por legalmente establecido el abono de los frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir.

(158) S. 7 diciembre 1899 (*Jurispr. civ.*, t. 88, pág. 488), *Jaime Fiot y Garán c. Gabriel Real y Llabrés*. S. 11 julio 1903 (*Jurispr. civ.*, t. 96, pág. 183), *Juan Pascual López c. Pío Lorente Cebrián*. S. 11 mayo 1909 (*Jurispr. civ.*, t. 115, pág. 104), *Juan Gavilán Boiso c. Luis Pérez de Vargas y Castejón, Conde de Gracia Real, y otros*. S. 17 febrero 1922 (*Jurispr. civ.*, t. 155, página 270), *Abogado del Estado c. Melitón Valle Ruiz, y otros*. S. 18 marzo 1924 (*Jurispr. civ.*, t. 161, pág. 696), *Pedro Quiroga Acebo c. Manuel, Manuela, José y Francisco Gómez Teijeiro*. S. 21 mayo 1930 (*Jurispr. civ.*, t. 194, pág. 662), *Jacobo Melo y Novo y la Comunidad de Aguas "Heredamiento de los Príncipes" c. Sociedad de Aguas "Los Guinderos"*. S. 12 marzo 1948 (*Rep. Aranzadi*, núm. 464 bis), *Vasco Manuel S. P. c. Fausta J. O. S.* 10 abril 1956 (C.L., t. XLVIII, pág. 282), *Francisco Botella Cremades y María Botella Mira c. José Botella Botella*. S. 18 diciembre 1962 (C.L., t. 114, página 492), *Francisco Méndez Rubio c. Fundación benéfico-docente "D. Pablo Martín Barrientos"*. S. 8 febrero 1963 (C.L., t. 116, pág. 186; segunda sentencia *Rep. Aranzadi*, núm. 786), *Florencio, María del Rosario, María Cruz, Jesusa y Nicolasa Marimón Jiménez c. María Ochoa Marco*.

Hay dos sentencias en que, por el contrario, se condena también al abono de los frutos podidos percibir (S. 12 octubre 1901, *Jurispr. civ.*, t. 92, pág. 290; *Antonio Tapiol c. Rosa Durán*), o a los que el poseedor legítimo hubiese podido percibir (S. 17 marzo 1964, *Rep. Aranzadi*, núm. 1.681; *Elías G. L. c. Manuel G. L. y Antonio F. de la V.*). Su peso podría ser decisivo en sentido contrario al defendido en el texto, pues podría pensarse que en todas las anteriores citadas no se habían pedido sino los frutos percibidos, o no se había demostrado que el vencedor en la posesión los hubiera percibido en mayor cantidad. Pero no es así. En la de 12 octubre 1901 la afirmación no parece tener ninguna trascendencia en el pleito, que además se refiere al poseedor de herencia en el Derecho catalán (con aplicación del Derecho romano). La de 17 marzo 1964 es mucho más importante, ya que casa la de instancia precisamente porque no concedió los frutos que el demandante hubiera podido percibir durante la sustanciación del pleito (se trataba de una casa que el demandante, con anterioridad a su desposesión, explotaba como hotel, y que el demandado vencido utilizó para su uso: la diferencia era considerable). Pero se trata de recurso de casación en ejecución de sentencia,

Además de abonar los frutos percibidos, responderá por los que, pudiendo, dejó de percibir por negligencia o malicia. Ante la eventualidad de que no sea suya, ha de proceder con la diligencia del buen padre de familia en el gobierno de la cosa disputada. En el Derecho alemán se le hace responsable de los frutos que pudo percibir según las reglas de una ordenada economía (§ 987 BGB); en el italiano, el criterio es la diligencia de un buen padre de familia. Ante la ausencia, en el español, de una norma específica, puede basarse su deber de gestión diligente en el criterio de la gestión de negocios ajenos (dada la conocida posibilidad de que lo sean) (159), o bien en la exigencia general de buena fe en el ejercicio de los derechos (art. 7-1 C. c.), en este caso, el de la posesión, que sin duda se sigue ejerciendo, a pesar de haber sido "legalmente interrumpida".

B) Respecto de la responsabilidad por deterioro o pérdida de la cosa poseída durante la sustanciación del pleito (160), debe rechazarse que su situación sea la del poseedor de mala fe regulada en la segunda parte del artículo 457, pues la responsabilidad "en todo caso" que se le impone (dejando ahora los problemas de la interpretación de esta segunda parte del artículo) conviene a quien ha cometido un ilícito (*cfr.* arts. 1.185 y 1.896 C. c.), pero no a quien defiende en juicio por los medios adecuados el derecho que cree pertenecerle.

Más aún: precisamente la extraña regla del primer párrafo del artículo 457 ha llevado a parte de la doctrina a pensar que está dictado precisamente para el poseedor de buena fe demandado, cuya responsabilidad será, por tanto, muy distinta a la del poseedor de mala fe. No entro a juzgar sobre lo bien fundado de esta interpretación en todos sus extremos —pues es materia difícil que excede el contenido específico de este trabajo—, pero la traigo a colación por poner de relieve la conciencia más o menos clara, pero indudable, que hay en la doctrina respecto del diferente tratamiento debido al poseedor demandado y al de mala fe.

Para Manresa, "el artículo 457 sólo tiene en esta parte una explicación posible. El Código llama poseedor de buena fe al que la ha tenido hasta el momento del litigio, aun suponiendo que por la citá-

y la sentencia firme que se ejecutaba había dispuesto que "los demandados deben restituir al actor los frutos de la cosa litigada, como poseedores de mala fe desde el momento de la presentación de la demanda hasta su efectiva restitución"; de manera que el Tribunal Supremo casa por no ajustarse lo ejecutado a lo dispuesto en la sentencia firme, sin que ello implique toma de posición del Tribunal Supremo sobre la corrección del criterio de la sentencia ejecutada (que, por lo demás, podría ser perfectamente correcta —de acuerdo con los criterios aquí mantenidos— si se basaba en la apreciación de la pérdida efectiva de la buena fe del demandado desde la demanda).

(159) Lo sugiere BARASSI (II, pág. 384 y nota 9) para el Derecho italiano, en el que el problema no es la falta de disposición legal, sino la fijación de su fundamento; *contra* MONTEL, *Possesso*, Noviss. Dig. it., t. XIII, pág. 380.

(160) Además del precedente de D. 5.3.40 y la doctrina de GREGORIO LÓPEZ citada anteriormente, *Cfr.* SCUTO, *Riv. Dir. civ.*, 1915, pág. 352.

ción pierda ese carácter, cosa discutible: sigue llamándole poseedor de buena fe para distinguirle del que siempre la tuvo mala o la perdió anteriormente. El artículo 457 se refiere a ese poseedor de buena fe que, ante el despecho o la convicción de perder lo que se había acostumbrado a mirar como suyo, intencionadamente destruye la cosa, la oculta, deteriora, etc., en el período que media desde la citación hasta la entrega, cuando ya puede sostenerse que es poseedor de mala fe. Alguna razón hay, porque esta mala fe dudosa es obra de una ficción, pues en realidad, hasta que la sentencia se hace firme, el poseedor puede seguir creyendo que la cosa es suya; tal vez por eso sólo pena el artículo 457, en ese caso, el dolo, la intención injusta, el propósito de perjudicar" (161).

García Valdecasas recoge esta doctrina, si bien considera que el poseedor de buena fe demandado no sólo debe responder del dolo, sino también de la culpa, pues aunque siga creyendo en su derecho, existen fundados motivos para temer la lesión de un bien ajeno (162).

La responsabilidad por culpa no puede derivarse del artículo 457, pero sí quizás de las mismas razones antes apuntadas (gestión de negocios, buena fe).

C) Por último, una observación sobre gastos y mejoras. Ni la disciplina del poseedor de buena fe, ni la del de mala parecen aplicables. La primera, por suponer en el poseedor conciencia plena de gastar o invertir sobre cosa propia, sin atender a otros criterios que los de su conveniencia; la segunda, por suponer, asimismo, el conocimiento pleno de estar gastando en cosa ajena. Quizás aquí el mejor criterio sea el de la buena fe, que permitirá al poseedor demandado hacer determinadas mejoras útiles que razonablemente haría cualquier propietario, o el concreto demandante; e impide a éste eximirse del pago de las que se hicieron si resultan luego redundar en su provecho.

5. ABONO DE FRUTOS POR EL POSEEDOR DE MALA FE

5.1. INSUFICIENCIA DEL PUNTO DE VISTA TRADICIONAL

Dispone el artículo 455 del Código civil en su inicio: "el poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir". La doctrina no ha dedicado atención especial a este precepto, verosímilmente por considerarlo mera consecuencia de las normas sobre adquisición de frutos. Los frutos se consideran propiedad —por accesión— del dueño de la cosa fructífera: esta es la idea directriz de los artículos 353-357 del Código civil.

(161) MANRESA, IV, pág. 291. *Vid.* también pág. 293. *Cfr.* SÁNCHEZ ROMÁN, III, pág. 450.

(162) GARCÍA VALDECASA, *La posesión*, Granada, 1953, págs. 48 y 55.

Se piensa entonces que la restitución de los frutos se basa precisamente en que quien los reclama es su propietario. Desde este punto de vista, los artículos 451 y 455 (párrafo primero) serían dos caras de la misma moneda: el poseedor de buena fe hace suyos los frutos; no así el poseedor de mala fe, y por ello ha de restituirllos a su dueño. Ello concuerda con el punto de vista del Derecho romano y común: en la acción reivindicatoria (o en la *hereditatis petitio*) la cosa debe restituirse *cum omni causa*; y en la *causa rei* se comprenden los frutos considerados como accesión de la cosa fructífera. Así ha pasado, de manera particularmente clara, al Derecho alemán, en que el tema de la restitución de frutos aparece como una parte de la disciplina de la acción reivindicatoria (§§ 987 y siguientes BGB) (163). En este planteamiento, es claro que el precepto sobre abono de frutos por el poseedor de mala fe carece de entidad autónoma (164).

Ahora bien, analizadas las cosas más de cerca, se llega a una conclusión sustancialmente diversa, con notables consecuencias tanto práctica cuanto para la construcción teórica de la disciplina de los frutos y de la posesión.

Trataré de mostrar a continuación que el artículo 455, es su párrafo inicial, no se ocupa de la propiedad de los frutos, ni la obligación de abonarlos se basa en que el actor la tenga, sino que establece una deuda de valor a pagar en dinero, para cuyo cálculo ofrece dos módulos alternativos: el valor neto de los frutos percibidos, y el de los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir; basados a su vez en dos distintas ideas justificativas: la de la represión del beneficio obtenido por hecho ilícito, y la de resarcimiento del daño consistente en la privación del goce de la cosa.

La idea tradicional de que los frutos forman parte de la *causa rei* sigue, no obstante, viva en nuestro Derecho, haciendo que la obligación de abono de frutos aparezca como accesoria de la de restituir la posesión de la cosa fructífera, con las consecuencias que veremos.

(163) *Vid.* WOLFF (en Enneccerus), *Derecho de cosas*, vol. 1.º, páginas 508 ss.; HEDEMANN, *Derechos reales*, págs. 243 ss.

(164) BARCELLONA (*Frutti*, Enciclopedia del Diritto Giuffrè, t. XVIII, págs. 218 ss.), en su agudísimo intento de reconstrucción del supuesto de hecho que produce la adquisición de los frutos, y del fundamento de la pretensión a su restitución, observa cómo a los ojos de la doctrina adquisición y restitución se presentan indiferentemente, en el sentido de que debe restituirse lo que otro ha adquirido en propiedad, y viceversa, que corresponde a título de propiedad todo lo que forma el objeto de la restitución. En definitiva, la doctrina parece entender que el contenido de lo adquirido se infiere de las reglas de la restitución y, recíprocamente, que el fundamento de la restitución se encuentra en la disciplina de la adquisición de los frutos. Esta forma de ver las cosas —objeta— se acoge por la doctrina de forma absolutamente acrítica. Las páginas que siguen deben mucho a su planteamiento del tema sobre nuevas bases.

5.2. OBLIGADO AL ABONO DE FRUTOS: EL POSEEDOR DE MALA FE

Está obligado al abono de frutos todo poseedor de mala fe (165). El problema surge en caso de concurrencia de varias posesiones, en distinto concepto, sobre la misma cosa. No sirve el criterio de quién perciba realmente los frutos, pues fácilmente resultará que el poseedor inmediato haga suyos los frutos naturales y el mediato los civiles; y en todo caso, que el mediato deba responder por los que “el poseedor legítimo hubiera podido percibir”, incluso cuando el poseedor inmediato, por ser de buena fe, hace suyos los frutos (naturales) separados. Pensando que el abono de frutos por el poseedor de mala fe tiene carácter indemnizatorio por la privación del goce de la cosa, estarán obligados al mismo el o los poseedores mediatos o inmediados de mala fe (respecto del actor); en caso de ser varios, probablemente de forma solidaria. Al poseedor mediato no aprovecha la buena fe de su mediador (ni se liberaría pagando los frutos civiles que eventualmente percibe de éste) (166).

El mediador de mala fe, e incluso el mero detentador, estarían también obligados: únicamente puede dudarse en el caso de que el poseedor mediato sea de buena fe, pues entonces parece que su derecho *ex artículo 451* a hacer suyos todos los frutos excluye toda reclamación frente a poseedores inferiores (aun de mala fe frente al actor) que de él traen causa (167).

En la jurisprudencia, la Sentencia 23 junio 1911 consideró obligado al abono de frutos al Estado que se incautó de ciertos montes haciéndolos figurar en los catálogos de los del Estado, a pesar de que había cedido su aprovechamiento a un Ayuntamiento mediante el pago de un canon (168).

(165) Incluido quien, “teniendo un derecho de posesión, percibe los provechos más allá de lo que permite su derecho”: WOLFF (en Enneccerus), *Derecho de cosas*, I, pág. 509; sus *Anotadores*, *ibidem*, pág. 518.

(166) *Vid. BARCELLONA, Frutti*, págs. 225 ss.; SACCO, *Possesso*, pág. 115.

(167) Esta es la solución del Derecho alemán. *Vid. supra*, nota 56. Para el Derecho italiano *vid.*, en este sentido, BARASSI, II, págs. 385-386.

(168) S. 23 junio 1911 (*Jurispr. civ.*, t. 121, pág. 828), José Pérez de Guzmán, como gerente de la Compañía de minas y fábrica de hierro de Pedroso c. la Hacienda pública, representada por el Abogado del Estado.

El arrendatario que trata de poseer en concepto de dueño, si no logra intervertir el título, no está obligado al abono de frutos (a pesar de su mala fe), sino al pago de las mercedes no prescritas. Tal es la doctrina de la S. 15 enero 1915 (*Jurispr. civ.*, t. 132, pág. 83; Julián García Foronda c. Braulio Herrero Villanueva), que casa la de instancia “porque habiéndose fundado el fallo recurrido para rechazar la existencia de la prescripción extraordinaria en la negación al recurrente del carácter de poseedor en concepto de dueño, y atribuïdole el de arrendatario, es indudable que como tal sólo viene obligado a satisfacer el precio del arriendo de las cinco últimas anualidades, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1.966”. (*Vid.*, sin embargo, S. 13 noviembre 1944). La S. 9 abril 1926 (*Jurispr. civ.*, t. 170, pág. 618; Jaime Frigola Paradas c. Juan Colomer Pou) confirmó la de instancia que condenó al abono de “los frutos o alquileres que debió producir” la casa habitada por el demandado que comenzó siendo poseedor en precario, desde que promovió expe-

Sobre la mala fe del poseedor —además de lo dicho *supra*, número 214— conviene mencionar la doctrina jurisprudencial que la considera “cuestión de hecho” cuya declaración compete al Tribunal de instancia; son numerosas las sentencias que, además, requieren una expresa declaración de mala fe por el juzgador, de manera que, en ausencia de tal declaración expresa, el Tribunal Supremo casa la sentencia que impone abono de frutos (169).

5.3. PROPIEDAD DE LOS FRUTOS Y OBLIGACIÓN DE ABONARLOS

He afirmado anteriormente que el abono de frutos no puede entenderse como consecuencia de que su propiedad corresponda al vendedor en la posesión. Para comprobarlo, analizaré sucesivamente los distintos tipos de frutos que el poseedor de mala fe puede estar obligado a abonar.

diente posesorio alegando de mala fe su posesión en concepto de dueño, para lo que inventó una donación inexistente.

(169) S. 10 diciembre 1918 (*Jurispr. civ.*, t. 144, pág. 959; *Ayuntamiento de Santa Cruz del Valle c. Ayuntamiento de Lanzahíta*): “La mala fe en la posesión del terreno reivindicado constituye una cuestión de hecho de la competencia del Tribunal sentenciador, cuya declaración, no estimándola la Sala, no existe al efecto legal” (casa la de instancia por haber condenado al abono de frutos anteriores a la demanda).

S. 18 marzo 1924 (*Jurispr. civ.*, t. 161, pág. 696), *Pedro Quiroga Acebo c. Manuel, Manuela, José y Francisco Gómez Teijeiro*: “Es indispensable que el Tribunal sentenciador haga expresa declaración sobre este extremo, estableciendo que es tal poseedor de mala fe, y no habiéndolo hecho así, debe tenerse a los demandados como poseedores de buena fe y condenárseles sólo a la restitución de los frutos percibidos desde la interpellación judicial, según lo dispuesto en el artículo 455” (ha lugar el recurso).

S. 12 marzo 1948 (*Rep. Aranzadi*, núm. 464 bis), *Vasco Manuei S. P. c. Fausta J. O.*: “No habiéndose hecho declaración expresa de la mala fe de la demandada, como según doctrina jurisprudencial reiterada sería necesario para que pudiera serle de aplicación lo prevenido en el artículo 455, ha de estarse a su buena fe en la posesión de los bienes”.

S. 8 febrero 1963 (C.L., t. 116, pág. 186, segunda sentencia en *Rep. Aranzadi*, núm. 786): “Es indispensable que el Tribunal sentenciador haga expresa declaración sobre este extremo, estableciendo que es tal poseedor de mala fe, y no habiéndolo hecho así, debe tenerse a los demandados como poseedores de buena fe y condenárseles sólo a la devolución de los frutos percibidos desde la interpellación judicial —S.S. de 20 octubre 1908, 18 marzo 1924 y 12 marzo 1948—”. (De la segunda sentencia): “No habiéndose imputado a la demandada mala fe en la posesión de los bienes reclamados, ni habiéndola estimado la sentencia de 1.^a instancia, resulta evidente que no la podía condenar al pago o devolución de los frutos producidos por los bienes reclamados, más que a partir de la fecha en que fue interpellada judicialmente”.

S. 1 febrero 1964 (C.L., pág. 43), *José de León Prieto c. Tomás de Armas Quintero*.

Cierto matiz distinto introduce la S. 24 abril 1961 (*Rep. Aranzadi*, número 1.835), *Angela G. R. c. Fernando P. R.* La declaración de mala fe no habrá de ser necesariamente formal y literal, sino que bastaría con que se dedujera con claridad del tenor de la Sentencia: “Si bien no contiene la sentencia una declaración expresa de mala fe, de la totalidad de su contenido se desprende indudablemente una afirmación de su existencia; es evidente que la condena de devolución de frutos entraña una declaración tácita de posesión de mala fe”.

5.3.1. *Frutos naturales percibidos*

El de los frutos naturales (con cuya denominación entiendo aquí también los industriales) es el supuesto tomado como punto de partida en la teorización sobre el abono de frutos, ya que es también históricamente el primero. Los datos referidos al mismo —o, mejor, a ciertos subcasos del mismo— son los que, generalizados acríticamente, desembocan en la consideración tradicional de los frutos como propiedad de quien los reclama.

Colocándonos de momento en el punto de vista más desfavorable a la tesis aquí mantenida, tendríamos que, en efecto, el propietario de la cosa fructífera lo es también de los frutos naturales producidos por la misma, de modo que podría reivindicarlos o, en ciertos casos, pedir por acción personal su entrega *in natura*.

Ahora bien, la lógica de la acción reivindicatoria sobre los frutos naturales tendría como consecuencia el abono del precio de los vendidos, o del valor de los consumidos, en el momento de la enajenación o del consumo; y en la lógica del crédito de cosa cierta debería aplicarse la disciplina de la pérdida de la cosa con o sin culpa del deudor. No parece que nadie haya pretendido nunca tal cosa, sino que, por el contrario, es doctrina común que la restitución *in natura* ha de hacerse únicamente de los frutos existentes todavía en manos del poseedor de mala fe, mientras que por los perdidos y los consumidos (incluidos los enajenados) habrá de abonarse su valor en el momento de la reclamación, sin pretender la reconstrucción de las vicisitudes de los frutos (en cuanto cuerpos ciertos) que se perdieron, consumieron o enajenaron (170).

La reivindicación o la pretensión de entrega de los frutos como *res certae* quedaría así reducida a los frutos naturales existentes. Respecto de ellos, la posibilidad teórica de tales pretensiones puede admitirse; advirtiendo inmediatamente la dificultad de su actuación y su escaso sentido práctico, ya que comportarán la exigencia de identificar los frutos reclamados (lo que puede resultar muy difícil), sin que se vea cuál puede ser en general el interés de una tal pretensión, siendo los frutos cosas fungibles, que el actor nunca ha poseído y que

(170) Esto viene a decir MANRESA (IV, pág. 276): "Los frutos existentes han de devolverse; respecto a los perdidos, consumidos o podidos percibir ha de abonar su importe al propietario". Con mayor rigor, WOLFF (en Enneccerus), *Derecho de cosas*, I, págs. 510-511. Sus anotadores (*ibidem*, pág. 519) observan que el término "abonará" (en el art. 455 C. c.) es ambiguo, por lo que lo mismo puede referirse a una pretensión real que a otra personal. Sin querer dar por mi parte demasiada importancia a este apoyo textual, realmente el término "abonará" (sobre todo teniendo en cuenta que el Proy. 1.851 decía "restituirá", que es el término en general usado en otros Códigos), inclina por la naturaleza personal y dinararia de la prestación. *Vid.* el uso del verbo "abonar" en los artículos 453, 454 y 455 (gastos que se abonan o no); 458 ("abonar mejoras" sólo puede significar abonar —en dinero— el costo o el valor de las mejoras; homólogamente diríamos para el "abono de frutos"); 1.898 y 1.533 (en este último el abono de frutos no puede imaginarse sino en dinero).

no parece que hayan de importarle sino como valor económico (no en cuanto *corpora*).

Ni siquiera en el ámbito ya muy limitado de los frutos naturales existentes puede decirse que siempre sean propiedad de quien tiene derecho a su abono: así, cuando el poseedor de mala fe lo es mediato, siendo su mediador posesorio de buena fe (vg., en concepto de dueño y de arrendatario, respectivamente), el segundo hace suyos los frutos naturales, sin que ello exima al mediato del abono de su valor.

Sobre todo, tanto la praxis de los Tribunales como las normas procesales sobre liquidación de frutos reflejan una concepción distinta, en que lo que se pide y otorga en concepto de frutos (naturales percibidos) es una cantidad de dinero calculada de determinada forma, como parte de la liquidación conjunta de la situación posesoria (es decir, liquidación de frutos, gastos, mejoras, pérdidas y menoscabos).

Según el artículo 360 Lec., “cuando hubiere condena de frutos, intereses, daños o perjuicios se fijará su importe en cantidad líquida o se establecerán, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. Sólo en el caso de no ser posible ni lo uno ni lo otro, se hará la condena a reserva de fijar su importancia y hacerla efectiva en la ejecución de la sentencia”.

Como puede verse, el legislador presupone que la condena en frutos se resuelve en el abono de una cantidad de dinero. A regular esta liquidación en ejecución de sentencia (cuando ésta condenare al pago de frutos en cantidad ilíquida, señalando o no las bases para su liquidación), acuden los artículos 932 y siguientes Lec. (171).

En la doctrina extranjera, se dice que la obligación de abonar los frutos percibidos que no están *in natura* es una deuda de valor, debiendo calcularse el valor de los frutos en el momento del pago (172).

Este es el criterio del artículo 947 Lec., según el cual (173) “la reducción de los frutos a metálico se hará por el precio medio que tuvieren en el mercado del lugar donde deba verificarse la entrega, y en su defecto en el más próximo, el día fijado en la sentencia, y si en ésta no se determinare, el del cumplimiento de la misma”.

Se ha suscitado en alguna ocasión si deberá el poseedor obligado a pagar frutos pagar también intereses sobre los frutos y desde qué momento. En la doctrina italiana suele sostenerse que la obligación

(171) Sobre su aplicación en la deuda de frutos *ex art. 455*, *vid. S. 6 diciembre 1899 (Jurispr. civ., t. 88, pág. 477)*, *Abogado del Estado c. Ramona Muñoz y otras*.

(172) GRECO, *Della proprietà*, pág. 408; MONTEL-PROTETTI, *Possesso e azioni possessorie*, pág. 377 (con cita de sentencias italianas). Establece que el valor de los frutos ha de estimarse en la fecha del pago el artículo 539 Cód. civ. francés (reformado en 17 mayo 1960).

(173) “Cuando por haber condenado la sentencia al pago de una cantidad determinada de frutos en especie, si el deudor no los entrega en el plazo fijado, deban reducirse a metálico” (art. 947-1 LEC); pero el criterio para esta reducción a metálico debe generalizarse a todos los casos en que proceda esta reducción.

de intereses nace desde el día de cada una de las adquisiciones de frutos (174). Esta idea parece incompatible con la de la valoración de los frutos al precio corriente en el momento de su pago. En todo caso, no está de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre no deberse intereses por cantidades ilíquidas, y ha sido rechazada con este fundamento por el Tribunal Supremo (175).

Recapitulemos los resultados hasta aquí obtenidos. Puede suceder en ocasiones que quien reclame frutos naturales tenga propiedad sobre ellos. Pero esta posibilidad contingente no puede fundar de manera unitaria la obligación de abonarlos en todos los casos. De otra parte, la obligación establecida en el artículo 455 parece resolverse siempre en el pago de una cantidad de dinero, para cuyo cálculo se utilizan ciertos criterios que contrastan con la lógica de la acción reivindicatoria o de la pretensión de restitución de cosa determinada.

Estos resultados se verán corroborados al analizar los frutos civiles y los *fructus percipiendi* como "objeto" de restitución, y al comprobar posteriormente que la cantidad debida como "frutos percibidos" es el beneficio neto efectivamente retraído por el poseedor de la cosa fructífera, lo que excluye definitivamente que la pretensión de abono de frutos *ex artículo 455* tenga, en ningún caso, como objeto los frutos percibidos en cuanto *corpora*.

5.3.2. Frutos civiles

La pretensión de abono de los frutos civiles percibidos por el poseedor de mala fe no puede fundarse nunca en la propiedad que de ellos tenga el vencedor en la posesión. Todo fruto civil es un derecho de crédito. Cuando éste ha nacido en cabeza del poseedor, ni la titularidad del crédito, ni menos aún la propiedad del objeto de la prestación, corresponden a quien tiene derecho a los frutos *ex artículo 455*. La atribución de los frutos civiles al vencedor en la posesión se resuelve en el derecho (de crédito) a percibir el valor económico adquirido por el poseedor de mala fe como correspuestivo del goce que ha cedido a otro sobre la cosa poseída (176).

(174) *Vid.* por todos MONTEL-PROTETTI, pág. 378.

(175) S. 13 noviembre 1876 (*Jurispr. civ.*, t. 35, pág. 37), María Bartolomé c. José Secall y Rofes: "Condenando al demandado al abono de frutos producidos y podidos producir con los intereses de los mismos sin que haya precedido declaración ejecutoria aprobando la liquidación que debe practicarse para fijar la responsabilidad del deudor, en cuanto a los intereses devengados, se infringe la doctrina legal citada en el recurso".

También S. 24 marzo 1948 (*Rep. Aranzadi*, núm. 625 bis), Enrique María de A. C. c. Manuela C. T. (Se trataba de frutos civiles). *Vid.* MANRESA, IV, página 277.

(176) Es opinión muy extendida en la doctrina italiana que deben restituirse como frutos civiles los beneficios de una empresa poseída de mala fe. *Vid.* MONTEL, A., *In tema di obblighi del possessore di mala fide di una azienda nei riguardi dei frutti di questa*, en Apéndice a *La disciplina del possesso*

5.3.3. *Frutos “que el poseedor legítimo hubiera podido percibir”*

Los frutos “que el poseedor legítimo hubiera podido percibir” no son objeto de ningún derecho real ni, en rigor, son “objeto” en absoluto, pues nunca han existido *in rebus naturae*. Son simplemente un módulo o patrón intelectual con que realizar el cálculo de un valor a pagar en dinero.

Suelen llamarse *fructus percipiendi* —aunque la expresión no se encuentre en las fuentes— los que el poseedor no ha percibido, pero de los que se le hace responsable, o se le obliga a abonar su valor, ya por haberlos podido percibir con una adecuada diligencia (y se denominan entonces con propiedad *fructus neglecti*), ya porque el actor los hubiera percibido de no mediar la desposesión. Esta disyuntiva se remonta a los textos romanos, que unas veces obligan a abonar los frutos que el actor *frui potueri*, y otras los que el poseedor *percipere potuit* (177).

Sobre ellos se disputa desde la Glosa, tratando de encontrar la razón de distinguir unos casos de otros, o reduciendo todos al mismo criterio, o bien aplicando ambos criterios cumulativamente, es decir, obligando al poseedor a abonar los frutos que tanto él como el vendedor en la posesión hubieran podido percibir (178).

El criterio que atiende a la posibilidad de percepción de frutos por parte del poseedor desemboca en la consideración de su culpa, y para su medida en el criterio del *diligens paterfamilias*. El poseedor de mala fe, en suma, ha de realizar una gestión diligente según los *standards* usuales. Así es en el Derecho alemán (§ 990, I, BGB) (179), y, según opinión ampliamente dominante, en el italiano (180).

nel *Codice civile italiano*, 2.^a ed., Torino, pág. 376-377. MONTEL-PROTETTI, *Possesso*, cit., pág. 378; BARASSI, II, pág. 300, n. 4; BARCELLONA, *Frutti*, páginas 205 (n. 6). Contra, GENTILE, págs. 19-20.

(177) En el primer sentido: D. 6.1.62.1. *Generaliter autem, cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor fruit potueri, si ei possidere licuisset. Quam sententiam Julianus quoque probat.* D. 30.39.1. *Fructus autem hi deducuntur in petitionem, nom quos heres percepit, sed quod legatarius percipere potuit.* C. 8.4.4. ... *causam omnem praestare, in qua fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non quos praedo percepit, venire non ambigitur.*

En el segundo: D. 5.3.25.4. *Sed et fructus non quos percepérunt, inquit, sed quos percipere debuerunt, eos praestaturos.* C. 7.51.2. ... *nec tantum fructuum praestationem aut eorum quos ipse percepit agnoscat, sed eos quos percipi oportuisse.* C. 3.32.5. ... *cum personibus quas percepit aut percipere poterat et omni causa damni dati restitui iubedit.* I. 4.17.2. ... *fructuum, quos culpa sua possessor non percepit...* Vid. también C. 3.31.1.2. y C. 4.24.3.

También en las Partidas: los frutos “que ende pudiera auer lleuado el señor de la heredad, si la ouiesse tenido” (P. 3.28.40); “los frutos que pudiessen ser sacados della, si la ouisse labrada” (P. 6.14.4).

(178) *Vid.* GREGORIO LÓPEZ, gl.1 a P. 3.28.40; SAVIGNY, *Sistema*, trad. cast. t. V, págs. 78 ss.

(179) HEDEMANN, *Derechos reales*, pág. 245; WOLFF (en Enneccerus), *Derecho de cosas*, I, págs. 510.

(180) Lo dispone expresamente el artículo 1.148 Cód. civ. italiano para el poseedor de buena fe a partir de la demanda judicial, y la doctrina ampliamente dominante aplica esta disciplina al poseedor de mala fe. Critica vi-

Pero el legislador español, en el artículo 455, ha seguido la otra opción de la disyuntiva (con consecuencias importantes para la determinación de la naturaleza de la obligación de restituir, según veremos). El Proyecto de 1851 disponía en su artículo 431: "El poseedor de mala fe está obligado a restituir todos los frutos que haya producido o debido producir la cosa desde su injusta detentación" (181). García Goyena comenta: "*Debido producir.* Deberá, pues, restituir los que él pudo percibir aunque no los habría percibido el propietario y los que éste habría percibido aunque el poseedor de mala fe no haya podido percibirlos". En el Anteproyecto 1882-1888 el artículo 460 es ya idéntico al actual 455. Puede pensarse que el cambio respecto del Proyecto 1851 pretende restringir el alcance de los *fructus percipiendi* a sólo uno de los sentidos que daba a la expresión García Goyena (182).

Los "frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir" (que no son nunca un objeto material que pueda restituirse *in natura*) se calculan, por tanto, en una apreciación hipotética sobre lo que la cosa poseída habría rentado al vencedor en la posesión, y cuya percepción por él ha sido impedida precisamente por la posesión ajena. Para este cálculo ha de atenderse, no al comportamiento del poseedor para compararlo con un criterio de diligencia exigible (por ejemplo, la del buen padre de familia), sino al comportamiento del vencedor en la posesión cuando estaba en contacto con la cosa o al que tiene respecto de bienes similares, de modo que se le otorgue en definitiva lo que él mismo habría logrado para sí en la gestión de la cosa concreta.

La diferencia práctica puede ser importante. Piénsese en el roturador arbitrario de terreno de pastos o caza que transforma en campo de cereal. Abonará lo que el poseedor legítimo habría percibido de los pastos o de la caza (además de los frutos efectivamente percibidos por el poseedor de mala fe), pero para nada habrá de tenerse en cuenta si cultivó bien o negligentemente el cereal. Viceversa, el poseedor de mala fe de empresa industrial o mercantil, de escasas cualidades para su administración, no se liberará demostrando que puso de su parte cuanto pudo; o quien de mala fe detenta el perro amaestrado del poseedor de una barraca de feria, no puede librarse de su responsabilidad alegando que él (o cualquier otro) no habría podido, ni aun con su mejor voluntad, servirse del perro (183).

En algunos casos, ciertamente, la diferencia práctica no se pro-

vamente esta tesis GENTILE (págs. 28 ss.), para quien la responsabilidad se limita a los frutos percibidos. Adhiere a su punto de vista, ahora, MONTEL (*Possesso, Novis. Dig. it.*, XIII, pág. 381).

(181) Olvidando la distinción de las Partidas (vigente hasta 1888) entre poseedores de mala fe con y sin título: sólo en el último caso (y en otros excepcionales) se abonan los frutos que el señor de la heredad habría percibido.

(182) Así lo explica SÁNCHEZ ROMÁN, III, pág. 446.

(183) Ejemplo este último de HEDEMANN, *Derechos reales*, pág. 246.

ducirá, ya que el cálculo habrá de hacerse, a falta de otros datos, según lo que aquel bien hubiera rentado presumiblemente en cuálesquiera manos. Esto es verosímilmente lo más normal en una economía agrícola poco diferenciada, y quizás se expliquen así las contradicciones antes apuntadas en las fuentes romanas: lo debido percibir coincidiría con lo que el vencedor en la posesión habría podido percibir. Pero hoy, más habitualmente, no será así. Por otra parte, la fundamentación teórica de uno u otro criterio es totalmente distinta (184).

En la doctrina española es habitual el empleo de expresiones ambiguas ("frutos podidos percibir", "frutos debidos percibir"), e incluso la referencia a la culpa o abandono del poseedor o al cuidado de un buen padre de familia como criterio para determinar los *fructus percipiendi* (185). Se trata claramente de expresiones utilizadas acríticamente, incompatibles con el sentido claro del artículo 455 (186).

En la jurisprudencia, cuando la distinción precisa ha importado,

(184) SACCO observa que si bien puede opinarse que la economía comportaba en el pasado una tendencial indiferencia entre el criterio del resarcimiento de los daños y el criterio de la restitución de los frutos, ya que el campo de cereal o la viña habrían dado al propietario, si éste hubiera poseído, un rendimiento esencialmente análogo al realizado por el poseedor, hoy el resultado conseguido por el poseedor puede diferir macroscópicamente del que el propietario habría conseguido de haber poseído. Desde un punto de vista de política legislativa —continúa—, ha llegado probablemente el momento de renunciar a considerar como prototipo de bien productivo la viña o el campo de cereal. Basta pensar en la empresa individual o mercantil, en que la habilidad del empresario es decisiva en la creación del rendimiento, y en los bienes inmateriales, en que la voluntad del sujeto provisto del poder de hecho sobre el bien es determinante para la puesta en marcha del proceso productivo de nueva riqueza (SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, pág. 30).

(185) Así, por ejemplo, en MUCIUS, t. VIII, págs. 518, 519 y 522; MANSERA, t. IV, pág. 260.

(186) Es inaceptable el concepto de que "frutos podidos percibir" ofrece MARTÍN-RETORTILLO (Cirilo), en ADC, 1951, pág. 154: "Nuestro legislador —dice— no identificó la expresión "podido producir" con la de "podido percibir" (...). *Posibilidad de percibir lo que hubiera* es concepto más limitado que *posibilidad de producir*. La primera se refiere a la producción real y efectiva que la cosa haya tenido, y que por descuido o negligencia del titular no llegó a realizar íntegramente, no llegó a efecto en su totalidad los frutos que se dieron. La segunda se refiere a lo que con mayor inteligencia y celo hubiera podido dar la cosa. *Podido percibir* quiere decir apropiación de los que realmente la cosa fructífera dio; *podido producir* significa lo que ésta hubiera dado con un mejor cultivo, con una mejor dirección.

GARCÍA CANTERO (RDN, IX-X, 1955, pág. 205, n. 71), transcrita en lo esencial la anterior opinión, afirma: "Todo esto nos parece claro frente al artículo 455, pero frente al 187, párr. 2, y al 1.896, pudiera pensarse en la posibilidad de equiparar lo debido percibir a lo debido producir". Realmente la única base para mantener la tesis de MARTÍN-RETORTILLO sería el cambio de dicción entre el artículo 431 Proy. 1851 ("producir") y el 455 C. c. ("percibir"); pero basta leer el comentario de García Goyena (que MARTÍN-RETORTILLO reproduce cambiando los términos clave) para convencerte de que con ambas expresiones se ha querido decir lo mismo. Así es (y es lo más importante) en toda la tradición jurídica desde el Derecho romano.

se ha juzgado correctamente. En la Sentencia 24 marzo 1948 se tiene en cuenta, para calcular los "frutos que el poseedor legítimo hubiera podido percibir" de las dehesas a pastos poseídas por los demandados durante los años 1936-1937, el precio que por el arrendamiento de los mismos concertó el propietario en años anteriores, reducido en el cincuenta por ciento, en razón del artículo 4.º de la Ley 5 junio 1939, que establece de modo imperativo la reducción del cincuenta por ciento de las rentas vencidas durante la guerra y no pagadas correspondientes a los contratos de arrendamientos rústicos (187).

La Sentencia 17 marzo 1964 casa el pronunciamiento de instancia (en ejecución de sentencia) por no condenar al poseedor declarado de mala fe a satisfacer las cantidades que el actor hubiese obtenido de la industria hotelera que con anterioridad a la desposesión explotaba en el inmueble discutido (188).

5.3.4. *Conclusión sobre este punto*

La hipótesis que considera fundamento del abono de frutos *ex* artículo 455 del Código civil la propiedad de quien los reclama no puede mantenerse.

Adquisición de los frutos y abono de frutos son cuestiones distintas. Ni se adquieren todos aquellos cuyo abono se puede exigir, ni, en consecuencia, el abono de frutos se apoya en haberlos adquirido. A la cuestión de la adquisición responden los artículos 354 y 451, que en caso de conflicto acuerdan la preferencia al poseedor de buena fe sobre el propietario no poseedor (dejando abierto el problema de la adquisición de los frutos por quienes tienen, no la propiedad, sino un derecho de goce sobre la cosa) (189). El artículo 455 acude a una cuestión distinta. En él la mala fe (probada) es elemento constitutivo de un deber de prestación de un valor que se calcula en relación a lo que la cosa ha rentado al poseedor o habría podido rentar al propietario, deber de cuya naturaleza indemnizatoria (por la lesión del goce de la cosa) me ocupo a continuación.

La mala fe (probada) tiene entonces una doble función: *a*) como hecho impeditivo de la adquisición de los frutos por el poseedor (artículo 451 *a contrario*); *b*) como hecho constitutivo de la obligación indemnizatoria. La independencia conceptual de ambas cuestiones es tal que no habría ninguna dificultad en imaginar una regulación en

(187) S. 24 marzo 1948 (*Rep. Aranzadi*, núm. 625 bis), *Enrique María de A. T. c. Manuela C. T.*

(188) S. 17 marzo 1964 (*Rep. Aranzadi*, núm. 1.681), *Elías G. L. c. Manuel G. M. y Antonio F. de la V.*

(189) Puede pensarse que sólo mediante la posesión adquieren propiedad sobre los frutos naturales—al separarse—los titulares de derecho de goce en cosa ajena: así ocurre probablemente tanto para los derechos personales como para los reales. No parece que, por ejemplo, el usufructuario adquiera propiedad de los frutos separados de la cosa antes de tomar posesión de ella. *Vid.* para el planteamiento de la cuestión, BARCELONA, *Frutti*, págs. 224 y 226.

la que el poseedor de mala fe adquiriera como el de buena la propiedad de los frutos; pero estando obligado (como está) a abonar en concepto de indemnización "los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir". Regulación que tendría ciertas ventajas teóricas y prácticas, por lo que puede proponerse *iure condendo* (190).

5.4. LA IDEA DE RESARCIMIENTO

Rechazando que el abono de frutos encuentre fundamento en la propiedad de la cosa madre o en la de los frutos, y demostrada la naturaleza obligacional de la pretensión, parece legítimo concluir que estamos ante una forma peculiar de resarcimiento del daño causado por la privación del goce de la cosa. Otra explicación —fuera de la peculiar idea de enriquecimiento de que me ocupo luego— no parece posible o, al menos, no ha sido suscitada nunca en la doctrina.

5.4.1. *Por infringir el supuesto deber de diligente percepción de frutos*

La idea de indemnización se ha utilizado alguna vez, no en el sentido aquí propuesto, sino con referencia al incumplimiento de un supuesto deber de diligencia en la percepción de frutos por parte del poseedor de mala fe. El planteamiento es más obvio en un ordenamiento que mida los frutos *percipiendi* con el criterio de los que habría obtenido un diligente padre de familia (191), pero se ha propuesto también para el Derecho español (192).

(190) Algunas de las aludidas ventajas serían las siguientes:

a) Permitiría una disciplina de la adquisición de la propiedad de los frutos naturalmente conceptualmente clara y unitaria: hace suyos los frutos el poseedor de la cosa-madre en el momento de la separación (prescindiendo de la buena o mala fe, así como de la coincidencia o no de la posesión con la titularidad del derecho en cuyo concepto posee).

b) Las consecuencias prácticas en la circulación de los frutos (en cuanto cosas muebles) serían muy atendibles. No hay razón para que la situación de los terceros adquirentes de frutos y de los acreedores del poseedor dependa de la buena o mala de *de éste* en la posesión: cuestión ajena a los terceros, que desconocerán casi siempre. Ciertamente, los adquirentes de frutos del poseedor de mala fe pueden quedar, hoy, protegidos por el artículo 464 C. c.; pero no así los acreedores (piénsese en el caso de quiebra del poseedor de mala fe).

En la doctrina italiana (sobre unos textos algo menos expresivos que los españoles) entiende BARCELLONA que ésta es la disciplina *iure condito*. Se apoya, entre otras razones, en la presunción de buena fe: la prueba de la mala fe no impediría la producción del efecto adquisitivo ya consumado, sino que únicamente causaría el deber de restitución (*Frutti*, págs. 221, 233 y 234).

(191) Como hace el artículo 1.148 Cód. civ. italiano (pero directamente sólo respecto del poseedor de buena fe demandado; es la doctrina la que extiende esta disciplina al poseedor de mala fe. *Vid. supra*, nota 180). GRECO, por ejemplo, afirma que el deber de restituir los frutos *percipiendi* deriva en todo caso de la necesidad en que se encuentra el poseedor de utilizar la diligencia normal en la explotación de la cosa (*Della proprietà*, pág. 408). Esta explicación se encuentra ya desarrollada en SAVIGNY, 2.^a ed., V, págs. 78 ss.

(192) MUCIUS, t. VIII, pág. 522: "Si el poseedor de mala fe prescinde de

La idea de indemnización explicaría entonces el deber de abonar los *fructus neglecti*, mientras que la restitución de los percibidos se basaría en ser propiedad del vencedor en la posesión. El poseedor de mala fe tendría el deber de utilizar una cierta diligencia en la explotación de la cosa; al incumplir este deber surgiría la obligación de indemnizar, precisamente por el valor de lo que debió percibir y no percibió. Ahora bien, tal justificación —que parece implícita en muchas explicaciones doctrinales— me parece rechazable por las siguientes razones: *a)* Es contradictorio con la posición del poseedor de mala fe hipotizar un deber de éste —respecto del dueño— de administrar la cosa bien y fielmente como un diligente padre de familia, extrayendo de ella todas las utilidades posibles. El poseedor, comportándose como buen padre de familia, lo que debería hacer es restituir inmediatamente la cosa, no administrarla para su dueño; cuanto más diligentemente percibe frutos, más pretende retener para sí aprovechando la cosa que sabe no ser suya y no quiere restituir. No puede existir un deber de percibir frutos, porque su cumplimiento sería siempre un acto ilícito; incluso, tratándose de frutos civiles, la diligencia en percibirlos constituiría fácilmente delito (de estafa) por hacerse pasar por el titular (193). *b)* Supuesto el aludido deber —para mí inexistente— de percibir frutos empleando en ello una cierta diligencia, lo coherente sería medir ésta por el “standard” del buen padre de familia, o algún otro objetivo más o menos estricto, o incluso con la diligencia que el poseedor suele utilizar en sus asuntos; pero nunca podría utilizarse el módulo de “lo que el poseedor legítimo hubiera podido percibir”, módulo que el poseedor puede desconocer, y que en todo caso es arbitrario en cuanto medida de la diligencia debida.

5.4.2. *Por la privación del goce de la cosa*

El criterio de “lo que el poseedor legítimo hubiera podido percibir” se nos muestra, por el contrario, perfectamente razonable si atendemos, no ya a la medida de la diligencia del poseedor de mala

cultivar la heredad con el cuidado propio del buen padre de familia, la ley le impone, en pena de su culpa o negligencia, el deber de restituir los frutos que el fundo hubiese podido producir en circunstancias normales. El cultivo de las heredades constituye para el deudor de mala fe una obligación de cuyo incumplimiento responde al poseedor legítimo”.

(193) Sólo en un sentido muy distinto podría hipotizarse un deber del poseedor de mala fe de hacer producir la cosa poseída; en atención, no a los intereses particulares del propietario, sino a los generales de la comunidad, para quien podría decirse que es mejor que los bienes produzcan, aunque sea en provecho inmediato del usurpador, que su permanencia inactivos. Pero si este deber existiera —lo cual podría parecer razonable— no sólo no serviría de fundamento a la restitución de los frutos *percipiendi*, sino que debería traducirse en la atribución de todos o parte de los frutos a aquel por cuya actividad se han producido: al usurpador laborioso, no al propietario inerte. Es claro que nuestro Derecho no valora la situación de intereses con este criterio, sino que, considerando que la actitud de quien posee a sabiendas bienes ajenos ataca de raíz el derecho de propiedad privada, y con ello una de

fe en el cumplimiento del supuesto deber de percepción de frutos, sino a la de los daños causados al desposeído por la privación del goce de la cosa. Como explica Barcellona, "el valor del goce corresponde tendencialmente a los frutos y es evidente que el legislador ha pretendido de este modo simplificar el problema de la valoración del daño por lesión del goce" (194).

En definitiva, el valor de la pérdida sufrida por el dañado y el de la ganancia que ha dejado de obtener (*vid. art. 1.106 C. c.*) coincide, en el supuesto de privación del goce de la cosa, con los frutos que el privado de él hubiera podido percibir.

En la jurisprudencia, aflora en ocasiones la equiparación entre abono de frutos e indemnización de daños, poniéndose de manifiesto que el artículo 455 del Código civil sustituye a las normas generales sobre indemnización cuando se trata de indemnizar por la privación del goce de una cosa (195).

las bases del Ordenamiento, prefiere la eventual improductividad antes que fomentar o aun dejar sin castigo estas situaciones de hecho ilegales.

(194) BARCELLONA, *Frutti*, pág. 231. La tesis de la función indemnizatoria de la restitución de los frutos, que alcanza en el autor citado su elaboración más cuidada y convincente, no carece de precedentes en la doctrina. Ya POTHIER (*Traité du droit du domaine de propriété*, núm. 336. *Oeuvres complètes*, París, Langlois y Durand, 1844, t. X, pág. 188), afirmaba: *La raison est, que le possesseur de mauvaise foi contracte, par la connaissance qu'il a que la chose ne lui appartient pas, l'obligation de la rendre au propriétaire; a manqué de percevoir.* Manifestaciones en sentido similar en BARASSI (II, página 385) y MORALES MORENO, *Posesión y usucapión*, pág. 32 (n. 80).

(195) S. 4 junio 1955 (C.L., t. XL, pág. 741), *Martín Serarols Felfort c. Martín Grau Comellas* (Segunda sentencia, *Rep. Aranzadi*, núm. 2.297). El demandante, titular del dominio útil enfitéutico, había sido privado de la posesión mediante desahucio. Consigue ahora en juicio ordinario que se declare su derecho, condenando la Audiencia al demandado (titular del dominio directo) al "abono de frutos y de los daños y perjuicios que se le hubieran causado, a fijar en el período de ejecución de sentencia". Contra este extremo se alza el único motivo del recurso. El Tribunal Supremo declara que el artículo 1.106 C. c. (complemento del 1.101) "tiene un carácter general en su aplicación, que cede ante disposiciones que específicamente regulan la indemnización en la hipótesis que ellas previenen y, en este caso, basta justificar que se ha producido el supuesto legal, base y fuente de los perjuicios que se producen como consecuencia de haberse dado aquel supuesto, y, en este sentido, es claro que a virtud de un juicio de desahucio, antecedente de éste, seguido por el hoy recurrente contra el demandante, fue privado de la posesión de la finca que tenía en enfitéusis, derecho real cuyos efectos, en relación con la posesión, están regulados por los artículos 451 ss. C. c., que, por su carácter especial, hacen inaplicable el artículo 1.106, relativo al incumplimiento de las obligaciones, y esta dualidad de preceptos, relativos a la indemnización de daños y perjuicios, no determina una doble indemnización, por lo que, al hacer aplicación la S. recurrida del artículo 1.106 ya repetido, sin declarar la existencia de daños y sí sólo la privación del derecho a poseer las fincas tenidas en enfitéusis y la falta de percepción de los frutos, lo ha hecho indebidamente y procede estimar el recurso".

(Segunda sentencia): "El único extremo que se somete a decisión es el relativo a la indemnización de daños y perjuicios a que se le condena; y dada la forma condicional del fallo en que se establece la obligación de abonar los frutos y los daños y perjuicios que se le 'hubieren causado', es claro que derivándose de la privación de la posesión de las fincas objeto del juicio y no

5.4.3. Exclusión de las normas generales sobre responsabilidad aquiliana

La peculiar medida del resarcimiento por el daño, establecida en el artículo 455 del Código civil excluye cualquier otra indemnización sobre la base de la privación del goce de la cosa por el poseedor, en particular la que pudiera pretenderse por la simple imposibilidad de usarla (que quizás ha obligado a gastos para usar otra equivalente). Las "ventajas de uso" (las que el poseedor ha logrado de la cosa utilizando directamente, por ejemplo, habitando la casa) no son frutos naturales ni civiles, ni podría pretenderse su pago como indemnización.

alegándose, ni menos probado, que se haya producido ningún menoscabo de las mismas, únicamente puede estimarse que al demandante se le ha ocasionado el perjuicio de no obtener los productos de tales fincas, que había de percibir como consecuencia del reconocimiento del dominio útil en su favor en la enfitéusis que como derecho real las gravaba, los cuales se regularán conforme a lo que previenen los artículos 451 ss. C. c., sobre la base de estimar al demandado poseedor de buena fe, toda vez que poseía en virtud de S. dictada en juicio de desahucio y de su ejecución".

S. 3 junio 1932 (*Jurispr. civ.*, t. 204, pág. 352), *Ayuntamiento de Cereceda de la Sierra c. Mancomunidad del condado de Miranda*. Reservado por el Tribunal de instancia al reivindicante el derecho de fijar en periodo de ejecución de sentencia la indemnización de perjuicios, el Tribunal Supremo casa en este punto, diciendo que "infringió por inaplicación el artículo 451 C. c., ya que para aquella condena era preciso, por presunción siempre de buena fe, con arreglo al artículo 434, declaración expresa de mala fe".

Son también de interés sobre esta cuestión los siguientes pronunciamientos jurisprudenciales:

S. 9 junio 1932 (*Jurispr. civ.*, t. 204, pág. 386), *Sociedad anónima "Estebanell y Pahisa" c. Síndicos de la quiebra de "Hermanos de F. Vila Serarols"*. Niega indemnización por la privación del goce de las máquinas reivindicadas (incluso para tiempo posterior a la contestación de la demanda), por entender que en ningún momento hubo mala fe por parte del poseedor, que lo era en virtud de resolución judicial (providencia de ocupación en juicio de quiebra). El recurrente denunciaba como infringido el artículo 455 C. c., "existiendo —decía el motivo tercero del recurso— entre frutos percibidos y debidos percibir, y ganancias dejadas de obtener, una ecuación perfecta".

S. 9 abril 1947 (*Jurispr. civ.*, t. XVIII, pág. 501), *Juana Torres Blázquez c. Zúcarías Romero Chamorro*. Extinguido el arrendamiento por cumplimiento de condición resolutoria expresa, el arrendatario que sigue en la tenencia de la finca "viene en la obligación de resarcir a la compradora los daños y perjuicios que le haya causado por el disfrute indebido de la finca, traducidos en el valor de los frutos naturales de la misma durante la detención, y no en el importe del fruto civil o renta, que sólo estuvo en vigor *pendente conditione*, según prescriben los artículos 1.101, 1.106 y 1.107, párr. últ., en relación con el 455 y 433 C. c.".

S. 24 marzo 1948 (*Rep. Aranzadi*, núm. 625 bis), *Enrique María de A. T. c. Manuela C. T.* Declara el Tribunal la "necesidad de restablecer el orden jurídico perturbado mediante el debido resarcimiento al propietario de las fincas del menoscabo producido y para ello es innegable que entra en juego la prevención del artículo 455 de dicho cuerpo legal, que declara que quienes poseen, en las condiciones que lo han hecho los demandados, habrán de abonar los frutos percibidos o que hubieren podido percibir". Se trataba de aprovechamiento de pastos por poseedor declarado de mala fe, a quien se condena en definitiva al abono de la merced que el propietario hubiera podido percibir.

zación *ex artículo 1.902 del Código civil* (196). Otra cosa es —con resultados prácticos eventualmente coincidentes— que se deban como “podidos percibir” por el vencedor en la posesión los frutos civiles que, de no ser por la posesión ajena, aquél habría percibido arrendando la cosa. Pero de algún modo habrá que demostrar que la cosa estaba destinada a producir frutos civiles (vg., piso de edificios destinado a arrendarlo; automóvil de empresa que los alquila, o de academia de enseñanza de conducción) (197).

Se excluye también toda indemnización (basada en la privación del goce) cuando no se apruebe la mala fe del poseedor, aunque en su conducta pudiera apreciarse una culpa que sería suficiente para la responsabilidad aquiliana (198).

Unicamente quien adquirió la posesión por acto punible (vg., hurto, robo o usurpación) deberá indemnizar plenamente todos los perjuicios causados por la privación del goce, con sujeción a los artículos 19, 101 y siguientes del Código penal. Quizá también el poseedor de mala fe demandado, por considerársele constituido en mora (*vid. art. 1.101 C. c.*) (199).

(196) Ello es coherente en nuestro Derecho con la ausencia de obligación de abonar intereses por el dinero que se debe, mientras la cantidad no sea líquida y medie interpelación. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte General*, Barcelona, 1974, pág. 231.

(197) En el caso fallado por S. 9 abril 1926 (*Jurispr. civ.*, t. 170, pág. 618; *Jaimé Frigola Paradas c. Juan Colomer Pou*), la Audiencia condenó al demandado, desde el momento en que apreció que había comenzado su mala fe, al pago de “los frutos o alquileres que debió producir” la casa por él habitada.

En el Derecho alemán, el poseedor de mala fe responde de las “ventajas del uso”: § 900 en relación con el 100 BGB. *Vid.* WOLFF (en Enneccerus), *Derecho de cosas*, I, pág. 510, y sus Anotadores (pág. 519), según los cuales, “los motivos de equidad dicen bien claramente que esa indemnización es tan oportuna como la de los frutos”.

(198) Sobre las relaciones entre restitución de frutos y responsabilidad aquiliana, además de BARCELLONA (*Frutti*, págs. 232 ss.), GRECO, *Della proprietà*, pág. 411; MONTEL, *Possesso*, Noviss. Dig. it., t. XII, pág. 383; SACCO, *Possesso*, págs. 115-117.

(199) Es lástima que el Código no haya mantenido la distinción de Partidas entre el poseedor de mala fe con título (que restituía sólo los frutos percibidos) y los que “hurtan la cosa o la roban, o la entran sin derecho”, quienes abonan también “los que pudiera ende llevar el señor de la heredad” (P. 3.28.40). El legislador alemán mantiene una distinción en cierto modo similar: el poseedor de mala fe ha de entregar los provechos percibidos y los que pudo percibir según las reglas de una ordenada economía (§ 990 en relación con el 987, II, BGB), pero sólo quien se ha procurado la posesión por fuerza propia prohibida o por acto punible responde para con el propietario según las disposiciones sobre indemnización de daños a causa de actos ilícitos (§ 992 BGB). Por lo que afecta a los provechos (explica WOLFF, *Derecho de cosas*, I, pág. 512), esto último “significa que el poseedor tiene que resarcir todos los provechos que el propietario habría percibido de no mediar la privación posesoria”. *Vid* sus Anotadores, *ibidem*, pág. 520.

En cuanto a la mora del poseedor de mala fe en el Derecho alemán, *vid.* § 990, II, BGB; WOLFF, *loc. cit.*, pág. 511, y HEDEMANN, *Derechos reales*, página 246.

Obsérvese cómo el artículo 455 C. c. trata a todo poseedor de mala fe en

Que los *fructus percipiendi* ex artículo 455 sean todos los daños y perjuicios que puedan reclamarse en concepto de privación del goce de la cosa, no excluye obviamente que, además, deban indemnizarse (si los hay) los daños consistentes en deterioro o pérdida de la cosa indebidamente poseída (ex art. 457). En un caso se trata de la privación temporal del goce; en otro de la lesión del derecho de propiedad (200).

5.5. LA IDEA DE ENRIQUECIMIENTO

5.5.1. *Frutos percibidos y enriquecimiento*

En algunos casos, los frutos efectivamente percibidos por el poseedor superarán la cuantía de los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir: así, tratándose de frutos civiles que el poseedor legítimo no hubiera percibido, o de frutos naturales logrados a través de un cambio en el destino económico de la cosa para hacerla más productiva.

Imaginemos que el propietario de un chalet decide dejarlo cerrado durante un largo viaje por el extranjero, ocasión que aprovecha un desaprensivo para alquilarlo. Antes de que llegue el dueño, el usurpador lo hace desalojar, limpiar y arreglar. Los daños sufridos por el propietario son pequeños o nulos; incluso podría ocurrir que el chalet lo recibiera en mejores condiciones que si hubiera estado cerrado todo ese tiempo. Si el usurpador está obligado a entregar el importe de los alquileres cobrados, ello no podrá basarse en el resarcimiento de los daños, que por hipótesis no se han producido. Tras lo dicho en epígrafes anteriores, está claro que tampoco podría configurarse como restitución de un *quid* propiedad del actor.

¿Sucedrá acaso que nada habrá de abonarse más allá de los límites del daño inferido? Podría argumentarse que el valor de los frutos que el propietario hubiera percibido es el límite máximo de todo abono de frutos, y que si el poseedor ha logrado beneficios en mayor medida se deberá a inversiones adicionales con dinero propio o a su "industria" y trabajo, y que por tanto podrá retenerlos (201). Dicho de otro modo, se trataría quizás de distinguir en los rendimientos obtenidos la parte debida al uso del capital ajeno, y la originada por el capital adicional o el trabajo de quien realiza la gestión para la obtención del beneficio.

Ahora bien, no parece ser este el criterio establecido en nuestro

la forma que el BGB reserva para los de mala fe cualificada (por delito o mora), caso en el que la doctrina alemana considera el deber de abonar frutos en la cuantía que el propietario hubiera podido percibir como indemnización plena del daño.

(200) *Vid. S. 24 junio 1955 (C.L., t. XL, pág. 1292), Cecilio López Castro y Ruiz Peña c. Electra de Iseña, de Gómez Revuelta, S. R. C.*

(201) En este sentido, con otros argumentos, BARCELONA, *Frutti*, página 231 (y n. 145).

Derecho. La mención de los “frutos percibidos” en el artículo 455 no puede desconocerse. De otra parte, puede inferirse de diversos preceptos del Código que cuando se incorpora capital o trabajo propio a un capital ajeno, conociendo la falta de derecho para su utilización, se pierde el capital o el trabajo invertido, imputándose todos los rendimientos al capital indebidamente utilizado (arts. 362, 379-1.^º, 382-2.^º, 383-3.^º C. c.). El intérprete puede considerar el anterior criterio inspirado en una excesiva valoración de la tutela de la propiedad, y utilizar los instrumentos hermenéuticos adecuados para limar, en lo posible, sus aristas más hirientes (por ejemplo, en el sentido de acordar el abono de los gastos de producción al poseedor de mala fe); pero no desconocerlo o pasarlo por alto al investigar las valoraciones implícitas en nuestro Código.

En la doctrina italiana, se ha defendido brillantemente la tesis de que la restitución de frutos no es sino una manifestación del principio según el cual el autor de la lesión de un derecho absoluto debe restituir el *quantum* con que se ha enriquecido mediante la utilización del bien ajeno (202).

Esta explicación, a mi modo de ver, es claramente insuficiente en nuestro Derecho si se presenta con pretensiones de exclusividad, pues no da cuenta del deber de abonar los frutos “que el poseedor legítimo hubiera podido percibir”, con los cuales el poseedor de mala fe, que nada ha percibido, no se ha enriquecido en absoluto (203). Pero parece, asimismo, adecuada para explicar algunos aspectos en que la idea de “resarcimiento del daño” resulta a su vez insuficiente; casos como el del chalet cerrado, y, en general, el deber de abonar “frutos percibidos” por encima de la cuantía de los daños producidos; a la vez que proporciona una razonable limitación del deber del poseedor al abono en concepto de “frutos percibidos” de sólo el beneficio neto (descontados, por tanto, los gastos realizados para la producción de los frutos).

Adviértase, para evitar equívocos, que con la idea de prestación del enriquecimiento no se hace referencia a la acción de enriquecimiento en su sentido ordinario, ya que no estaría limitada por el monto del empobrecimiento (pues hasta donde llegue el empobrecimiento del vencedor en la posesión sería resarcible como daño). Podría decirse que se trata de la represión del beneficio logrado ilícitamente mediante la utilización de un bien ajeno, con cierto sentido sancionador. La idea de sanción o pena civil, por lo demás, no es ajena a nuestra doctrina cuando aborda la explicación del fenómeno (204).

(202) SACCO, *Possesso*, págs. 115 ss. y, sobre todo, *L'arrichimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, Torino, 1959, págs. 27 ss. Le sigue MONTEL, *Possesso*, Noviss. Dig., t. XIII, págs. 380-381.

(203) Realiza una amplia crítica de la tesis de Sacco, desde otros puntos de vista, BARCELONA, *Frutii*, págs. 226-231.

(204) SÁNCHEZ ROMÁN (III, pág. 455): “La doctrina [del abono de frutos por el poseedor de mala fe] tiene un carácter de penalidad civil evidente,

El enriquecimiento que ha de prestarse es el beneficio neto obtenido por el poseedor mediante la utilización del bien ajeno. Así resulta de dos series de consideraciones: *a) los "frutos percibidos"* que han de abonarse no son los frutos en cuanto *corpora* separados de la cosa madre, sino una cantidad de dinero calculada partiendo del valor de los mismos en el momento del pago; *b) de la cual cantidad ha de restarse la invertida en su producción.* Valor de los frutos (brutos) y cuantía de los gastos son meros asientos contables en la cuenta de liquidación, que arrojará en definitiva el saldo, verdadero monto de la deuda a abonar por el poseedor en concepto de "frutos percibidos". Los frutos en cuanto *corpora* de que el poseedor se apropió no tienen, pues, otro papel que el de dato inicial para este cálculo contable del beneficio neto.

De las anteriores afirmaciones queda por demostrar el derecho del poseedor de mala fe al abono de los gastos de producción. De ello me ocupó en el apartado siguiente.

5.5.2. Los gastos de producción

Es regla general en el Derecho comparado, tomada del romano (y que cristalizó en el brocado *fructus intelliguntur deductis impensis*) (205), que el poseedor de mala fe obligado a restituir frutos tiene derecho al abono de los gastos hechos para su producción.

Así era también en el Derecho castellano anterior al Código (206). Y lo mismo se disponía en el Proyecto de 1881; al menos esta parece ser la mente de García Goyena (207).

Publicado el Código, preocupa a la doctrina cómo salvar la disposición aparentemente contraria del artículo 455, donde dice "...y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos

con objeto de castigar la mala fe del poseedor". MANRESA (IV, pág. 272): "La ley le castiga [al poseedor de mala fe] privándole del fruto de su trabajo (...). Alabamos el pensamiento; pero a veces resultará excesiva la pena".

S. 15 enero 1915 (*Jurispr. civ.*, t. 132, pág. 83), Julián García Foronda c. Braulio Herrero Villanueva. "La obligación de abonar los frutos percibidos y debidos percibir con que castiga el artículo 455 al poseedor de mala fe...".

Vale aquí la explicación general para la privación de los frutos al poseedor de mala fe dada *supra*, núm. 324.

(205) Sobre el alcance de este principio, *Cfr.* VENEZIAN, II, págs. 452 ss.

(206) Según P. 3.28.39. *i.f.*, el poseedor de mala fe ha de abonar el precio de los frutos consumidos "sacando todavía las despensas que ouisse fecho en razón dellos". GREGORIO LÓPEZ comenta: *nullus enim casus evenire potest, qui hoc genus deductionis impensarum impediatur*, con cita de D. 10.2.51. *Vid.* D. 5.3.36.5. y C. 7.51.1. Recordemos de otro lado que según P. 3.28.44 todo poseedor, aunque sea de mala fe, tiene derecho al abono de las impensas necesarias hechas en la cosa y a retener ésta hasta que le sean abonadas.

(207) Su artículo 399 es equivalente —a lo que aquí importa— al artículo 356 C. c. Sobre él comentaba GARCÍA GOYENA (refiriéndolo también al poseedor de mala fe): "Nadie debe enriquecerse a expensas o con daño de otro; y esto se verificaría percibiendo los frutos sin soportar los daños o sin pagar los trabajos que los han producido".

para la conservación de la cosa" (208). Se observa que negar al poseedor de mala fe el reintegro de los gastos hechos para la producción de los frutos sería contrario al Derecho tradicional, excesivamente penoso para el poseedor y excesivamente beneficioso para el propietario, que se enriquecería, además de contrario al artículo 356 del Código civil. Y si bien algún autor, a pesar de todo, termina inclinándose a la interpretación literal que cree ineludible del artículo 455 (209), es doctrina prácticamente unánime la que salva de algún modo la letra de este artículo para llegar a solución justa. Los argumentos utilizados para ello —aparte de las genéricas referencias a la equidad o a la prevención del enriquecimiento injusto— son fundamentalmente dos que, aun siendo en rigor contradictorios, no pocas veces aparecen juntos. El uno hace valer que los gastos de cultivo son necesarios para la producción de la cosa y, en cuanto necesarios, se abonan a todo poseedor, según dispone el artículo 453 (210). Así formulado el argumento no se tiene, porque el artículo 455 especifica que los gastos necesarios abonables al poseedor de mala fe son sólo los hechos *para la conservación de la cosa*, y entre ellos ciertamente no se cuentan los de producción de frutos (211).

El otro argumento, a mi modo de ver decisivo, hace notar que los artículos 453 a 455 se ocupan únicamente de los gastos *hechos en la cosa*, que son los que clasifica en necesarios, útiles y voluntarios. Que los gastos necesarios no incluyen los de producción se demuestra claramente porque estos últimos no se abonan al poseedor de buena fe, que hace suyos los frutos (212). Luego no son de los tratados

(208) Idéntico al artículo 460 Anteproyecto 1882-1888. Subrayado mío.

(209) SÁNCHEZ ROMÁN (III, pág. 457) argumenta larga y consecuentemente por la solución más justa, pero en definitiva concluye: "Que eso sería más justo y salvaría tan caprichosa variedad de criterio entre uno y otro artículo [el 455 y el 356] es indudable; pero no puede perderse de vista lo terminante del texto del artículo 455 y el manifiesto sentido *excluyente* de su frase "sólo tendrá derecho", y generalmente el valor de ese adverbio que emplea y la preferencia que para una hipótesis expresa en la ley, tiene, en buena hermenéutica, un *precepto especial* sobre una *regla general*, cuando además ha sido aquél consignado en el mismo Código *después* que ésta".

(210) *Vid. MUCIUS*, t. VIII, pág. 523; *MANRESA*, t. IV, pág. 282 (pero en estos dos autores el argumento es incidental. *Vid. nota siguiente*); *CASTÁN*, II, 1, pág. 505; *PUIG BRUTAU*, III, 1, págs. 118 y 391.

En la jurisprudencia inmediatamente anterior al Código, las SS. 7 marzo 1887, 17 abril 1874 y 5 noviembre 1881 (citadas por *MANRESA*, IV, pág. 260) califican los gastos de producción y cultivo de "necesarios", porque sin ellos no habría frutos. Pero recuérdese que en el Derecho entonces vigente *todos* los gastos necesarios se abonaban a *todo* poseedor, aun de mala fe, con derecho de retención.

(211) *MANRESA*, t. IV, pág. 261: "Los gastos de producción y cultivo hay que hacerlos si se quiere que la cosa produzca utilidad; pero aquí se trata de una necesidad relativa, pues aun sin estos gastos, la cosa, lo esencial, puede conservarse; luego estos gastos no son necesarios en el sentido en que el Código usa esa palabra en los artículos 453 y 455, y así se deduce también por el hecho de tratar de ellos con separación (art. 452)". *Cfr. MARTÍN PÉREZ*, pág. 160.

(212) Los gastos de producción, lo mismo que los hechos en la cosa para

como necesarios en el artículo 453 ni, por tanto, en el 455 (213). En sede de posesión el Código omite hablar de los gastos hechos para la producción de frutos (salvo la referencia del artículo 452 para el supuesto específico en él contemplado); omisión que se explica "porque habiendo ya sentado una regla general sobre la materia, no juzgó conveniente alterarla" (214), y esta regla no es otra que la del artículo 356 (215), el cual está dictado precisamente para el poseedor de mala fe (ya que el de buena, como digo, al percibir los frutos corre igualmente con los gastos), respetando así el Derecho tradicional y las razones de justicia en que se apoyaba (216).

En la jurisprudencia, se aprecia clara contradicción entre las declaraciones de la Sala 6.^a (de lo social) y las de la Sala de lo civil. Según la Sala de lo social, el poseedor de mala fe no puede reclamar más que los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa, "sin que pueda incluirse en tal calificación de gastos necesarios para la conservación de la cosa los realizados para la producción de los frutos, porque este concepto es distinto del de conservación" (217). Mientras que la Sala de lo civil declaró en Sentencia 28 febrero 1968 que las labores efectuadas por el aparcero desahuciado, cuyo resarcimiento se reclamaba, eran "necesarias para la debida explotación de la finca y, en tal concepto, su abono es procedente, a tenor de lo dispuesto en los artículos 453 y 455 del Código civil, ya que 'la conservación de la cosa' no ha de entenderse en una acepción pasiva o meramente estática, sino en la dinámica que asegure o garantice su productividad para el futuro, al menos inmediato, en armonía con el fin económico y social que la riqueza y la propiedad deben cumplir y al que hubieran contrariado los hoy recurridos, absteniéndose de realizar tales labores, cuyo beneficio no puede redundar en favor exclusivo de la propiedad, sin resarcimiento alguno, so pena de incidir en el enriquecimiento indebido" (218).

su entretenimiento y uso, son de cuenta de quien tiene el goce de la misma, y así del poseedor de buena fe, pues se consideran como una merma del bruto de los frutos y como un desembolso que debe realizar quien se beneficia del uso de la cosa (*vid.* artículos 500, 1.743, etc.). ALBALADEJO, *Derecho civil*, III, vol. I, pág. 95 (n. 107); MANRESA, IV, pág. 281.

(213) Para esta parte de la argumentación, MUCIUS, t. VIII, pág. 523; MANRESA, t. IV, págs. 261, 280-281 y 281-282.

(214) MANRESA, IV, pág. 281.

(215) Artículo 356 C. c.: "El que percibe los frutos tiene la obligación de abonar los gastos hechos por un tercero para su producción, recolección y conservación".

(216) Afirman de algún modo la aplicación del artículo 356 a la hipótesis discutida, MUCIUS, t. VIII, pág. 523; MANRESA, t. IV, págs. 280-282; PUIG BRUTAU, III, 1, pág. 391; MARTÍN PÉREZ, pág. 160, con cita de Manresa; ALBALADEJO, III, 1, pág. 96.

(217) S. (Soc.) 21 diciembre 1951 (*Rep. Aranzadi*, núm. 2.594), F. c. R. La misma doctrina en la SS. (Soc.) 25 octubre 1955 (*Rep. Aranzadi*, núm. 2.879) y 30 octubre 1965 (*Rep. Aranzadi*, núm. 4.963).

(218) S. 28 febrero 1968 (C.L., pág. 727), *Manuel y Antonio Velasco López c. Carlota María Sánchez Pleytes y Jiménez*. Se trataba de reclamación de cantidad por labores realizadas para preparar la cosecha del olivar que

La Sentencia 4 abril 1968 reitera la misma doctrina con estos y nuevos argumentos (219).

Por las razones expuestas, y de acuerdo con la mejor doctrina y las importantes sentencias citadas de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, creo que el poseedor de mala fe tiene derecho al abono de los gastos hechos para la producción de los frutos. Derecho que puede actuar de dos maneras: *a) como contrapartida contable en la liquidación para el abono de frutos; b) como pretensión de cantidad contra el vencedor en la posesión que hace suyos los frutos separados con posterioridad a la restitución de la posesión* (220).

los aparceros desahuciados hicieron sin que llegaran a recoger los frutos. El Tribunal Supremo niega que los reclamantes fueran poseedores de mala fe a pesar de la sentencia de desahucio (todavía no firme). La declaración transcrita en el texto se hace "a mayor abundamiento".

(219) S. 4 abril 1968 (C.L., pág. 119), *Manuel Pardo Pardo c. Josefina Pardo López*. Aquí se trataba de ejecución de sentencia en que se condenaba "a abonar al actor el importe de los frutos percibidos, los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir (...) y sin más derechos que los reconocidos en el artículo. 455 C. c.". El Tribunal Supremo declara que la cuestión que en torno del artículo 455 del Código civil se plantea, dentro de los términos de la ejecutoria, "es si deben ser descontados o abonados o no al poseedor, aunque este lo sea de mala fe, los gastos y labores de producción y cultivo, extremo éste que depende del sentido y alcance que deba tener el mismo párrafo del mencionado artículo, el cual ha de armonizarse con el 453 del mismo Código, en el que se dispone que los gastos necesarios se abonan a todo poseedor, pero sólo el de buena fe podrá retener las cosa hasta que se le satisfagan, con lo que es evidente que no está excluido de tal abono el poseedor de mala fe; debiendo significarse que las frases empleadas en el primer párrafo del antes citado artículo 455 no pueden tener, al referirse a la conservación de la cosa, un sentido tan restringido como el que se le concede en la resolución impugnada, pues, sin ser vinculantes para esta Sala, en razón de su procedencia, las sentencias que en el auto referido se mencionan, habida cuenta de los precedentes del Derecho romano y las Partidas, y de acuerdo con la doctrina científica preponderante, los gastos necesarios son aquellos imprescindibles para mantener íntegra la cosa en su normal función económica y cuya omisión supondría o la destrucción o el deterioro de la misma o de su estado de utilización económica, y, por ello, si bien el poseedor de mala fe no tiene derecho alguno sobre los frutos, ni tampoco sobre las mejoras útiles, sí debe tenerlo para que se le abonen los gastos hechos para la producción de aquéllos, tanto por el principio general que rige los gastos necesarios —art. 453 C. c.— como por la máxima que veda el enriquecimiento injusto en perjuicio de tercero". En el siguiente considerando reproduce la doctrina de la S. citada de 20 febrero 1968.

MORALES MORENO (*Posesión y usucapión*, pág. 33, nota 82) advierte en esta sentencia la influencia práctica de las declaraciones de las Leyes Fundamentales sobre la función social de la propiedad.

Ya en la S. 5 julio 1941 (*Rep. Aranzadi*, núm. 1.900), *Angustias C. P. c. Manuel R. R.*, se rechaza la impugnación basada en ser los gastos que la sentencia de instancia ordena abonar en razón de labores preparatorias de la cosecha "no necesarios", violándose los artículos 433, 453 y 455 C. c.; pero no se pronuncia el Tribunal Supremo sobre el fondo del asunto por considerar el tema "cuestión nueva" en casación.

(220) Este segundo supuesto presenta cierta dificultad, y debe ser diferenciado del primero, mucho más claro o indudable. Algunas de las Sentencias que negaron el abono de los gastos de producción al poseedor de mala fe se ocuparon del segundo caso, en el que debe tenerse en cuenta también

Aquí interesa exclusivamente la primera forma, de la que resulta que la cantidad a abonar por el poseedor de mala fe en concepto de frutos percibidos se reduce en definitiva al beneficio neto por él obtenido. Puede dudarse todavía si para este cálculo se atenderá a cada uno de los períodos fructíferos o de los ejercicios económicos que abarque el tiempo de posesión indebida, o si podrán compensarse las pérdidas de algunos de ellos con ganancias en otros, considerando, por tanto, el tiempo de la posesión como un solo período contable. Las ideas expuestas sobre la prestación del enriquecimiento inclinan en este último sentido.

5.5.3. *Los gastos de “cambio de destino económico” de la cosa poseída*

El planteamiento aquí mantenido sobre las ideas de resarcimiento del daño y de prestación del enriquecimiento como explicaciones del abono de frutos tiene posteriores consecuencias, posibilitando a lo que creo una solución justa en otro punto oscuro de la disciplina de la posesión de mala fe. Me refiero a los gastos útiles hechos por el poseedor. El poseedor de mala fe no tiene derecho al abono de los gastos útiles hechos sobre la cosa (cfr. arts. 453 y 455). De otra parte,

el artículo 362 C. c., según el cual “el que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización”. Quizá la forma de armonizarlo con el 356 sea, partiendo de que la cantidad abonable por gastos de producción no puede superar el valor de los frutos, atender a los que existen en el momento de la restitución de la posesión. Si los frutos no estaban todavía manifiestos o nacidos, nada puede pedir el poseedor de mala fe en concepto de gastos de producción (pierde lo sembrado o plantado sin indemnización: artículo 362). Si pendían ya, la cantidad abonable no puede superar el valor en ese momento de los frutos pendientes. O bien podría procederse, una vez percibidos los frutos, a distribuir su valor proporcionalmente al tiempo de cada posesión (analogía con el artículo 452) y a las cantidades invertidas en la producción respectivamente por el poseedor de mala fe y por el vencedor en la posesión (pues no han de ser peor tratadas las inversiones del vencedor que las del vencido). La cantidad resultante sería el límite máximo a abonar en concepto de gastos de producción; lo que tiene importancia cuando el período fructífero se ha cerrado con pérdidas. Por ejemplo, el poseedor invirtió 50 y poseyó durante cien días del período fructífero; el vencedor invirtió otros 50 y poseyó durante doscientos días; los frutos percibidos valen 60: la cantidad de abonar al poseedor vencido no podrá pasar de 20.

No excluyo que una consideración más atenta de todos los datos del problema lleve a conclusiones parcialmente distintas. En cualquier caso, he querido mostrar que el abono de gastos de producción al poseedor de mala fe, cuando no se trata de una mera partida contable en la cuenta de liquidación de los frutos, entraña problemas bastante complejos. Parece absolutamente seguro (aun si se rechazan las anteriores observaciones) que la cantidad a abonar no podrá nunca superar el producto bruto de los frutos percibidos por el vencedor en la posesión: de otra forma se produciría un desplazamiento del riesgo de la explotación ilegal que el poseedor emprendió en su propio beneficio a costa del verdadero dueño (que no sufriría este perjuicio si se hubiera abstenido de ejercitar su derecho sobre la cosa). Obsérvese que esta transferencia del riesgo puede evitarla el vencedor, incluso frente a un poseedor de buena fe (art. 452-3.º).

según el artículo 362, “el que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización”. La doctrina —ante unos resultados que parecen poco equitativos— llega a concederle, con cierta dificultad dados los textos legales, un *ius tollendi* (analogía con los gastos de “lujo y recreo”) de escaso alcance práctico (221).

En mi opinión, el poseedor de mala fe no tiene derecho al abono de mejoras útiles, ni más probablemente el *ius tollendi*; pero ello no obsta para que los gastos hechos —como es obvio respecto de los de siembra— deban tenerse en cuenta como cantidad a deducir del monto debido en concepto de “frutos percibidos”. Se trata de cantidades invertidas en alterar el destino económico de la cosa (aumentando su rendimiento) que si bien no han de ser abonadas por el vencedor en la posesión —que aprovechará el mayor valor que el fundo ha adquirido, traducido en su mayor capacidad para producir en el futuro— han restado como coste en la percepción de frutos por el poseedor. Quien transforma un campo de secano en huerto de regadío, o quien levanta un edificio que alquila por pisos en terreno que sabe ajeno, no puede pedir indemnización alguna por los gastos realizados en poner en regadío o en edificar. Pero tampoco ha de abonar en concepto de frutos percibidos el valor de los productos de la huerta o de los alquileres cobrados, en cuanto excede de lo que el vencedor en la posesión habría percibido según la anterior destinación de la cosa, y mientras no excede de lo que el poseedor de mala fe ha gastado en alterar la destinación. Pues sólo hasta el límite de lo que el propietario pudo percibir con arreglo a la anterior destinación del fundo ha sufrido perjuicio que deba indemnizársé, y sólo en lo que lo percibido en bruto excede de los gastos hechos (y que no son abonados al poseedor) habrá enriquecimiento por parte del poseedor de mala fe. Y si no ha habido enriquecimiento del poseedor ni se trata de resarcir el daño causado por la privación del goce de la cosa, el desplazamiento patrimonial a favor del vencedor en la posesión carecería absolutamente de toda causa justificativa.

5.6. LA IDEA DE ACCESORIEDAD

He indicado anteriormente cómo la concepción originaria sobre restitución de frutos comprendía éstos en la *omnis causa* que, con la cosa misma, debía entregarse al reivindicante (o al *hereditatis petitio*) vencedor. Los frutos, como accesorios de la cosa, han de entregarse con ésta.

Ampliado el concepto de frutos a los civiles, y referida la restitución también a los *percipiendi* (que, no siendo objetos, mal pueden ser objetos accesorios de otro), y, sobre todo, entendido el abono de frutos como una obligación a pagar en dinero, basada princi-

(221) ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. III, vol. I, pág. 97; contra MANRESA, t. IV, pág. 286.

palmente en el resarcimiento del daño causado al actor, la pretensión de abono de frutos tiende a independizarse de las acciones reivindicatorias, de petición de herencia, de nulidad, etc., abriendo la posibilidad de su ejercicio —o al menos de discutir sobre ello— por quien carece de acción para pedir la restitución de la cosa al poseedor (vg., arrendatario rústico desposeído por quien dice ser verdadero arrendatario, transcurrido el año de plazo para el ejercicio del interdicto). Pero las ideas tradicionales en la materia producen todavía notables consecuencias.

a) En general, no puede ejercitarse con independencia la acción dirigida a recuperar la posesión (sobre la base de la titularidad del desposeído sobre la cosa) y la relativa a abono de frutos por el poseedor. Es decir, no puede el propietario exigir frutos sin reivindicar la cosa (222) (más estrictamente, sin ejercitarse al menos una acción declarativa de propiedad sobre la cosa-madre), pues sólo así podrá probar su derecho de propiedad, la posesión del demandado y la mala fe de éste. A lo más, cabrá admitir que el abono de frutos se pida en un proceso posterior, pero sobre la base de la sentencia condenatoria en el de reivindicación.

b) Si ya no puede recuperarse la cosa-madre, tampoco podrán reclamarse frutos. En particular, usucapida la cosa-madre no puede el anterior propietario pedir abono de frutos ni aun del último año (que es el plazo más breve de prescripción que conoce nuestro Código), ni tampoco reivindicar los frutos naturales existentes, ni siquiera aquellos para los que no haya transcurrido el plazo de usucapión de muebles, o de prescripción de la reivindicatoria sobre ellos.

c) La acción para reclamar frutos no prescribe sino cuando lo haga la principal. Esta última consecuencia es de particular importancia y merece una consideración independiente. La doctrina entiende que el poseedor debe restituir los frutos por toda la duración de la posesión (223) precisamente porque los frutos no pueden exigirse mediante acción separada *ad hoc* (224). A ello podría objetarse que nada impidió al reivindicante interponer antes su acción, de modo que, si no lo hizo, es razonable que pierda los frutos en plazo más breve que la cosa (cuando ésta es inmueble) (225).

(222) Ardid que, de triunfar, trastocaría todas las normas de procedimiento y competencia: dada la cuantía mínima de los frutos demandados, podría lograrse en un juicio de cognición o aun en uno verbal una declaración de propiedad del actor, mas la de ser el demandado poseedor de mala fe (presupuestos de la condena en frutos), cuyos efectos de cosa juzgada (o al menos la gran dificultad de impugnarlos) evitarían prácticamente la incoación del proceso de mayor cuantía necesario para la reivindicación de la finca. Me consta que en la práctica se ha pretendido alguna vez, y con esta finalidad; ignoro con qué resultado.

(223) *Cfr. BARCELLONA, Frutti*, pág. 218 (n. 68).

(224) *Vid. GIORGI, Teoría de las obligaciones*, trad. cast., VIII, pág. 471.

(225) Parece plausible que el poseedor (salvo que adquiera la posesión por hecho delictivo) adquiera por usucapión (de seis años) los frutos separados, y que el dueño pierda la acción reivindicatoria sobre ellos en el mismo

La no prescriptibilidad independiente de la acción de frutos entra en contradicción valorativa con las razones que al mismo legislador llevan a establecer el plazo de cinco años para la prescripción de la obligación de satisfacer el precio de los arriendos o cualesquiera otros pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves (artículo 1.966 C. c.) (226).

No parece, con todo, que pueda mantenerse *lege lata* la prescriptibilidad independiente de la obligación de abonar frutos. La doctrina jurisprudencial sobre la no aplicación del número tercero del artículo 1.966 a la deuda de intereses dificultaría aún más esta tesis, que, sin embargo, parece defendible *iure condendo* (con el plazo, quizá, de cinco años) (227).

plazo. Pero esto no obstaría a la pretensión de abono de frutos, que es independiente de la propiedad de ellos. En P. 3.29.4 y 5 se discurre sobre usufrucción de los frutos de las cosas hurtadas, forzadas o robadas; pero sólo a favor de terceros adquirentes. GREGORIO LÓPEZ, en gl. 8 a P. 3.28.39, respecto de la obligación del poseedor de buena fe de restituir los frutos naturales, advierte: *et limita nisi praescriberet triennio*. Aquí sí que parece admitirse una prescripción (extintiva) de la acción de restitución de frutos, con independencia de la reivindicatoria.

(226) Con las consecuencias llamativas que se observan en S. 15 enero 1915 (*Jurispr. civ.*, t. 132, pág. 83); *Julián García Foronda c. Braulio Herrero Villanueva*: El arrendatario que pretende poseer como dueño y ve rechazada la existencia de una usufrucción extraordinaria por negársele aquel carácter no está obligado, como arrendatario, sino al pago de las cinco últimas anualidades, de conformidad con lo prevenido en el art. 1.966.

(227) En el pasado siglo, CIMBALI (*Il possesso per acquistare i frutti*, págs. 61-63) abordó con energía el tema, atacando la “lógica de los legisladores; quienes, mientras consienten que con treinta años el poseedor de mala fe adquiera el dominio entero de las cosas inmuebles, le niegan que antes de este plazo pueda ganar una parte siquiera de los frutos percibidos”. Lo cual, aparte de otras consideraciones de equidad y oportunidad, le parece gravemente contradictorio con el criterio que los mismos legisladores mantienen en otros casos, al disponer la prescripción quinquenal de las anualidades de las rentas perpetuas y vitalicias, pensiones alimenticias, mercedes arrendaticias, intereses de sumas debidas y, en general, de todo lo que debe pagarse por años o en términos más breves (art. 2.144 Cód. it. 1865, similar al art. 1.966 C. c. español). “El derecho de crédito, *caput*, se conserva, pero se pierden los frutos, y no se indaga la conciencia del deudor, sino que se castiga la negligencia del acreedor. ¿Por qué hacer uso de una doble lógica, cuando se trata de concurrencia de las mismas razones?”

Su argumentación, como se ve, se coloca en el terreno del Derecho constituyente. Lo mismo, en nuestra doctrina, MANRESA (IV, págs. 277-278): “¿Debe abonar el importe de todos los frutos desde que empezó su posesión? Indudablemente, puesto que el art. 455 no distingue. Pero los frutos, una vez separados de la cosa, son bienes muebles. Si el poseedor los conservase en su poder, ¿no los adquiriría por el término de seis años, con arreglo al párrafo segundo del art. 1.955? En todo caso, ¿no pierde el dueño el derecho de reivindicarlos a los mismos seis años, según el art. 1.962? Aunque se considerasen intereses de un capital, ¿no pierde el acreedor el derecho para reclamar? Por otra parte, tenemos que los frutos son accesorios de la finca, y como tales, deben incluirse en la restitución (arts. 354 y 1.097); que en cierto modo el poseedor viene a tener su derecho sujeto a una condición resolutoria legal, cuyos efectos señala el art. 1.123, y, sobre todo, lo absoluto del precepto de los arts. 455 y 760. No podemos desarrollar esta cuestión,

RELACION DE OBRAS CITADAS

- ALBADALEJO, Manuel: *Derecho civil. I. Introducción y parte general*, vol. II. *Las cosas y los hechos jurídicos*, 2.^a ed. Barcelona, 1973. III. *Derecho de bienes*, vol. I, *Parte general y derecho de propiedad*. Barcelona, 1974.
- APALATEGUI, Pedro de: *vid. MUCIUS SACEVOLA*.
- BARASSI, Ludovico: *Diritti reali e possesso*. I. *I diritti reali*. II. *Il possesso*. Milán, 1952.
- BARCELLONA, Pietro: *Frutti (Dir. civ.)*, voz de la "Enciclopedia del Diritto" Giuffrè, t. XVIII, 1969, págs. 204-236.
- BIONDI, Biondo: *I beni*, vol. IV, t. I, del "Trattato de Diritto civile italiano", bajo la dirección de F. Vasalli. Turín, 1953.
- CAPITANT, H.: *vid. COLIN, A.*
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*. T. II, *Derecho de cosas*, vol. I, *Los derechos reales en general. El dominio, la posesión*. 10.^a ed. Madrid, 1964.
- CASTILLO SOTOMAYOR, Juan: *Quotidianarum controversiarum iuris tomus sextus: in quo de coniecturis et interpretatione ultimarum voluntatum...* Coloniae Allobrogum, Perachon et Cramer, 1726.
- CASTRO, Federico de: *El negocio jurídico*. T. X del "Tratado práctico y crítico de Derecho civil", Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967.
- CIMBALI, Enrico: *Del possesso per acquistare i frutti*, 2.^a ed. Turín, 1897.
- COLIN, A., y CAPITANT, H.: *Curso elemental de Derecho civil*, trad. cast. con notas de Demófilo de Buen. T. II, vol. II. *De los bienes y de los derechos reales principales*, 3.^a ed. Madrid, 1952.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: *El concepto de "interrupción legal de la posesión" del art. 451 C. c. a los efectos de la percepción de frutos*. RGLJ, 191, 1952, págs. 169-196.
- DE MARTINO, Francesco: *Possesso*, en el "Commentario del Codice civile", al cuidado de A. Scialoja y Branca. Libro III, *Della proprietà*, arts. 1.100-1.172. Boloña-Roma, 1954.
- ENGISCH, Karl: *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. cast. Madrid, ed. Guadarrama, 1967.
- ENNECCERUS: *vid. WOLFF, Martín*.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *Concepto de frutos en el Código civil español*. RDN, IX-X, julio-diciembre 1955, págs. 61-240.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del profesor Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente. Zaragoza, 1974.
- GARCÍA VALDECASAS, G.: *La posesión incorporeal del despojado y la posesión de año*. RDP, 1946, págs. 336-345 y 413-427.
- GARCÍA VALDECASAS, G.: *La posesión*. Granada, 1953.
- GENTILE, Francesco Silvio: *Effetti del possesso e azioni possessorie*. Nápoles, 1958.
- GIORGI, Jorge: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, trad. cast., Madrid, 1930.
- GÓMEZ-ACEBO, F.: *La buena y la mala fe en el Código civil*. RDP, 1952, págs. 192-237.

que abraza en realidad otras muchas, y aunque legalmente tal vez no quiera conceder ventaja alguna al poseedor, no creemos injusto limitar su responsabilidad, porque el tiempo, en su acción creadora y destructora, no puede menos de cambiar el aspecto de todas las cosas. Ni el propietario merece tan excesiva recompensa; los frutos de seis años, éste debe ser el límite de su derecho, aun cuando todos se exigiesen al poseedor."

- GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBÁN, Juan Manuel: *Elementos del Derecho civil y penal de España*. 7.^a ed., t. I, Madrid, 1865.
- GRECO, Francesco: *Della proprietà*, en G. Pescatore, R. Albano y F. Greco, *Della proprietà, Commentario del Codice civile redatto a cura di magistrati e docenti*, libr. III, t. III (arts. 1.100-1.172). 2.^a ed., Turín, UTET, 1968.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito: *Códigos o estudios fundamentales sobre Derecho civil español*, t. I, Madrid, 1863; t. IV, Madrid, 1869.
- HEDEMANN, J. W.: *Derechos reales*, trad. cast. y notas de J. L. Díez Pastor y M. González Enríquez, Madrid, ed. Rev. Der. Priv., 1955.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio: *La función social de la posesión*. Madrid, Alianza editorial, 1969.
- LABANDERA Y BLANCO, Víctor: *Nulidad, anulabilidad y rescindibilidad en el Código civil*. RDP, 1913-1914, págs. 171-182.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general*. Barcelona, Librería Bosch, 1974.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. cast. Barcelona, Ariel, 1966.
- MALAFOSSE, J.: vid. OURLIAC.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentarios al Código civil español*, t. IV, 3.^a ed., Madrid, 1910.
- MARTÍN PÉREZ, Antonio: *Derechos reales*, I, *Doctrinas generales. La posesión*. (Sobre las explicaciones del curso 1956-1957 como encargado de cátedra en la Facultad de Derecho de Madrid.) Zaragoza, ed. Noticiero, S. A., 1958.
- MARTÍN-RETORTILLO, Cirilo: *Clases de frutos en el Código civil*. ADC, 1951, págs. 139-155.
- MARTY, G., y RAYNAUD, P.: *Droit civil*, t. II, vol. 2.^o. *Les biens*. París, Sirey, 1965.
- MAYNAR BARNOLAS, Manuel: *El testamento es un absurdo*. Con un prólogo del doctor José Castán Tobeñas y un epílogo del doctor Juan Moneva y Puyol. Madrid, 1948.
- MONTEL, Alberto: *Possesso* (Dirito civile), voz del Noviss. Dig. it., t. XIII, páginas 333 a 409.
- MONTEL, Alberto, y PROTETTI, Ettore: *Possesso e azioni possesorie nella giurisprudenza*. "Raccolta sistematiza di giurisprudenza commentata." Padua, 1970.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *Posesión y usucapión. Estudio de la posesión que conduce a la usucapión en el Código civil español*. C. S. I. C. Madrid, 1972.
- MOSCO, Luigi: *I frutti nel Diritto positivo*. Milán, Giuffrè, 1947.
- MOZOS, José Luis de los: *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*. Barcelona, Bosch, 1965.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus: *Código civil*, comentado y concordado extensamente, puesto al día por Pedro de Apalategui. T. VIII, *De la posesión*, arts. 430 a 466. 5.^a ed. Madrid, 1948.
- OURLIAC, Paul, y MALAFOSSE, J.: *Derecho romano y francés histórico*. Traducción al español y anotaciones de Manuel Fairén. T. II, *Los bienes*. Barcelona, Bosch, casa editorial, 1963.
- PACIFICI-MAZZONI, Emidio: *Istituzioni di Diritto civile italiano*. 5.^a ed. a cura di G. Venzi. Vol. III, parte I. Florencia, 1915.
- PLANIOL, M., y RIPERT, J.: *Tratado práctico de Derecho civil francés*. T. III, *Los bienes*. Con el concurso de M. Picard, trad. cast., Habana, 1946.
- POTHIER, J.: *Traité du droit de domaine de propriété*, en *Oeuvres complètes*, t. X, París, Langlois y Durand, 1844.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*. t. III, vol. I. *El Derecho real. La posesión. La propiedad. Sus límites. Adquisición y pérdida. Ejercicio de acciones*. 2.^a ed. Barcelona, 1971.
- RAYNAUD, P.: vid. MARTY, G.
- SACCO, Rofoldo: *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*. Turín, 1959.

- SACCO, Rodolfo: *Il possesso. La denuncia di nuova opera e di danno temuto. Trattato di diritto civile directo da G. Grossi e F. Santoro-Passarelli*, vol. III, fasc. 7. Milán, 1960.
- SALA, Juan: *Ilustración del Derecho real de España*, 3.^a ed., t. I, Madrid, 1832.
- SALINAS QUIJADA, Francisco: *Derecho civil de Navarra*, II, *Derecho de las personas. Derecho de cosas*. Pamplona, 1972.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe: *Estudios de Derecho civil*, III, 2.^a ed. Madrid, 1900.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Usufructo de montes*. Barcelona, Bosch, 1960.
- SAVIGNY, F. C.: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. cast. por Jacinto Mesía y Manuel Poley, 2.^a ed. Madrid, s. f.
- SCUTO, Carmelo: *La natura e il fondamento dell'acquisto dei frutti da parte del possessore di buona fede*. Riv. Dir. civ., 1915, págs. 336-355.
- VENEZIAN, G.: *Usufructo, uso y habitación*, trad. cast., anotada por J. Castán Tobeñas. Madrid, 1928.
- WINSCHEID, B.: *Diritto delle Pandette*, trad. italiana con notas de Fadda y Bensa, vol. I, parte 2.^a. Turín, 1902.
- WOLFF, Martín: *Derecho de cosas*, vol. I. *Posesión. Derecho inmobiliario. Propiedad*. T. III del "Tratado de Derecho civil", de Enneccerus, Kipp y Wolff, trad. cast., 2.^a ed. al cuidado de J. Puig Brutau. Barcelona, 1951.

Matrimonio civil y revisión del concordato

(Cuestiones en torno al artículo 42 del Código civil)

ALBERTO DE LA HERA

Catedrático de la Universidad Complutense

SUMARIO: I. Introducción. II. El matrimonio civil en la época del Concordato de 1851. III. El artículo 42 del Código civil. IV. La interpretación del artículo 42 del Código civil entre 1889 y la actualidad: 1) 1889-1900; 2) 1900-1906; 3) 1906-1907; 4) 1907-1913; 5) 1913-1931; 6) 1931-1932; 7) 1932-1938; 8) 1938-1941; 9) 1941-1953; 10) 1953-1954; 11) 1954-1956; 12) 1956-1958; 13) 1958-1969; 14) 1969-... V. El sistema actual del matrimonio civil y su problemática. VI. La revisión del Concordato de 1953.

I. INTRODUCCION.

El Concordato español de 1953 dedica al matrimonio los artículos XXIII y XXIV, así como cuatro párrafos del «Protocolo Final» en relación con el artículo XXIII. De tales textos, el art. XXIII establece que «El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico». En relación con este artículo, el Protocolo Final señala, en su párrafo A, los requisitos registrales para la atribución de los citados efectos civiles; en sus párrafos B y C, impone la adecuación de las normas civiles a las canónicas en relación con el matrimonio de los hijos de familia y con el reconocimiento de matrimonio mixtos; en el párrafo D, el Estado acepta la adecuación entre la Ley Natural y el Derecho civil matrimonial en materia de impedimentos. Finalmente, el artículo XXIV está todo él destinado a regular la competencia exclusiva de la Iglesia en las causas de nulidad y separación de los matrimonios canónicos.

Es evidente que tales preceptos tocan nada más que una parte del complejo total de la regulación jurídica de matrimonio. El Estado español, a la hora de fijar en su legislación las normas relativas a la institución matrimonial, se ve condicionado por el Concordato, pero sólo de una manera parcial; el Concordato no contempla todo el campo

jurídico del matrimonio, ni indirectamente —ello es obvio con la sola lectura de los textos antes reseñados—, ni indirectamente —como veremos a lo largo de estas páginas—.

El objeto de estas páginas consistirá, pues, en estudiar la tipificación jurídica del sistema matrimonial español y la incidencia del Concordato de 1953 sobre nuestro Derecho civil, en orden a determinar el lugar que en este Derecho ocupan el matrimonio canónico y el civil; y si, a la hora de revisar el Concordato, puede o no resultar aconsejable el modificar su actual contenido en esta materia. El tema, sin ser nuevo, está menos tratado de lo que podría suponerse; como ha escrito Portero, en los estudios sobre la revisión del Concordato «el tema matrimonial no ha sido precisamente en España el más favorecido» (1); y, en todo caso, siempre caben aportaciones y puntos de vista que se añadan a la bibliografía existente.

II. EL MATRIMONIO CIVIL EN LA EPOCA DEL CONCORDATO DE 1851.

El Concordato de 1851, último firmado entre la Santa Sede y España antes del de 1953, y que estuvo vigente hasta 1931, «no menciona siquiera la cuestión del matrimonio» (2). Ello se explica porque «el proceso secularizador del matrimonio no había hecho acto de presencia en nuestra patria» (3); «a nadie se le había ocurrido todavía poner en duda su carácter sagrado, ni había pensado el Estado en disputar a la Iglesia la jurisdicción sobre el matrimonio, reconocida siempre hasta entonces por nuestras leyes antiguas y modernas» (4). La afirmación contraria de Sánchez Román —«desde que España se constituyó en nacionalidad, con vida y Derecho propios, a principios del siglo V, hasta que muy vencido el XVI, Felipe II introdujo, como legislación del Estado en materia matrimonial, la reforma tridentina, más bien puede decirse que coexisten las formas civil y religiosa del matrimonio; y, por consiguiente, que se mantuvo en las leyes españolas el concepto de la secularización jurídica del matrimonio» (5)— ha sido considerada errónea por Fuenmayor (6) y Navarro Valls (7). En realidad, esa frase de Sánchez Román, que el autor ofrece sin aportar cita ni prueba de ninguna clase, hay que entenderla como nacida de un error que se da con

(1) PORTERO, *Régimen matrimonial español y Concordato*, en “La Institución concordataria en la actualidad. Trabajos de la XIII Semana de Derecho Canónico”, Salamanca, 1971, p. 511.

(2) PÉREZ MIER, *Iglesia y Estado nuevo*, Madrid, 1940, p. 522.

(3) FUENMAYOR, *El matrimonio y el Concordato español*, en “Ius Canonicum”, III, 1963, p. 297.

(4) PÉREZ MIER, ob. y lug. cit.

(5) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, V, 1.º, *Derecho de Familia*, Madrid, 1912, p. 408.

(6) FUENMAYOR, ob. cit., p. 291, n. 110.

(7) NAVARRO VALLS, *Divorcio: orden público y matrimonio canónico*, Madrid, 1972, pp. 221-222.

muchas frecuencias en los civilistas: el considerar a la forma de celebración como el elemento determinante de la naturaleza civil o canónica del matrimonio. Es frecuentísimo, en efecto, encontrar entre los cultivadores del Derecho civil la afirmación de que el matrimonio es canónico o civil según se celebre «*in facie Ecclesiae*», según la forma canónica, o ante la autoridad estatal señalada por los requisitos formales de la legislación civil. Aún más, se considera matrimonio civil a todo el contraido según una forma que no sea la establecida como obligatoria por la ley canónica; no se tiene en cuenta si esa obligatoriedad lo es para la validez o, como durante siglos fue normal, sólo para la licitud; ni si se trataba de una forma canónica jurídica o meramente litúrgica (8). La aplicación, pues, de esquemas y categorías jurídicas modernas al Derecho pretridentino impidió a los civilistas entender la gran variedad de formas de celebración admitidas por la legislación canónica, variedad que hoy no ha desaparecido del Derecho actual de la Iglesia. Así pudo Sánchez Román tomar por matrimonio civil diferentes tipos de matrimonios canónicos. Y la confusión aún se da la mano con otra, que identifica matrimonio canónico con matrimonio sacramental, y considera civiles todos los matrimonios no sacramentales. De ambas opiniones hay abundantísimas huellas en la literatura y en la legislación civiles sobre el matrimonio.

Los canonistas no caen en tal error. No olvidan, en efecto, que la forma de recepción del consentimiento (9) no es nunca un elemento esencial del matrimonio —aun cuando se la requiera para la validez— ni sirve de criterio para determinar su naturaleza jurídica. El matrimonio es canónico si cae bajo la competencia de la Iglesia Católica, y esa competencia no existe porque el matrimonio sea sacramento —que puede no serlo (10)—, ni porque deba contraerse en forma canónica —que puede no obligar—; esa competencia existe porque uno de los contrayentes sea miembro de la Iglesia; y es miembro de la Iglesia quien haya recibido válidamente el sacramento del bautismo. A estos miembros de la sociedad Iglesia, la ley canónica les marca no una, sino varias posibles formas de contraer matrimonio, adecuadas a las diferentes posibles circunstancias en que tales personas puedan encontrarse: incluso, en algunos supuestos, aparece la forma civil, la celebración de las nupcias en forma civil, entre las formas previstas o aceptadas por la legislación de la Iglesia como válidas para celebrar un matrimonio canónico.

(8) Vid GISMUNDI, *La celebrazione del matrimonio secondo la dottrina e la legislazione canonica sino al Concilio Tridentino*, en “*Ephemerides Iuris Canonici*”, V, 1949, pp. 301-338.

(9) Utilizo, siguiendo a LALAGUNA (*Función de la forma jurídica en el matrimonio canónico*, en “*Ius Canonicum*”, I, 1961, pp. 215-227), la única terminología correcta, pues, por supuesto, es a la forma de recepción a la que los autores suelen referirse cuando hablan de forma del matrimonio, o de matrimonio en forma civil o canónica.

(10) La mayoría de la doctrina niega el carácter sacramental del matrimonio entre bautizado y no bautizado, el cual es, sin embargo, matrimonio canónico (vid. BERNÁRDEZ, *Curso de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid, 1971, p. 40).

nico. Ocurre entonces que esos «matrimonios en forma civil» —como les ha llamado Fuenmayor (11)— son matrimonios canónicos; y hasta podría decirse, yendo más lejos en la terminología, que son matrimonios en forma canónica, ya que la Iglesia ha hecho suya la forma civil, por ej., en aquellos casos en que en virtud del canon 1.098 juega la forma civil como forma canónica extraordinaria (12).

Estas ideas, que nos serán útiles en el resto de nuestro estudio —razón por la que nos hemos detenido algo más en su exposición—, explican por qué en nuestra historia jurídica hayan podido ser considerados matrimonios civiles los que no eran sino matrimonios con formas peculiares, mal interpretados por Sánchez Román y descritos en cambio con suficiente exactitud por Eloy Montero para el caso español (13) y por Sara Acuña en el marco de la legislación canónica general (14).

A la época del Concordato de 1851 se llega, pues, desconociéndose el matrimonio civil en nuestro Derecho patrio; la recepción del Derecho canónico es completa en esta materia. En lógica consecuencia nos encontramos con el silencio del texto concordado, toda vez que la recepción citada no se operaba por vía concordataria —los concordatos precedentes silencian igualmente el tema— sino directamente por el ordenamiento estatal.

Tal consideración nos pone delante de un hecho: la competencia del Estado sobre el matrimonio civil es directa, autónoma, y su ejercicio no precisa ser pactado con la Iglesia. Si hubo en España, hasta después del Concordato isabelino, matrimonio canónico obligatorio según la ley civil en lugar de matrimonio propiamente civil, fue porque así lo dispuso la propia legislación del Estado español. Lo que el Estado no puede hacer, sin olvidar los derechos fundamentales del hombre, es prohibir el matrimonio canónico de aquéllos de sus súbditos obligados a contraerlo según la ley canónica; pero ello no le priva de su competencia sobre el matrimonio civil, terreno en el que —como en tantos otros— deberá, por otra parte, legislar de acuerdo con presupuestos éticos y principios de representatividad que en este momento no vamos a analizar (15). Sin acertar a explicarla así, esta idea no es desconocida para la civilís-

(11) FUENMAYOR, ob. cit., p. 412.

(12) Que fue, exactamente, lo que ocurrió con los famosos matrimonios de la guerra civil española de 1936-39; los graves problemas que de ellos se derivaron, y que han motivado una rica bibliografía, nacieron precisamente de haber ignorado el nuevo Estado español que un matrimonio puede ser canónico aunque se haya celebrado en forma civil.

(13) MONTERO, *El Concordato y la legislación matrimonial*, en “El Concordato de 1953. Conferencias pronunciadas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid durante el curso 1953-54”, Madrid, 1956, pp. 289-294.

(14) ACUÑA, *La forma del matrimonio hasta el Decreto “Ne Temere”*, en “Ius Canonicum”, XIII, enero-junio 1973, pp. 137-190.

(15) Vid. DE LA HERA, *Confesionalidad del Estado y libertad religiosa*, en “Ius Canonicum”, XII, julio-diciembre 1972, pp. 94-95.

tica de nuestro siglo XIX (16), que se bate por el derecho autónomo del Estado a regular con sus propias leyes el matrimonio civil; y resulta hoy pacífica en nuestros actuales civilistas, encabezados por aquellos que con mayor asiduidad vienen estudiando la temática matrimonial, como Fuenmayor, García Cantero, Lacruz, Sancho Rebullida, Lalaguna, etc.; así como en los canonistas que han tocado estos puntos del Derecho matrimonial: Bernárdez, Hervada, López Alarcón, Reina, Portero, Navarro Valls, etc.

III. EL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL.

El silenció del Concordato de 1851, si respetaba la autonomía del Estado ante el posible establecimiento de un matrimonio civil en España, dejaba en cambio desamparado al matrimonio canónico, dependiente de sólo la buena voluntad del legislador estatal. De ahí el agitado iter que marca la introducción del matrimonio civil en nuestro Derecho: aparece, por vez primera, impuesto como única forma civilmente eficaz mediante la Ley de 18-VI-1870; es derogado como forma exclusiva matrimonial mediante varios decretos de 1875, que aceptaban de nuevo el matrimonio canónico y mantenían como excepcional o supletorio al civil; se llega en 1887 a la fórmula de compromiso León XIII-Alonso Martínez, que se incorpora a la base 3.^a de la Ley de 11-V-1888 y se transforma en fin, casi literalmente reproducida, en el artículo 42 del Código civil (17). El tenor de éste, en aquélla su primera redacción de 1889, fue el siguiente: «La ley reconoce dos formas de matrimonio: el canónico, que deben contraer todos los que profesen la Religión Católica; y el civil, que se celebrará del modo que determina este Código».

Dejando ahora de lado otros diversos problemas de exégesis de este texto legal (18), afrontados por la doctrina, podemos subrayar que el artículo 42 del Código civil dio en España definitiva carta de naturaleza a la duplicidad de matrimonios —canónico y civil—, estableciendo para éste una regulación propia y aceptando para aquél la ley canónica,

(16) Vid. SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pp. 404-407.

(17) Amplias referencias al tema en SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., pp. 404-424; GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pp. 11-23; FUENMAYOR, ob. cit., pp. 290-297, y *El sistema matrimonial español*, separata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, 1959, pp. 3 y ss.; LÓPEZ NIÑO, *Los sistemas matrimoniales en el Derecho concordatario*, Madrid, 1971, pp. 136-139; NAVARRO VALLS, ob. cit., pp. 221-223; LACRUZ-SANCHO REBULLIDA, *Derecho de Familia*, Barcelona, 1966, pp. 21-23; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, V, *Familia y Sucesiones*, Pamplona, 1972, pp. 40-43. Vid., especialmente, ESCUDERO ESCORZA, *Matrimonio de acatólicos en España*, Vitoria, 1964, pp. 9-114.

(18) Uno de ellos es el uso de la expresión "dos formas de matrimonio", en la que late la ya referida preocupación formalista de la civilística; sobre este punto del artículo 42, volveremos más adelante.

con una importante salvedad: quedan obligados a contraerlo quienes «profesen la Religión católica», locución que parece poseer un sentido más restringido que el de la correspondiente ley canónica, que ha considerado siempre sometidas a sus normas matrimoniales a cuantas personas hayan recibido válidamente el sacramento del bautismo (19). Y decimos «parece poseer», porque los términos empleados en el artículo 42 resultan en cierto modo ambiguos, al no precisar, sin que quede lugar a dudas, dos extremos: 1) qué debe entenderse por «profesar» la religión católica; 2) si se requiere, para la obligatoriedad del matrimonio canónico, que profesen el catolicismo ambos contrayentes, o bastará que lo profese uno de ellos (20).

IV. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 42 DEL CODIGO CIVIL ENTRE 1889 Y LA ACTUALIDAD.

Aquel artículo 42 ha sido objeto, en estos dos puntos, de muy varias interpretaciones legales y doctrinales (21). Vigente tal norma —con el paréntesis de la II República— hasta la reforma del Código civil de 1958, las principales etapas de su interpretación, en relación con los puntos que nos ocupan, fueron:

1) 1889-1900. Al discutirse en el Congreso el Proyecto del Código civil, Azcárate presentó objeciones al artículo 42, basadas en la falta de precisión con que estaba redactado el mismo, en relación precisamente con la ambigüedad de la calificación de católicos en el futuro texto legal (22). Y ya durante la primera década de vigencia del Código, se dictaron «repetidas resoluciones... en el sentido de considerar como requisito necesario para la celebración del matrimonio civil la manifestación hecha ante autoridad competente por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos, que no profesan la religión católica» (23).

2) 1900-1906. Esta tendencia se impuso, y la Real Orden de 28-XII-1900 interpretó el art. 42 en el sentido de requerirse, para el

(19) Vid. WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum*, V, *Ius Matrimoniale*, Romae, 1928, pp. 71-72. La sumisión de todos los bautizados al Derecho Matrimonial canónico es, en sí misma, completa; el Derecho canónico, sin embargo, ha sabido acoger determinadas excepciones personales y materiales a esta norma general, de lo que puede ser un ejemplo —entre otros— el vigente canon 1.099 del CIC. En el propio WERNZ-VIDAL, ob. cit., pp. 71-74, puede verse suficiente información al respecto, así como en BERNÁRDEZ, ob. cit., pp. 26 y 292-294, y FUENMAYOR, *El matrimonio y el Concordato español*, cit., pp. 255-264.

(20) Vid MANRESA, *Comentarios al Código civil español*, I, Madrid, 1914, p. 247.

(21) Una pormenorizada referencia a las mismas, en FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, cit., pp. 11-31, y GARCÍA CANTERO, ob. cit., pp. 11-23 y 96-102.

(22) Vid. SANCHO REBULLIDA, *El artículo 42 del Código Civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, en «Pretor», VI, 1957, pp. 5-6. El texto de la intervención de Azcárate, en ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., pp. 227-231.

(23) Considerando de la Real Orden de 28-XII-1900 (vid. en «Encyclopedie Jurídica Española», t. XXII, voz *Matrimonio Civil*, p. 34).

matrimonio civil, la declaración de no profesar el catolicismo prestada ante la autoridad civil competente por al menos uno de los contrayentes (24). Con lo que se resuelven las dudas en favor de una notable facilidad para la celebración del matrimonio civil, al bastar que un sólo contrayente no profese la religión católica, y entender por «no profesar» la simple declaración «bajo su palabra» (25) de los interesados, sin requerirse mayor prueba. Parece muy defendible la opinión de que así se violenta un tanto el texto literal del Código —que parecía más bien establecer un sistema matrimonial supletorio— dando entrada a un sistema facultativo (26), en el que los contrayentes eligen, sin otro requisito que su deseo, la clase de matrimonio, civil o canónico, que han de contraer. Sin embargo, esta interpretación extensiva del art. 42 hizo fortuna, como veremos a continuación.

3) 1906-1907. Es sabido que el sistema matrimonial supletorio o subsidiario y el sistema facultativo coinciden en que ambos significan la implantación de dos clases de matrimonio: el religioso y el civil. Y se diferencian en que, en el sistema subsidiario, los que deseen contraer matrimonio civil deberán probar que no profesan la religión de que se trate, mientras que en el sistema facultativo los contrayentes pueden acudir a la celebración civil sin necesidad de someterse a requisito ni presentar prueba de ninguna clase. Lo cierto es que las diferencias entre ambos sistemas pueden llegar a ser verdaderamente sutiles: en España, de acuerdo con la Ley de 1900 antes citada, bastando como prueba la palabra del contrayente que afirma no profesar el catolicismo, ¿cabía hablar de sistema subsidiario mejor que de facultativo? Pero aún ese requisito mínimo desaparece en la Real Orden de 27-VIII-1906, que consideró lesiva para la libertad de los católicos que prefiriesen el matrimonio civil la necesidad de declarar que ya no profesaban la religión a la que un día pertenecieron; en consecuencia, interpreta al Código civil en el sentido del sistema matrimonial facultativo pleno, disponiendo que «no se exija a los que pretenden contraer matrimonio civil, conforme a las disposiciones de los arts. 86, 89 y siguientes del Código civil, declaración alguna relativa a la religión que profesan» (27).

4) 1907-1913. La anterior norma despertó notables reacciones en los sectores católicos del país (28), y fue casi inmediatamente derogada.

(24) "Enciclopedia Jurídica Española", cit., pp. 33-34.

(25) En sus considerandos, la Real Orden de referencia emplea expresamente estos términos ("Enciclopedia Jurídica Española", cit., p. 34).

(26) Tal es la opinión, acertada a mi parecer, de LÓPEZ NIÑO, ob. cit., p. 139.

(27) "Enciclopedia Jurídica Española", cit., pp. 34-35.

(28) Contra ella escribió VILLADA (*El matrimonio de los heterodoxos en España*, en "Razón y Fe", XVI, 1906, pp. 480 y ss.), y recurrió el obispo de Badajoz en vía contenciosa (vid. FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, cit., pp. 17-18). El propio FUENMAYOR (ob. cit., p. 18) afirma que la Real Orden de 1906 "introducía descaradamente" el matrimonio civil facultativo, mientras que GARCÍA CANTERO (ob. cit., pp. 16-17) habla de "extremado radicalismo" y de "criterio revolucionario". No

da, mediante la Real Orden de 28-II-1907, que restableció la vigencia de la de 28-XII-1900. La tesis de que la Real Orden de 27-VIII-1906 realizó una interpretación extensiva del Código civil, alterando el sentido de la norma, tiene acogida en esta nueva Orden de 1907; uno de sus Considerandos, en efecto, expresa que «la R. O. emanada de este Ministerio en 27 de agosto último, al "proclamar la libertad de los católicos para adoptar una de las dos formas de matrimonio que autoriza la ley" y al disponer "que no se exijan a quienes pretendan contraer matrimonio civil declaración alguna relativa a la religión que profesen", excede del límite de las facultades ministeriales, por cuanto la aplicación e interpretación de los preceptos del Código en la materia están reservadas a los Tribunales de Justicia, y su modificación o aclaración a las Cortes con el Rey» (29).

5) 1913-1931. Una Real Orden de 28-VI-1913 confirma el criterio de la de 1900, criterio predominante hasta entonces, y declara definitivamente el sentido de la ley. Hasta el advenimiento de la II República, esta interpretación de 1913 se mantiene inamovible, de modo que puede considerarse la interpretación auténtica del artículo 42 del Código civil para la época comprendida entre 1889 y 1931.

A tenor de la Real Orden de 1913 se confirma, pues, cuanto se ha dicho hasta ahora; a) basta que uno solo de los contrayentes no profese el catolicismo, para que pueda celebrarse el matrimonio civil; b) no solamente basta como prueba de no profesión la declaración del interesado, sino que no puede pedirse ninguna otra clase de prueba; ni siquiera considerar falsa la declaración si se encuentra una contradicción con la vida llevada hasta ese momento por el declarante. Hecha ante la autoridad pública declaración de no profesar la religión católica, no se admite prueba en contrario; ese solo hecho legitima, sin más requisitos, las nupcias civiles. El texto legal es en este sentido terminante: «Considerando que ha sido y es criterio constante de interpretación del artículo 42 con reducidas y efímeras variaciones, que la declaración hecha por ambos o uno solo de los que pretendan contraer matrimonio civil, de no profesar la Religión católica, basta para exceptuarlos de la imposición contenida en la primera parte del citado artículo»...; «consideran-

pueden aceptarse expresiones tan exageradas. No dudo de que, al interpretar el artículo 42 del Código civil, la Real Orden de 1906 alteraba algo el sentido originario de la norma; pero la alteración provenía ya de la Real Orden precedente de 1900, que a su vez recoge un criterio anterior recibido en resoluciones anteriores: pasar de la prueba consistente en la mera palabra del interesado, a ninguna prueba —es decir, a la prueba consistente en la conducta del interesado, que acude a contraer matrimonio civil, acto bastante significativo de que no se profesa el catolicismo—, me parece un cambio tan mínimo, que no se justifica la enemistad contra la Real Orden de 1906, al menos si no va acompañada de parecida oposición a la de 1900, que, en cambio, consiguió ser bien recibida en su momento, se impuso —como veremos enseguida— hasta 1931, y no parece tampoco merecer la crítica de la doctrina más reciente.

(29) "Enciclopedia Jurídica Española", cit., p. 36.

do que al proveer a esta petición el Juez municipal de..., desestimando la pretensión deducida en el escrito de referencia [mediante el que los interesados pidieron ser admitidos al matrimonio civil declarando no profesar el catolicismo], "por cuanto que los recurrentes consta de un modo fehaciente pertenecen a la religión católica y no han demostrado ni antes ni después al matrimonio proyectado estar separados ni conocido otra religión que la católica apostólica romana", infringe las primeras de las disposiciones citadas al principio, desconoce un derecho atribuido a los solicitantes, ejercitado en forma legal, a pretexto tan exhortitante como el de suponer que autorice la Ley, ni pueda existir ni prevalecer contra ella otra prueba del estado de conciencia, de naturaleza tan íntima y respetable, como la solemne declaración del interesado» (30).

Debe señalarse que, en mi opinión, no le falta lógica a esta interpretación del art. 42, en lo que hace a la fuerza de la declaración de acatolicidad: no es que ésta se presume verdadera *iuris et de iure*, sin que quepa alegar en contra la vida hasta ese momento llevada por el declarante; es que, al declarar su acatolicidad para celebrar un matrimonio civil, está indudablemente separándose de la Iglesia en ese instante, y así la declaración es siempre verdadera. Sin que se pueda tampoco decir que *uno solo* de los contrayentes es el que no profesa la religión, y que por tanto también en este punto es extensiva la interpretación del art. 42: el otro, si no hace una declaración oral o escrita de no profesar la religión católica, cabe al menos decir que la hace con su conducta, al acudir al matrimonio civil. En la Real Orden de 1906, esto hubiera bastado, pues allí no se pedía declaración alguna a los contrayentes, siendo suficiente el acudir ante el juez para celebrar las nupcias civiles. Realmente, aunque las Reales Ordenes de 1907 y 1913 sustituyen a la de 1906, no es muy distinto lo que disponen: una declaración expresa de uno de los contrayentes, que es siempre eficaz, y una conducta no menos expresa del otro, al que no se pide declaración alguna. Este fue, pues, el sistema, que parece desde luego facultativo, de matrimonio civil establecido en España durante los años que van de 1889 a 1931.

6) 1931-1932. Instaurada en España la II República el 14-IV-1931, un Decreto del mismo día, con la firma del Presidente y los Ministros del Gobierno Provisional, marcaba los «principios directivos» del nuevo Régimen, siendo el tercero de ellos el siguiente: «El Gobierno provisional hace pública su decisión de respetar de manera plena la conciencia individual mediante la libertad de creencias y cultos, sin que el Estado en momento alguno pueda pedir al ciudadano revelación de sus convicciones religiosas» (31). En correspondencia con este programa, un nuevo Decreto, del 22-V-1931, disponía que «Nadie, en

(30) "Enciclopedia Jurídica Española", Apéndice de 1913, p. 707.

(31) El Decreto se publicó en la "Gaceta" del 15 de abril. Vid. en "Enciclopedia Jurídica Española", Apéndice de 1931, p. 1285.

ningún acto de servicio ni con motivo de una relación con órganos del Estado, está obligado a manifestar su religión; en su virtud, los funcionarios, así civiles como militares, se abstendrán de inquirir sobre las creencias religiosas de quienes comparezcan ante ellos o les estén subordinados» (32).

Es patente la contradicción entre ambos Decretos y las Reales Ordenes de 28-VI-1913 y 28-XII-1900, que en aquel momento regulaban la admisión de los españoles al matrimonio civil. De atenerse a lo dispuesto por el Gobierno republicano, se hace imposible exigir la declaración de no profesión de la religión católica, que las citadas Reales Ordenes imponían interpretando el art. 42 del Código civil. La República debería, pues, derogar la citada legislación de la Monarquía, si quería cumplir con el compromiso programático de su Decreto de 14-IV-1931 y con el precepto contenido en el Decreto del 22-V-1931, cuya redacción genérica se contradecía con lo preceptuado de modo particular sobre el matrimonio en 1900. Solamente una investigación sobre los matrimonios civiles celebrados durante aquel año nos permitiría saber cómo se superó de hecho la dificultad de la vigencia de dos normas que imponían conductas contrapuestas.

7) 1932-1938. Sin embargo, la modificación de la legislación matrimonial hasta entonces vigente aún se hizo esperar. La constitución de la República, de 9-XII-1931, no se referiría al matrimonio sino una vez, en el artículo 43; y es obvio que, aunque no se indica expresamente, el matrimonio allí mencionado es el civil, del que se proclama tan sólo que «se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos», y que es disoluble (33).

En consecuencia, las primeras disposiciones de la República sobre la libertad de conciencia, recogidas en el apartado anterior, exigían una nueva interpretación del artículo 42 del Código civil; la Constitución, con su breve alusión al matrimonio civil y disoluble, impone un nuevo sistema matrimonial. Ambas exigencias se verán atendidas: la primera por la Orden del Ministerio de Justicia de 10-II-1932, y la segunda por las Leyes de 2-III-1932 y 28-VI-1932 (34).

En lo que hace a la nueva interpretación del artículo 42, la Orden del Ministerio de Justicia de 10-II-1932 es terminante: «Se declara derogada la Real Orden de 28 de diciembre de 1900, y en consecuencia,

(32) "Enciclopedia Jurídica Española", Apéndice de 1931, p. 1284.

(32) Vid. en la "Enciclopedia" cit., Apéndice cit., p. 255: "Art. 43.

La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de Derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación, en este caso, de justa causa".

(34) "Al instaurarse la República y establecerse en la Constitución de 1931 algunas prescripciones, como la reserva al Estado de todo lo concerniente a las formas del matrimonio, la admisión del divorcio vincular y el principio de aconfesionalidad, hacíase esperar se dictase seguidamente la Ley estableciendo en España el matrimonio civil como obligatorio y único a los efectos legales" (PUIG PEÑA, ob. cit., p. 43).

no se exigirá a los que soliciten la celebración del matrimonio civil declaración alguna respecto de sus creencias religiosas, ni de la religión que profesen» (35).

De esta disposición legal podemos decir, a) que coincide casi al pie de la letra con la Real Orden de 1906 que establecía idéntico régimen para el matrimonio civil (36); b) que este régimen es el del sistema de matrimonio facultativo, posible dentro del tenor del artículo 42 del Código civil mediante una interpretación extensiva, y, por otro lado, vigente en España bajo formas menos tajantes a lo largo de los cuarenta años precedentes; c) que la Orden de 10-II-1932 llegó, en todo caso, tarde, y resulta sorprendente que la República tardase tanto en dictarla: desde el 14 de abril de 1931, el Gobierno republicano había dispuesto que a ningún español se le pudiese exigir una declaración sobre sus creencias religiosas; desde el 9 de diciembre de 1931, la Constitución establecía de hecho un matrimonio único civil y dissoluble. ¿Cómo, pues, se esperó hasta febrero de 1932 para derogar la Real Orden de 28-XII-1900? Tanto más que, por cuanto la Constitución anunciaaba, había de dictarse en España una Ley de matrimonio civil único y obligatorio y otra de divorcio, de modo que aún el sistema facultativo fuese eliminado de nuestro ordenamiento. En esas condiciones, la derogación de la Real Orden de 1900 era una medida provisional, y urgente, en aplicación del Decreto de 14-IV-1931, para llenar el período que faltase hasta la promulgación de la Ley del Matrimonio civil. Por ello sorprende que entre el Decreto del 14-IV-1931 y la Orden del 10-II-1932, complementarios entre sí, se dejase un vacío de diez meses, mientras que esta última Orden tuvo una vigencia de sólo cuatro meses, que son los que la separan de la Ley de Matrimonio civil de 28-VI-1932.

Dentro de esos cuatro meses, se promulgó la Ley de Divorcio de 2-III-1932, que no afecta a nuestro tema, sino indirectamente, en cuanto establece una legislación civil sobre el matrimonio en abierto contraste con la idea misma que del matrimonio natural posee la Iglesia católica. Pero, en lo que nos interesa, el texto legal básico es la citada Ley del 28-VI-1932, que en su art. 12 establece que «a partir de la vigencia de la presente ley, sólo se reconoce una forma de matrimonio, el civil, que deberá contraerse con arreglo a lo dispuesto en las secciones primera y segunda del cap. III del tít. IV del Libro I del Código civil» (37).

Con esta disposición, «ya no se trata —como ha escrito Fuenmayor— de interpretar el art. 42 del Código civil: se le suprime de nuestro ordenamiento» (38). Desaparece el sistema de matrimonio civil

(35) "Enciclopedia Jurídica Española", Apéndice de 1932, tomo II, p. 196.

(36) Vid. *supra*, nota 27.

(37) "Enciclopedia", cit., lug. cit., pp. 196-197.

(38) FUENMAYOR, *El sistema matrimonial español*, cit., p. 21. "El 28 de junio de 1932 —escribe LÓPEZ NIÑO, ob. cit., p. 141— quedó suprimido

facultativo, para ser sustituido por el de matrimonio civil obligatorio, incompatible por completo con el art. 42, y por tanto derogativo del mismo. Formalmente, el Código civil no fue objeto de una reedición reformada, pero la Ley de 28-VI-1932, sustituyendo varios de sus artículos por prescripciones contrarias, y haciendo mención de otros varios para suprimirlos o alterarlos, realizó una transformación sustancial del régimen matrimonial vigente en España. El matrimonio canónico desaparece de nuestro ordenamiento: si se hace mención de él, es para aceptar que la jurisdicción civil, única competente en adelante para conocer de las causas de nulidad de los matrimonios canónicos contraídos con anterioridad, las trasmite a tenor del Derecho Canónico, según el cual tales nupcias se contrajeron (39). Y, de otra parte, el nuevo matrimonio civil obligatorio es regulado de acuerdo con el exclusivo criterio del Estado sobre la materia: no sólo es soluble, sino que también se suprimen aquellos impedimentos civiles cuyo origen era claramente canónico (orden sagrado, voto) (40), de modo que desaparece en él toda huella del matrimonio canónico y de la tradición legislativa española, que aún en el anterior momento histórico de obligatoriedad del matrimonio civil respetó ciertos principios básicos de origen católico que lo inspiraban (41). Cualquier investigación sobre las dos cuestiones que vienen ocupándonos —profesión de la religión católica y necesidad de que sean apóstatas uno o los dos contrayentes, es decir, el tema de quienes podían contraer matrimonio civil según el art. 42 del C. c.— resulta por tanto superflua durante el período de vigencia de la legislación de 1932.

8) 1938-1941. Duraba todavía la guerra civil de 1936-39, cuando el nuevo Estado —nacido de los Decretos de 24-VII-1936 y 29-IX-1936 (42)— decidió sustituir el sistema matrimonial republicano, devolviendo su completa vigencia en la materia al articulado del Código civil. Al efecto, se dictó la Ley del 12-III-1938; según su art. 1.^o, «quedan derogadas la Ley de matrimonio civil de 28 de junio de 1932 y las disposiciones dictadas para su aplicación»; una «Disposición transitoria» establecía que «hasta tanto se dicten nuevas normas, se declaran vigentes el Título IV del Libro I del Código civil y todas las demás

el artículo 42 del Código civil». La mayoría de nuestros tratadistas actuales de Derecho civil, sin embargo, cuando dan cuenta de la implantación del matrimonio civil obligatorio por obra de la Ley de 1932, omiten señalar su absoluta contradicción con el artículo 42 del Código civil, que equivalía a derogar éste de modo implícito.

(39) "Enciclopedia", cit., lug. cit., p. 197.

(40) "Enciclopedia", cit., lug. cit.

(41) "La legislación de la Segunda República Española fue más radical que la Primera en su ataque a la concepción tradicional de la familia en España" (GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 19). En el mismo sentido ESPÍN, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. IV, Madrid, 1956, p. 25.

(42) Vid. GARRIDO-FALLA, *Leyes Políticas de España*, Madrid, 1969, p. 131.

normas complementarias del mismo que estaban en vigor en la fecha de publicación de la Ley que se deroga» (43).

Ambos preceptos resultan complementarios, puesto que el art. 1.^º crea un vacío que, provisionalmente (44), viene a cubrir la disposición transitoria. La única duda versaría sobre cuál de las diferentes interpretaciones, que había tenido el art. 42 del Código civil, era la que de hecho se restablecía con esa referencia tan general a las normas vigentes antes de la Ley del Matrimonio civil.

La doctrina ha denunciado que, entre esas normas vigentes, se encontraba la Orden de 10-II-1932, mediante la cual la República derogaba la Real Orden de 28-XII-1900 y establecía el matrimonio civil facultativo. Para García Cantero (45) y Espín (46), lo que el nuevo Estado quiso decir es que se declaraban en vigor las normas vigentes antes de la República, debiendo así interpretarse la Disposición transitoria de 1938. Otros autores, siguiendo a Romero Vieitez (47), que fue el primero en debelar la anomalía, estiman que el legislador incurrió en un equívoco (48), y que la correcta interpretación del texto legal no podía hacerse mediante una presunción, sino que se precisaba una nueva norma, que efectivamente se dictó: la Orden del Ministerio de Justicia de 22-III-1938, a la que nos referiremos en seguida.

El problema radica en que la doctrina considera el art. 42 como instaurador de un sistema de matrimonio civil subsidiario, e interpreta en tal sentido la Real Orden de 1900 —derogada por la Orden republicana de 10-II-1932—, a la que viene a considerarse como la mejor, más autorizada y más conforme con nuestra tradición y con el espíritu del Código civil, entre todas las interpretaciones oficiales que ha tenido el art. 42.

De acuerdo con este criterio, si la Ley de 12-III-1938 restablecía —según su tenor literal— la legislación vigente al dictarse la Ley del matrimonio civil, lo que restablecía era la Orden republicana de 10-II-1932, pues la Real Orden de 1900 se encontraba derogada y sin vigor. Esta realidad, que emanaba del texto de la Ley de 12-III-1938, fue rechazada por la doctrina, y corregida enseguida por el legis-

(43) Vid. en BERNÁRDEZ CANTÓN, *Legislación eclesiástica del Estado (1938-1964)*, Madrid, 1965, p. 3.

(44) Toda la doctrina está de acuerdo con esta transitoriedad claramente señalada en el texto legal. GARCÍA CANTERO (ob. cit., p. 19, n. 46) indica que algunos autores parecen desconocer este matiz de transitoriedad y se refiere en concreto a LUNA, *La prueba del hecho negativo de la acatolicidad*, en "Pretor", I, 1952, pp. 32-36. Pero, aún en estos casos, no se niega —aunque no se señale— la deducción evidente que se desprende de las palabras de la Ley: "Hasta tanto se dicten nuevas normas...".

(45) GARCÍA CANTERO, ob. cit., pp. 19-20.

(46) ESPÍN, ob. cit., p. 26.

(47) ROMERO VIEITEZ, *Las normas de Derecho matrimonial promulgadas por el nuevo Estado español*, en "Revista de Derecho Privado", XXV, 1941, p. 77.

(48) Así FUENMAYOR, ob. cit., p. 22. En el mismo sentido MALDONADO, *La exigencia del matrimonio canónico en nuestra legislación civil*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, enero-marzo 1954, p. 153.

lador. Tal actitud sólo puede apoyarse en una de estas dos razones: a) el sistema matrimonial que el nuevo Estado deseaba restablecer no era el de la Orden del 10-II-1932, sino el de la Real Orden de 28-XII-1900; b) el nuevo Estado no podía dejar subsistente ninguno de los textos legales de la República sobre el matrimonio, independientemente de su contenido (49).

La solución b) responde a lo que realmente ocurrió, pero sólo en parte, pues por ej., la Ley de Divorcio no se derogó hasta año y medio más tarde que la del matrimonio civil; por otra parte, otras leyes republicanas no fueron derogadas nunca, y no hay razón para que el nuevo Estado derogase —sólo por el hecho de proceder del régimen enemigo— incluso aquellas disposiciones con las que estuviera conforme.

La solución a) nos obliga a precisar si, en efecto y no solamente en la apariencia, son diferentes los regímenes matrimoniales establecidos por la Orden del 10-II-1932 y por la Real Orden del 28-XII-1900, ambas interpretando el art. 42 del Código civil. Ya he expuesto antes mi opinión de que en ambas se trataba de imponer un sistema civil facultativo, mientras la doctrina prefiere atribuir al régimen de la Real Orden de 1900 el carácter de sistema subsidiario. Sobre este punto conviene volver ahora con más detenimiento.

Toda la diferencia entre ambos textos legales radica en que el de 1900 pedía a uno al menos de los contrayentes una declaración de no profesar la Religión católica —declaración bajo palabra prestada ante el juez civil, y que hace fe por sí misma, no pudiéndose contradecirla con prueba en contrario de ningún tipo (50)—; en cambio, la Orden de 1932 no pide declaración alguna a los contrayentes en orden a manifestar sus creencias religiosas, conformándose con su declaración de que desean contraer matrimonio civil para admitirles al mismo.

De que este segundo sistema responde al denominado comúnmente como matrimonio civil facultativo, no hay duda posible. Pero, para que podamos en cambio hablar de sistema subsidiario, ¿es bastante que se pida a una de entre dos personas —ambas bautizadas católicamente— que bajo su palabra declare no profesar el catolicismo? En mi opinión, hay que responder que no. La diferencia entre los sistemas facultativo y subsidiario no puede ser tan sutil, o, dicho de otro modo, la calificación de matrimonio civil subsidiario ha de aplicarse cuando verdaderamente exista una subsidiariedad: cuando todo católico esté obligado al matrimonio canónico, y el acceso al civil solamente le sea posible mediante una demostración cierta y probada de que ya no profesa la Religión. Facultativo quiere decir que los contrayentes eligen

(49) “Los extremismos suelen provocar fenómenos de reacción y la República abocó a España a la guerra civil, y a una legislación del nuevo Estado vencedor que tendió ante todo, en nuestro tema, a borrar la obra legislativa de los años republicanos” (DE LA HERA, *Pluralismo y libertad religiosa*, Sevilla, 1971, p. 69).

(50) Según dispone la Real Orden de 28 de junio de 1913, aceptada unánimemente como complementaria de la de 28 de diciembre de 1900, con la que forma un todo (vid. arriba, nota 30).

libremente y sin otros requisitos la clase de matrimonio —canónico o civil— que prefieran; subsidiario, o supletorio, que pueden acudir al civil cuando prueben fehacientemente que se encuentran fuera del supuesto en cuya virtud venían obligados al matrimonio canónico.

En consecuencia, no es subsidiario un matrimonio civil al que puede llegar tan fácilmente como el previsto en la Real Orden de 28-XII-1900, que interpreta el art. 42 del Código civil. La buena voluntad de la doctrina moderna, que quiere ver en los largos años que median entre 1889 y 1941 una España en que los católicos contraen matrimonio canónico o, subsidiariamente, matrimonio civil en casos muy especiales, no se adecúa con la legislación vigente. Piénsese que, en esa interpretación del art. 42 considerada común, uno de los contrayentes declara bajo su palabra no profesar el catolicismo, y se le da fe aunque conste que miente, de acuerdo con el criterio categórico que inspira la Real Orden de 28-II-1913; el otro —también bautizado en la Iglesia católica— se limita a declarar que desea contraer matrimonio civil. En la Orden republicana de 10-II-1932, ambos declaran solamente que desean contraer matrimonio civil. ¿No es esto una declaración de no profesar el catolicismo, idéntica en todo a la que se pedía por la Monarquía a una de las partes, y levísimamente distinta de la que se pedía a la otra? No se trata de una simple conducta —que ya sería bastante—; ambos contrayentes declaran desear un matrimonio civil. El sistema —facultativo— es tan similar al establecido en 1900, que no puede dudarse en calificar a éste también de facultativo, o si se quiere, para rendir tributo al escrúpulo de la exactitud, de cuasifacultativo; en ningún modo de supletorio o subsidiario (51).

No había por qué, pues, escandalizarse de que la Ley de 12-III-1938 dejase vigente la Orden de 10-II-1932, al menos desde un punto de vista técnico. En cambio —y esto también hay que admitirlo— había razones para derogarla desde un punto de vista ideológico. El nuevo Estado, empeñado en una guerra que él mismo calificaba de Cruzada religiosa, de modo que participar en ella aparecía como una confesión de fe, no podía mantener un texto legal que prohibía toda manifestación de la personal conciencia religiosa. Fue, pues, por esto por lo que había que eliminar la Orden de 10-II-1932, aunque se viniese a dar al problema en ella contemplado una solución técnica bastante parecida. Este fue el sentido de la Orden del Ministerio de Justicia de 22-III-1938, que a sólo diez días de distancia vino a completar a la Ley de

(51) Es claro que este juicio se basa en el análisis de los textos legales, a cuya luz no parece posible mantener un criterio diferente. Sin embargo, será útil señalar la conveniencia de estudiar también la práctica y muy en particular la jurisprudencia, que no constituyen el objeto del presente trabajo, y que podrán arrojar mucha luz sobre el tema. Del interés de tomar en cuenta los datos jurisprudenciales puede juzgarse a través de las interesantes observaciones que en ese campo hacen, entre otros, DÍEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, II, Madrid, 1969, pp. 292 y ss., y ARECHEDERRA, *Formas y clases de matrimonio en el Derecho español*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1972, p. 1223-1244.

12-III, resolviendo a la vez el «equívoco» de la vigencia de la Orden republicana de 10-II-1932, mediante el restablecimiento en todos sus términos de la interpretación del art. 42 aceptada como común entre 1889 y 1931: «Teniendo presente que el art. 42 del Código civil impone claramente y lo abonan uniformes resoluciones, el matrimonio canónico a cuantos españoles profesen la Religión católica, debe exigirse para autorizar la celebración del matrimonio civil la declaración expresa de no profesar la Religión católica, por ambos contrayentes, o al menos por uno de ellos... Art. 1.º: Los expedientes de matrimonio civil promovidos al amparo de la Ley de 28 de junio de 1932 pueden seguir tramitándose y ultimarse siempre que ambos contrayentes, o uno de ellos, declaren expresamente que no profesan la Religión católica; sin esa declaración no podrá en modo alguno autorizarse el matrimonio civil para todos los españoles» (52).

Este texto contiene en su art. 1.º, pues, dos disposiciones: la primera, no parece que realmente suspendiera la tramitación de ningún matrimonio civil incoada al amparo de la Ley de la República, pues quien desea celebrar este matrimonio no había de detenerse por tener que añadir una declaración de no catolicismo, más que implícita en su propia elección del matrimonio civil; la segunda, que es la que restablece de hecho la interpretación dada en 1900 al art. 42, es la que desde mi punto de vista no llega a convertir en subsidiario el matrimonio civil facultativo vigente hasta entonces.

Que esta opinión que expongo, en contraste con la de una parte de la doctrina, no es tan ajena a la impresión que la norma del 22-III-1938 causó en sus contemporáneos, lo atestigua el propio Fuenmayor al reconocer que «esta Orden fue criticada por los canonistas» y recoger algunas de tales críticas (53). Lo que afirmaron Eloy Montero (54) y Giménez Fernández (55) fue que les había decepcionado la Orden del 22-III-1938 porque no fue suficientemente coherente con la política que se esperaba del nuevo Estado, restablecedora de la conformidad entre la legislación española y el Derecho Canónico (56): para éste, todo católico, aún el apóstata, sigue obligado al matrimonio canónico; la Orden de 1938 permite al apóstata el matrimonio civil, y se lo permite, además, al menos cuasifacultativamente.

9) 1941-1953. Los sorprendidos canonistas no tardarían en verse

(52) Vid. en FUENMAYOR, ob. cit., pp. 22-23, n. 32.

(53) FUENMAYOR, ob. cit., pp. 22-23, texto y ns. 33 y 34.

(54) MONTERO, *El nuevo Estado español y la institución matrimonial*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», abril-septiembre 1940, p. 10.

(55) GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, *La institución matrimonial*, Madrid, 1947, p. 104.

(56) «Se había vuelto, pues, al sistema inmediatamente anterior a la República; pero era el momento de ver si tal sistema resultaba conforme con la legislación de la Iglesia, puesto que al mismo tiempo se estaban proclamando la ideología y el carácter netamente católicos del Estado español» (MALDONADO, ob. cit., pp. 153-154).

satisfechos: el 10-III-1941, una nueva Orden del Ministerio de Justicia va a interpretar otra vez el art. 42 del Código civil, ahora en coherencia absoluta con las normas del Derecho Canónico. De «cambio radical de criterio» calificarán Fuenmayor y Bonet a la nueva interpretación (57), que para unos rectifica todos los errores precedentes (58), mientras para otros está redactada «con muy mala fortuna» (59). Y, verdaderamente, constituye un caso singular dentro de nuestro ordenamiento, habiendo tenido por otro lado una larga vigencia desde 1941 hasta 1958.

Esta vez sí: el sistema matrimonial de la Orden de 10-III-1941 es el del matrimonio civil subsidiario en su más rígida formulación (60). A la pregunta: ¿quién puede contraer matrimonio civil?, se responde: los que no estén obligados al matrimonio canónico según la propia ley canónica. No es otro el sentido de la norma. El Estado reconoce la obligación de contraer matrimonio canónico que tienen los afectados por la correspondiente normativa eclesiástica, y solamente a ese matrimonio dará efectos civiles cuando se trate de tales personas. Subsidiariamente, el Estado establece un matrimonio civil para aquellos de sus súbditos no sometidos a la legislación canónica.

Esta sería la formulación más ortodoxa del sistema matrimonial establecido en 1941, expuesta con la terminología más clásica de la doctrina (61).

El texto de la Orden de 10-III-1941, publicada en el «B. O. E.» del 12, es como sigue: «El artículo 42 del Código civil ordena la obligatoriedad del matrimonio canónico, para cuantos, proponiéndose contraer legítimas nupcias, profesen la Religión católica. La defectuosa re-

(57) FUENMAYOR, ob. cit., p. 23; BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho Civil*, IV, Madrid, 1960, p. 72.

(58) MONTERO, *El concordato y la legislación matrimonial*, cit., p. 300.

(59) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, nueva edición revisada por COSSIO Y GULLÓN BALLESTEROS, II, Madrid, 1959, p. 450.

(60) PÉREZ MIER, *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, en «Revista Española de Derecho Canónico», enero-abril 1959, p. 167. Tanto este autor como FUENMAYOR (ob. cit., p. 25-26) y MALDONADO (ob. cit., pp. 154 y ss.) han señalado algunas faltas de corrección entre la Orden de 1941 y la legislación canónica; faltas que existen realmente, sin alterar lo sustancial de la adecuación entre ambos ordenamientos procurada por la norma comentada, tal como estos mismos autores reconocen. Vid. también LAMAS, *La orden de 10 de marzo de 1941*, en «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», enero-junio 1941, pp. 143 y ss.; GARCÍA BARBERENA, *Matrimonios mixtos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, enero-marzo 1954, p. 14; SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, pp. 53-60; LÓPEZ ALARCÓN, *El matrimonio civil como subsidiario del canónico*, en «Revista General de Derecho», XI, 1955, p. 600; ROMERO VIEITIEZ, ob. cit., p. 77.

(61) Vid. para esta terminología, MALDONADO, ob. cit., p. 162, n. 17. De distinto modo, no menos clarificador, clasifican otros autores los sistemas matrimoniales. Vid. p. e., PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. I, Barcelona, 1967, pp. 33-34.

dacción de dicho artículo que ni siquiera llegó a prever la distinción entre la acatolicidad de ambos o de uno solo de los contrayentes, así como también la desacertada de otras varias disposiciones correlativas del mismo título IV, libro I, del Código civil, más acentuada después de la publicación del nuevo Código canónico, incorporado a la legislación española por Real decreto de 19 de mayo de 1919, exigen una revisión meditada de aquellos artículos. Pero ello no obsta a que, en tanto continúen vigentes, obtengan su debida aplicación».

«A aumentar las dificultades expresadas concurre la diversidad de disposiciones administrativas, tantas veces contradictorias en su propia esencia, con que los régimenes anteriores, víctimas del doctrinarismo liberal, vacilaron en sus interpretaciones, cuando no las rindieron escandalosamente al sectarismo político, enfrentándolas con el verdadero sentido del precepto y las doctrinas fundamentales de la Iglesia.»

«La contradicción evidente entre tales disposiciones, agravada posteriormente por la perturbación que en tan delicada materia introdujo el espíritu anticatólico de la República, ha originado una lamentable confusión en la aplicación de los textos legales, que es preciso desvanecer con la promulgación de una norma general, que, unificando los criterios, restablezca el sentido verdadero de la disposición y ampare el espíritu de instituciones tan sagradas como la familia y el matrimonio, objeto de las atenciones preferentes del nuevo Régimen.»

«En su virtud, este Ministerio, previa deliberación del Consejo de Ministros, ha tenido a bien disponer:

1.º Los Jueces municipales no autorizarán otros matrimonios civiles que aquéllos que, habiendo de contraerse por quienes no pertenezcan a la Religión católica, se pruebe documentalmente la acatolicidad de los contrayentes, o, en el caso de que esta prueba documental no fuese posible, presenten una declaración jurada de no haber sido bautizados, a cuya exactitud se halla ligada la validez y efectos civiles de los referidos matrimonios.

2.º Quedan derogadas todas las disposiciones administrativas que se opongan a la presente Orden» (62).

Lo primero que hay que preguntarse, ante este texto, es si el artículo 42 del Código civil admite realmente una tal interpretación. Al propósito escribe así Pérez Mier: «Una mirada de conjunto al movimiento de vaivén del art. 42 en los tres cuartos de siglo autoriza, según creemos, a formular el juicio de que: 1.º, el matrimonio civil plenamente facultativo se opone y contradice abiertamente al art. 42; 2.º, el carácter rígidamente subsidiario del matrimonio civil, en los términos a que lo llevó la Orden ministerial de 1941, sobrepasa y excede la intención o voluntad de las partes en el momento de formar el Código civil, si bien no se puede decir que violenta los términos del art. 42» (63). Para opinar sobre si violenta en efecto el sistema de

(62) En BERNÁRDEZ, *Legislación eclesiástica del Estado*, cit., p. 35.

(63) PÉREZ MIER, ob. cit., p. 168.

1941 al texto del art. 42, hay que volver a los términos literales de éste: el matrimonio canónico lo «deben contraer todos los que profesan la religión católica». Y volver también a las dos preguntas que tantas veces nos hemos planteado: ¿qué hay que entender por «profesar la religión católica»? y ¿basta que uno la profese para poder ir al matrimonio civil?

La Orden de 1941 responde expresamente a ambos interrogantes. Según su tenor, se trata —al dictarla— precisamente de aclarar uno y otro puntos, que habían quedado ambiguos en la redacción del artículo 42. Pero no pretende decir la Orden que nadie ha acertado antes de ella en la verdadera y correcta interpretación del Código civil. Lo que afirma es que la redacción del art. 42 es defectuosa; que ello ha dado pie a interpretaciones contradictorias entre sí, aunque cupiesen dentro de los términos del texto legal; que en ocasiones, incluso se ha llegado a desvirtuar el sentido de la ley; y que por todo ello hay que revisar y modificar el Código. Y que entretanto esto puede llevarse a cabo, se va a dar una nueva interpretación oficial del art. 42: una más entre las posibles, no necesariamente la más coherente con el texto, sino la más coherente con el espíritu del legislador que interpreta el texto.

De aquí que la doctrina, con toda lógica, haya tenido que preguntarse por un doble camino si esa interpretación es legítima: ¿se mantiene dentro de los términos del art. 42, o los violenta?, ¿es verdaderamente coherente con el espíritu que el nuevo Estado pretende dar a su legislación?

Ya hemos visto que, para Pérez Mier, la Orden de 1941 no violenta el texto del art. 42. Según García Cantero, el art. 42 «al menos en cuanto a las personas sujetas a la forma canónica, estableció una verdadera recepción material del Derecho de la Iglesia católica» (64), por lo que la Orden de 10-III-1941 contiene «la recta interpretación del artículo 42... como no lo habían hecho las Reales Ordenes de 1900, 1906 y 1907» (65). Pero esta «recta» interpretación, ¿es recta porque se acomoda mejor al texto del art. 42, o al Derecho Canónico y con él al espíritu del nuevo Estado, el cual realmente parece en 1941 animado de esa voluntad de recepción de la ley canónica que García Cantero supone en el legislador de 1889?

Más que suponer en el legislador de 1889 el deseo de llevar a cabo una recepción plena de la ley canónica —deseo que no se explicita en ningún texto contemporáneo—, es en el legislador de 1941 en quien tal voluntad aparece expresa. Sin duda, como estima Pérez Mier (66), la interpretación de 1941 excede las intenciones del redactor del Código civil; y yo diría incluso que sí violenta el texto del art. 42, haciéndole decir más de lo que realmente dice. En cambio, las palabras de García

(64) GARCÍA CANTERO, *Matrimonio civil de acatólicos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, VII, enero-marzo 1954, p. 135.

(65) GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 141.

(66) Vid. *supra*, nota 63.

Cantero —«la recta interpretación del art. 42»— habría que entenderlas como referidas a una «rectitud» conforme al criterio inspirador de la legislación del nuevo Estado: recepción del Derecho canónico, es decir, admisión al matrimonio civil únicamente de quienes no estén obligados al canónico en virtud de la ley eclesiástica.

Otra cosa es que el legislador de 1941, en su nueva interpretación del art. 42 del Código civil, haya o no acertado en la recepción de la ley canónica que se propuso efectuar. Mi opinión es que en un aspecto sí, pero no en otro. Sí que recogió eficazmente la legislación canónica al disponer que sólo se admite el matrimonio civil cuando ambos contrayentes no profesan el catolicismo. Pero, en cambio, alteró el sentido de la norma canónica —y de la tradición jurídica del propio Código civil— al determinar quiénes profesan o no la Religión católica (67).

El legislador de 1941 identifica «profesión de la Religión católica» con «recepción del bautismo»; equiparación que no coincide con la realidad, y que tampoco ha sido recibida en este campo por el legislador canónico; pues si bien es cierto que todo el que ha recibido el bautismo es miembro de la Iglesia católica y súbdito de la autoridad eclesiástica, el Código pío-benedictino no somete a la forma canónica del matrimonio a todos los bautizados, sino que excluye a aquéllos que recibieron el bautismo válidamente pero en una secta acatólica y nunca pertenecieron de facto a la Iglesia (68).

Se marca así una diferencia entre el Código de Derecho Canónico y la Orden del Ministerio de Justicia del 10-III-1941, que afecta en particular a los españoles bautizados fuera de la Iglesia católica y que hubiesen permanecido acatólicos: la ley española les obliga a contraer matrimonio canónico, del que les exceptuaba la propia ley canónica.

Muy probablemente, la contradicción es sólo formal, y habría que resolverla entendiendo que el texto legal de 1941 ha utilizado imperfectamente conceptos canónicos, a los que hay que recurrir para interpretar con corrección la mente del legislador y el sentido de la norma (69).

(67) La doctrina ha recogido unánimemente el hecho. Vid. amplias referencias en ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., pp. 123-137.

(68) Vid. canon 1.099.

(69) Señala FUENMAYOR (ob. cit., p. 25) que, para los canonistas, la Orden de 1941 no se adecúa al Derecho canónico, bien por exceso bien por defecto. Si bajo la expresión “por exceso” se entendería la contradicción entre la Orden y el Código pío-benedictino de que me he ocupado arriba, las palabras “por defecto” se referirían a que “mientras la Orden se contenta con exigir a los que intentan contraer matrimonio civil prueba de “no pertenecer a la religión católica”, es decir, prueba de “acatolicidad”; el Derecho canónico exige más: es preciso, para no estar obligado a forma canónica, que los contrayentes nunca hayan sido católicos, es decir, que ni estén bautizados en la Iglesia Católica, ni a ella se hayan convertido nunca de la herejía o del cisma” (FUENMAYOR, ob. cit., p. 26). Tal sería también el parecer del DEL AMO, *Los matrimonios civiles durante la República*, Madrid, 1954, p. 83. En mi opinión, esta contradicción por defecto no existe, ya que si bien la Orden de 1941 habla de la pertenencia a la religión católica, es claro que la iden-

Porque son esta mente y sentido los que nos ofrecen verdadero interés. Por única vez desde la introducción en nuestro ordenamiento jurídico del matrimonio civil, la Orden del 10-III-1941 —por encima de errores y exageraciones de su redacción— operó en nuestro Derecho una verdadera recepción, completa y determinada, del Derecho de la Iglesia Católica sobre el matrimonio de los católicos. Durante los años de vigencia de aquella Orden, el matrimonio civil regulado por nuestro Código civil ha sido destinado únicamente a los no sometidos al Derecho Canónico; el matrimonio canónico, en cambio, ha sido el único civilmente reconocido para aquellos españoles obligados a él por la legislación eclesiástica. Y esta norma se aseguró más estableciendo la necesidad de que ninguno de los contrayentes estuviesen bautizados para poder acceder al matrimonio civil; en caso de unión entre católico y acatólico, aquél impone el matrimonio católico a éste, lo que constituye la segunda innovación en la interpretación del art. 42 del Código civil operada en 1941. A tenor de ésta, los españoles no podían elegir: contraerían matrimonio canónico siempre que uno de ellos estuviese obligado al mismo según el propio Derecho canónico, y civil sólo si ninguno se hallase en tal caso (70). Y ello hasta tal punto, que la validez misma del matrimonio civil se hace depender de la veracidad de la no recepción del bautismo, resultando inoperante la prueba en tal sentido que no responda a la verdad. Es el auténtico régimen de matrimonio civil subsidiario, que sólo ha existido en España durante estos años, frente al precedente sistema facultativo de los años 1889-1932 y 1938-1941 y al sistema de matrimonio civil obligatorio de los años 1932-1938.

El reconocimiento de este hecho me parece necesario, sin que ello entrañe un juicio de valor acerca de la oportunidad o no de tal sistema jurídico. Es evidente, como la doctrina ha puesto de relieve, que la pertenencia a la Iglesia y la obediencia a sus leyes ha de ser una decisión voluntaria del individuo. La obligación que la Iglesia impone a los católicos apóstatas —a tenor del canon 1099— de contraer matrimonio canónico, hay que entenderla, pues, en el sentido de que la Iglesia

tifica con el bautismo, puesto que a quienes no puedan probar documentalmente su no catolicidad, lo que les exige es una declaración de no hallarse bautizados. Es esta tesis la que me impide, por otra parte, aceptar el razonamiento de LÓPEZ ALARCÓN (*La demostración de acatolicidad en los matrimonios civiles*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", 15 de mayo de 1953, p. 3), en el sentido de que la excomunión debe considerarse una prueba de acatolicidad, que permitiría al excomulgado efectuar matrimonio civil a tenor de la Orden de 1941. Vid., del mismo autor, *El matrimonio civil como subsidiario del canónico*, en "Revista General de Derecho", XI, 1955, p. 600.

(70) Vid. ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., pp. 132 y ss., que indica ser éste el criterio de la Dirección General de los Registros y de la Jurisprudencia, a partir de 1941, al resolver los casos que se les presentaron: "las resoluciones prohíben el matrimonio civil a todo bautizado en la Iglesia Católica". Vid. también SANCHO REBULLIDA, *El artículo 42 del Código Civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, en "Pretor", 1957, p. 8.

no reconocerá la validez del matrimonio no canónico que puedan contraer, pero nada más. La compatibilidad de tal norma con la existencia de un matrimonio civil para los apóstatas es evidente, incluso en un Estado confesional católico; como ha escrito Lombardía, «en un ordenamiento secular inspirado en los principios de la confesionalidad, la legislación debe estar abierta a un continuo perfeccionamiento en la búsqueda de la adecuación con los principios del Derecho divino *natural* y positivo; pero, al mismo tiempo, ha de ser respetuosa con la realidad a la que hoy y ahora se aplica, evitando forzar las situaciones y alejándose de cualquier tentación de intransigencia. De aquí la extraordinaria importancia que tiene la tolerancia en un sistema confesional» (71).

10) 1953-1954. La firma del Concordato entre la Santa Sede y el Estado español, el 27-VIII-1953, tuvo lugar mientras la Orden de 1941 conservaba su vigencia. El régimen matrimonial civil establecido por ésta se acomodaba —según hemos visto— sustancialmente al Derecho canónico: obligatoriedad del matrimonio canónico para los bautizados, subsidiariedad del matrimonio civil para los no sometidos al Derecho de la Iglesia (72). La dificultad de encajar este sistema en el texto del art. 42 del Código civil (73) había llevado a la doctrina a esperar una reforma de éste. Antes de que se produjera, la entrada en vigor del Concordato introduce un nuevo elemento en el problema que venimos estudiando.

Por supuesto, no cabía esperar del Concordato una innovación directa en el tema del matrimonio civil. No es materia concordataria la regulación civil del matrimonio; toca al Concordato en cambio establecer la recepción por el Estado del matrimonio canónico de sus súbditos católicos —en sus aspectos sustantivo y procesal— y, en todo caso, el pacto de respetar en la ordenación civil del matrimonio determinadas exigencias del Derecho divino.

De ahí que el Concordato de 1953, tal como se indicó al comenzar estas páginas, limitase su normativa —en cuanto ahora nos interesa— al reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico. De ahí que no pueda menos de sorprender la casi unanimidad con que la canónica relacionó en aquellas fechas el Concordato con el matrimonio

(71) LOMBARDÍA, *Prólogo a ESCUDERO ESCORZA*, ob. cit., p. XIII.

(72) Como veremos más adelante, hasta 1954 no se altera por primera vez este criterio en la interpretación de la Orden de 1941.

(73) No parece acertada, ni tuvo mayor aceptación, la tesis de MIGUEZ (*El Concordato entre la Santa Sede y el Estado español*, en “Revista de Derecho Notarial”, 2, 1954, p. 27), de que la Orden de 1941 “deja la cuestión en el mismo punto en que se hallaba”; con argumentos no convicentes apoya tal opinión ESCUDERO ESCORZA (ob. cit., p. 136), para quien “los puntos que en ella se urgen tienen cabida en una interpretación del artículo más recta y quizás más fiel que la que dieron O.O.M.M. anteriores”. En el extremo opuesto a esta tesis, y con menor acierto, se ha sostenido incluso que el artículo 42 del Código civil quedó derogado por la Orden de 10-V-1941 (VELLÉ, *Matrimonio civil de católicos en España*, en “Revista de Derecho Privado”, 1957, pp. 536-538).

civil, suponiendo que aquél implicaba para el Estado la adecuación completa del art. 42 del Código civil con la legislación de la Iglesia; los autores pidieron la reforma del viajo texto de 1839 —que había conseguido sobrevivir a tantos avatares— para acomodarlo, según decían, al Concordato. Y no sólo la canonística: Fuenmayor, al lado de los nombres de Regatillo, Maldonado, García Barberena, Del Amo, recuerda también otros procedentes del campo de la civilística —Castán, García Cantero—, unánimes todos ellos en estimar que, como consecuencia del Concordato, había de ponerse a la legislación civil en perfecta correspondencia con la canónica en esta materia (74). La idea general es que «el art. 23 del Concordato exige la reforma del artículo 42 del Código civil» (75), «en el sentido de que sólo podrán celebrar matrimonio civil en España los que no estuvieren obligados a guardar la forma canónica en la celebración de sus nupcias» (76).

Según escribió García Cantero comentando el Concordato (77), «por parte del Estado español se han aceptado las normas matrimoniales canónicas, en lo referente a las personas que están sujetas a esa forma de matrimonio canónico...», afirmación evidente y con la que estoy de acuerdo; no así cuando añade seguidamente: «...que será el único que producirá efectos civiles para las mismas». Ni tampoco cuando sigue: «Queda, pues, reservado el matrimonio civil para quienes están excluidos de la forma matrimonial canónica». Mi disconformidad con estas opiniones es clara, aunque —como subraya el propio autor (78), citando a su favor a Peña (79), Sancho Rebullida (80), Espín (81) y otros— «la opinión de canonistas y civilistas era unánime en este sentido».

Razonaremos esta disconformidad. Claramente establece el Concordato que el matrimonio canónico posee efectos civiles; pero no dice en cambio que solamente este matrimonio poseerá efectos civiles para las personas sujetas a la forma canónica —que es lo que interpreta García Cantero—. Con el texto del art. 23 del Concordato en la mano, es perfectamente posible dar efectos civiles al matrimonio civil de los católicos, toda vez que las palabras «El Estado español reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico» no cierran la posibilidad de que los obligados de por sí a la forma canónica puedan acudir al matrimonio civil y obtener el reconocimiento estatal para sus nupcias. De donde lógicamente se sigue que

(74) Vid. FUENMAYOR, ob. cit., pp. 33-40.

(75) La frase es de FUENMAYOR (ob. cit., p. 34), refiriéndose a la opinión de TOBALINA.

(76) TOBALINA, *El matrimonio canónico de los casados sólo civilmente*, en «Revista Española de Derecho Canónico», XI, 1956, p. 64.

(77) GARCÍA CANTERO, *Matrimonio civil de acatólicos*, cit., p. 145.

(78) GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil*, cit., p. 24.

(79) PEÑA, *Los matrimonios civiles*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, 10, 1957, p. 250.

(80) SANCHO REBULLIDA, *El artículo 42 del Código Civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, cit., pp. 8 y ss.

(81) ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, cit., p. 31.

la sucesiva afirmación de que el matrimonio civil se reserva en España, como consecuencia del Concordato, a los no obligados al canónico, es una conclusión a la que se llega desde una premisa inexacta, y resulta por tanto inexacta igualmente.

Ni es tan unánime la doctrina, incluso en torno a 1953, puesto que, por ej., Miguélez habla ya entonces de tolerancia, y de no confundir lo que «debiera ser» con lo que de hecho es, a la hora de interpretar el Concordato, y Sancho Rebullida niega la tesis de la recepción plena del Derecho canónico matrimonial por obra del Concordato (82); Fuenmayor acertadamente distingue entre «exigencias del Concordato» y «aspiraciones de sus exégetas» (83); en el mismo sentido se manifiesta Pérez Mier, para quien «una ley civil que obligara civilmente a la forma canónica del matrimonio a los que bautizados en la Iglesia católica o convertidos a ella de la herejía o del cisma, se hubieren apartado después formalmente de la misma, no se concilia con el derecho de libertad religiosa en los términos que viene establecido en el art. 6.^º del Fuero, reconocido expresamente por el Concordato» (84).

Una razón por la que el Concordato pudiese obligar a una recepción plena del Derecho Canónico en este campo sería la exigencia nacida de la confesionalidad del Estado. Pero tal confesionalidad —desarrollada en nuestras Leyes Fundamentales— no puede entenderse ni como una radical exigencia de recepción del Derecho canónico en su totalidad, por encima de los propios preceptos del Concordato, ni como un deber del Estado de imponer normas contrarias a la legítima tolerancia que la Iglesia misma exponía en su magisterio, y que estaba en la base de la posterior doctrina conciliar sobre la libertad religiosa (85).

En consecuencia, en los años inmediatamente posteriores al Concordato, a) continúa en vigor la Orden de 1941 que obliga al matrimonio canónico a todos los bautizados, incluidos los apóstatas, y limita el matrimonio civil a sólo los no bautizados; b) el Concordato no contiene ninguna exigencia de modificación en un sentido o en otro de esta normativa. En todo caso, al existir tal norma en el Derecho español en 1953 —norma ampliamente favorable al Derecho canónico— y no haberse hecho eco de ella el Concordato, ni directa ni indirectamente, más bien la desautoriza que la autoriza; es decir, al no aprovecharse la ocasión que el Concordato prestaba para dar a la norma de 1941, que imponía un sistema rígido de matrimonio civil subsidiario, el marchamo de la aprobación por la Santa Sede, prefiriéndose en cambio una fórmula

(82) MIGUÉLEZ, ob. y lug. cit.; SANCHO REBULLIDA, *Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, Madrid, 1955, pp. 76-80.

(83) FUENMAYOR, ob. cit., p. 112; también ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., p. 152.

(84) PÉREZ MIER, *Matrimonio canónico y matrimonio civil según el Concordato*, cit., p. 193.

(85) Vid. LOMBARDÍA, *La confesionalidad del Estado, hoy*, en «*Ius Canonicum*», I, 1961, pp. 329-350; DE LA HERA, *El Derecho de libertad religiosa*, en «*Nuestro Tiempo*», febrero 1966, pp. 172-191, y *Pluralismo y libertad religiosa*, Sevilla, 1971.

—la del art. 23 concordado —que dejaba libres las manos al Estado para elegir entre el sistema subsidiario y el facultativo, vino el Concordato a suavizar y no a endurecer la normatividad española sobre el matrimonio civil; y, al contrario de cuanto unos autores momentáneamente deslumbrados escribieron entonces, el Concordato no iba a significar la consagración del sistema de la Orden de 1941, limando sus defectos para acomodarla más estrictamente al Derecho canónico, sino que representaría —como así ha sido, según iremos viendo— un primer paso hacia el establecimiento en España de un sistema matrimonial ampliamente facultativo.

11) 1954-1956. De hecho, en un primer momento el Concordato no influye en nuestro ordenamiento enseguida a partir de su firma, sino que pervive el régimen establecido para el matrimonio civil en 1941. Pero los cambios no se van a hacer esperar. Año y medio más tarde de la firma del Concordato, una Resolución de la Dirección General de los Registros de 17-XII-1954 autorizó el matrimonio civil entre dos protestantes bautizados en la Iglesia católica (86). De «manifiesta transformación de criterio» (87) y de «infracción de la Orden de 1941» (88) hablan, con toda razón, los autores (89).

En efecto, la Orden de 10-III-1941 no había sido derogada, y se mantenía por tanto en vigor. De acuerdo con la misma —y con su interpretación más lógica y frecuente, que hemos dejado expuesta— el bautizado en la Iglesia católica no podía contraer en España matrimonio civil (90). Autorizar las nupcias civiles de dos bautizados —y bautizados en el catolicismo (91)— era evidentemente infringir la norma vigente;

(86) Vid. el texto en ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., p. 135.

(87) ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., p. 134.

(88) GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil*, cit., p. 24.

(89) Si bien esta Resolución ha pasado inadvertida a buena parte de los especialistas en el tema, pues no la citan LÓPEZ NIÑO (*Los sistemas matrimoniales en el Derecho Concordatario*, cit.), FUENMAYOR (*El sistema matrimonial español*, cit.), PÉREZ MIER (*Matrimonio Canónico y Matrimonio civil*, cit.), PUIG BRUTAU (*Fundamentos de Derecho Civil*, cit.), SANCHO REBULLIDA (*Las formalidades civiles del matrimonio canónico*, cit.), todos los cuales prestan, en cambio, su atención al Decreto de 26-X-1956, del que nos ocuparemos seguidamente.

(90) Vid. junto a la bibliografía ya citada al respecto, AGÚNDEZ, *Contribución al estudio de los matrimonios civiles de acatólicos*, en "Revista General de Derecho", 12, 1956, p. 672; PERÉZ RALUY, *Concepto de la acatólicidad a efectos de la celebración del matrimonio civil*, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", 233, 1953, pp. 4-5.

(91) Los autores suelen interpretar la exigencia de bautismo de la Orden de 1941 como bautismo en la Iglesia católica, si bien alguno prefiere entender el bautismo sin distinguir entre las confesiones religiosas que puedan haberlo administrado (GARCÍA BARBERENA, ob. cit., pp. 14-16). Me parece que la especial competencia de Barberena en materias canónicas le ha hecho ver en este punto con mayor agudeza que la de otros autores, en su mayor parte civilistas, menos familiarizados con esta temática. En efecto, la distinción no debe plantearse entre bautizados en el catolicismo y fuera de él, sino entre bautizados válida o inválidamente. Estos últimos, como es obvio no están bautizados y pueden —a

con toda seguridad, la autorización del matrimonio civil acordada por la Dirección General de los Registros en 1954 fue nula de pleno derecho.

Pero lo importante no es para nosotros el analizar el acierto o no de la autoridad en aquel caso concreto, sino constatar el cambio de criterio; la Dirección General, al romper la aplicación incontestada que de la Orden de 1941 se venía haciendo desde hacía trece años, no podía apoyarse en un nuevo texto legal, sino en un ambiente nuevo. El único texto aparecido, en efecto, lo era el Concordato, que nada modificaba de la normativa anterior. Pero —y aquí tenemos la prueba de lo que antes decíamos— si no la modificaba, tampoco la confirmaba, y ese simple hecho bastó para que se iniciase un giro radical: a partir de 1954, se empieza a dar entrada en nuestro ordenamiento a la idea de que el bautizado apóstata puede —contra el criterio de la Orden de 1941— ser admitido al matrimonio civil. La influencia del Concordato resulta, pues, decisiva en este punto (92); el propio texto concordado —en contra de las repetidísimas manifestaciones de los autores de aquel momento, que proclamaron su absoluta identificación con el Derecho canónico que era plenamente recibido en nuestro ordenamiento matrimonial— fue el que dio pie a la relajación del sistema rígido impuesto en 1941, mediante la introducción de criterios de tolerancia y libertad religiosa.

El camino iniciado en 1954 tuvo todavía una confirmación poco después, cuando la Sala 3.^a de la Audiencia Territorial de Madrid, en fallo notificado el 6-VI-1955, resolvió que el apóstata puede contraer matrimonio civil, «y ello toda vez que reiteradamente está acreditado el que por desistimiento propio y por propia voluntad se ha dejado de pertenecer a la Iglesia católica» (93); resolución que entraña decidir que «no constituye impedimento legal para celebrar matrimonio civil el hecho de aparecer el pretendiente bautizado en la Iglesia católica».

tenor tanto del Derecho canónico como de la Orden de 10-III-1941— contraer matrimonio civil. Los bautizados válidamente, en cambio, han ingresado en la Iglesia católica por ese mismo hecho materialmente —de ahí que se suela decir por la canonística que todos los niños protestantes (se entiende si han recibido el bautismo instituido por Cristo) son católicos—; formalmente, se apartan de la Iglesia cuando, al tener uso de razón (años después del bautismo o en el momento mismo de recibirla, según la edad a que éste tenga lugar), su voluntad se adhiere a la confesión religiosa cristiana no católica de que se trate. Por tanto, los que han recibido válidamente el bautismo han ingresado en la Iglesia católica —de ahí que los bautizados protestantes u ortodoxos puedan ser, desde un punto de vista canónico, considerados materialmente herejes, expresión que carece de sentido aplicada a un no bautizado— y el canon 1.099 así lo entiende de forma explícita; de ahí que tenga razón GARCÍA BARBERENA al pensar en que el bautismo recibido en cualquier confesión cristiana, si es válido, sitúa al individuo en el supuesto de hecho contemplado en la Orden de 1941.

(92) El Concordato, en efecto, “dejaba una puerta entreabierta al matrimonio civil de los católicos apóstatas” (LÓPEZ NIÑO, ob. cit., p. 147).

(93) Vid. el texto en ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., pp. 135-136.

ca» (94), contra el precepto de la Orden de 10-III-1941, que una vez más es violada mientras se encuentra vigente (95).

12) 1956-1958. Estos atentados a la Orden Ministerial de 1941 habían de conducir a su lógica conclusión: la derogación de la Orden misma, lo que implicaba una nueva interpretación auténtica del art. 42 del Código civil. Tal es la función que tuvo el Decreto del Ministerio de Justicia de 26-X-1956, que «apunta una orientación diversa que se relaciona con la tradicional del viejo artículo 42» (96). No toda la doctrina ha sabido captar esta trascendencia del Decreto de 1956; para Puig Brutau, la nueva norma trata de «evitar que la apostasía de la Religión católica se hiciera exclusivamente para poder contraer matrimonio civil» (97), lo cual es muy secundario en una norma que viene a cerrar el período excepcional abierto en 1932 con el matrimonio civil obligatorio y confirmado en 1941 mediante el criterio del todo opuesto del matrimonio canónico obligatorio, para restablecer el contacto con nuestra tradición jurídica que interpretó hasta 1932 el art. 42 del Código civil en un sentido facultativo y tolerante.

En concreto, el Decreto de 1956 vino a modificar los arts. 37, 38, 40, 41 y 100 del Reglamento del Registro Civil de 13-XII-1870 (98). El art. 2.^º del nuevo texto legal «deroga todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan al Decreto, entre las cuales indudablemente debe considerarse comprendida la Orden de 10 de marzo de 1941. Además se eleva el rango de la norma jurídica interpretadora del art. 42, que antes había sido exclusivamente una Orden Ministerial. Y publicado el Decreto en un momento de derecho constituyente, en que se elaboraban la nueva Ley del Registro Civil y las normas de adaptación del Concordato a la legislación interna, resultaba evidente el propósito de avanzar la fórmula que en definitiva iba a prevalecer» (99).

El preámbulo mismo del Decreto contiene frases muy significativas para conocer el sentido del texto legal. Se trata —afirma— de armonizar ciertas disposiciones reglamentarias (del Registro Civil) con el Código civil en cuanto establece el matrimonio civil, «el cual debe ser a este fin interpretado dentro del espíritu que anima el Concordato vigente entre la Iglesia Católica y el Estado» (100). Estamos ante una clara con-

(94) ESCUDERO ESCORZA, ob. cit., p. 135.

(95) Vid. SANCHO REBULLIDA, *El art. 42 del Código Civil y el Decreto de 26 de octubre de 1956*, cit., p. 8.

(96) GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 24.

(97) PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 38.

(98) Vid. en «Boletín Oficial del Estado» del 13-XI-1956, p. 7131. Reproducen el texto LÓPEZ NIÑO, ob. cit., pp. 148-149 (solamente los nuevos artículos del Reglamento del Registro Civil), FUENMAYOR, ob. cit., pp. 40-42 (texto completo), y BERNARDEZ, *Legislación eclesiástica del Estado*, cit., pp. 393-394 (texto completo).

(99) GARCÍA CANTERO, ob. y lug. cit.

(100) Vid. en FUENMAYOR (ob. cit., p. 41), a quien no ha escapado la gran importancia de las palabras citadas dentro del texto general del Decreto.

fesión de que el Concordato se encuentra animado por un espíritu diferente del que inspiró la Orden de 10-III-1941. El hecho no puede resultar más significativo.

En 1941, el gobierno español afirmó que dictaba la nueva Orden para acomodarse en todo a las exigencias del catolicismo; las interpretaciones precedentes del art. 42 del Código civil fueron duramente calificadas (101). La doctrina abundó en esta tesis y, si acaso, exigió aún una última y definitiva y absolutamente completa coherencia entre la legislación española y la canónica (102). Al firmarse el Concordato, los autores lo suponen —ya hemos visto que, en mi opinión, sin motivo real alguno— en la línea de la Orden de 1941, y creen llegado el momento de, a) concluir de perfeccionar la identificación entre el Derecho canónico y la legislación matrimonial española, y b) reformar en este sentido el art. 42 del Código civil (103). Y, sin embargo, el Decreto de 1956 abandona estos criterios y sienta otros no sólo diferentes, sino identificables con los tachados de «liberales» y «sectarios» por la Orden de 1941 (104), y ello en nombre «del espíritu que anima el Concordato vigente».

Ante esta realidad, hay que concluir que en la interpretación del espíritu del Concordato se equivocó la mayor parte de la doctrina, o bien ese espíritu fue falseado por el Decreto de 26-X-1956. Que la primera hipótesis es la cierta nos lo demostrará el desarrollo posterior de los acontecimientos.

La novedad introducida en el régimen entonces vigente por el Decreto de 1956 consistió en prescindir del bautismo como presupuesto de la obligatoriedad del matrimonio canónico, para sustituirlo por la «no profesión» de la religión católica. La indicación de que así se interpreta el art. 42 del Código civil se expresa en el nuevo art. 37 del Reglamento del Registro Civil, que queda redactado así: «De conformidad con el artículo cuarenta y dos del Código, el matrimonio civil será autorizado en el solo caso de que ambos contrayentes prueben que no profesan la religión católica». También expresamente se añade —en el nuevo art. 41 del Registro— la mención de la apostasía como un supuesto en que procede la admisión al matrimonio civil.

(101) Vid. arriba, nota 62.

(102) Vid. FUENMAYOR, ob. cit., pp. 25 y ss., que recoge estas opiniones.

(103) Igualmente recoge FUENMAYOR (ob. cit., pp. 33 y ss.) numerosos testimonios de lo que decimos.

(104) De ahí que no puede extrañarnos la sorpresa y el desengaño de la doctrina, que afloran, p. e., en ESPÍN CÁNOVAS (*Adaptación de las normas estatales al Concordato en materia matrimonial*, en «Anales de la Universidad de Murcia», 15, 1956-7, p. 44), en SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 11, y en FUENMAYOR, ob. cit., pp. 134-135, cuando señalan la contradicción entre el Decreto de 1956 y las normas canónicas que se suponía iban a multiplicar su influencia en nuestro ordenamiento como consecuencia del Concordato. Sería interesante, a este propósito, poder comprobar si en la intención de los firmantes del Concordato estaba ya este abandono de los criterios de 1941, o si ellos fueron los primeros sorprendidos por la sucesiva orientación de la legislación en este terreno.

Se vuelve, pues —lo hemos señalado líneas arriba—, a la praxis tradicional: los contrayentes celebrarán matrimonio canónico o civil según que profesen o no el catolicismo, no según que hayan recibido o no el bautismo. El único recorte a la interpretación tradicional del art. 42, la única huella del sistema de 1941, es la exigencia de que ambos contrayentes, y no uno solo, se encuentren en el supuesto de hecho de la «no profesión»; se conserva la exigencia de prueba de acatolicidad, constante en nuestra historia jurídica salvo el breve parentesis de la II República. Pero si se recuerda cuanto he dicho anteriormente sobre la prueba de la no profesión y sobre la ficción que entraña suponer que, al admitirse al matrimonio civil a un apóstata con un católico, éste sigue siendo católico, nos daremos cuenta de que: a) el requisito de la prueba es una mera formalidad que no puede servir de base para distinguir entre el matrimonio civil subsidiario y el facultativo; b) no se da una auténtica diferencia real entre la exigencia de que ambas partes hayan dejado de profesar el catolicismo o que lo haya hecho una sola; c) de modo que el sistema instaurado en 1956, en aplicación del Concordato, es de nuevo el del matrimonio civil facultativo; d) sistema que por su propia lógica interna tiende a ir borrando los requisitos que lo enmascaran, y termina por identificar la petición de celebrar matrimonio civil con la prueba de la «no profesión»; e) de modo que cada persona elija libremente la clase de matrimonio que desea celebrar; f) sistema al que ha llegado ya el ordenamiento español, por encima de la doctrina canonística y civilística que, poseyendo todos los datos, tan remisa se ha ido mostrando en reconocer la misma realidad que se le agitaba entre las manos.

Una serie sucesiva de nuevas disposiciones vienen a insistir sobre lo ya establecido en 1956, precisando más el alcance de la norma: son los prolegómenos inmediatos de la modificación del art. 42 del Código civil, que finalmente tiene lugar, a los sesenta y nueve años de su entrada en vigor, en 1958.

Entre tales disposiciones que jalonan el camino de 1956 a 1958, interesa mencionar en primer lugar la Circular de la Nunciatura de 25-III-1957 (105), que acepta plenamente los criterios del Decreto de 16-X-1956; se presta así confirmación oficial, de parte eclesiástica, a la afirmación estatal de que el Decreto se mueve dentro del «espíritu que anima el Concordato». Hay que añadir también la Circular de la Dirección General de los Registros a los Presidentes de las Audiencias Territoriales, del 2-IV-1957 (106); la Ley de Registro Civil de 8-VI-1957 (107), en cambio, no entró en vigor sino el 1-I-1959, después de la reforma del Código civil operada en 1958.

(105) Publican el texto LÓPEZ NIÑO, ob. cit., pp. 150-152 (incompleto), y FUENMAYOR, ob. cit., pp. 130-133 (completo).

(106) El texto en FUENMAYOR, ob. cit., pp. 49-53.

(107) Esta Ley se mantiene dentro de las normas ya contenidas en el Decreto de 1956, sin alterar los términos de la cuestión (vid. FUENMAYOR, ob. cit., pp. 50-54, y BERNÁRDEZ, ob. cit., pp. 403-406). Debe tenerse también en cuenta el Reglamento de la Ley del Registro Civil, de

Es interesante leer con detenimiento estas dos Circulares, de la Nunciatura y de la Dirección General de los Registros, aparecidas en 1957 para completar el Decreto del Ministerio de Justicia del 16-X-1956. Como si pesara sobre ellas la concesión hecha en favor de los apóstatas por el Decreto, tratan ambas de paliar en lo posible aquella apertura, rodeándola de todas las garantías imaginables que eviten el fraude de la ley y endulcen la derogación —en nombre del Concordato— de una legislación estatal absolutamente pro-canónica, como era la de 1941. A tal fin, se insiste en ambas Circulares: a) en que al matrimonio civil pueden ser admitidos los apóstatas, pero no los meramente indiferentes u hostiles a los deberes religiosos; b) se tomarán precauciones —plazos, investigaciones— para evitar la apostasía con propósitos matrimoniales; c) comunicaciones de la autoridad civil a la canónica sobre la documentación presentada por los que piden ser admitidos al matrimonio civil; d) pruebas evidentes de la apostasía formal, sin bastar la mera declaración... Es decir, medidas tutelares, reforzamiento de las pruebas, al servicio de los tres principios que presiden el Decreto de 1956: a) admisión al matrimonio civil de los apóstatas que desean contraer entre sí o con acatólicos; b) presunción de catolicidad de los bautizados en el catolicismo; c) correspondiente exigencia de prueba de la apostasía. Principios, los tres, que se pueden reconducir a sólo el primero, pues la severidad —por alta que sea— de la exigencia de las pruebas de la «no profesión» no puede invalidar la diferencia radical existente entre el sistema del matrimonio canónico obligatorio para quienes deben contraerlo a tenor de las leyes canónicas, y el sistema del matrimonio civil libremente elegible por las personas que lo prefieran al canónico y que por ello mismo se ponen al margen de la ley canónica y de la Iglesia; toda vez que por apostasía no entiende el Decreto de 1956, ni las Circulares de 1957, ni la doctrina, la adscripción formal a una confesión religiosa no católica, que sería la única prueba de acatolicidad verdaderamente eficaz en la línea que las referidas Circulares quisieron marcar, con tanta decisión en las pretensiones como timidez en su ejecución.

13) 1958-1969. En 1958, la tesis de que las nuevas corrientes legislativas obedecen a la necesidad de revisar la normativa civil para atemperarla al Concordato, se ha consagrado ya en nuestros textos legales y en buena parte de la doctrina. Así ha podido escribir Bonet Ramón que «la publicación del Concordato entre España y la Santa Sede, firmado el 27 de agosto de 1953 y ratificado el 27 de octubre posterior, impuso una modificación del régimen del matrimonio en el Código civil, para ponerlo en armonía con el Derecho de la Iglesia Católica, a que ha provisto la Ley de 24 de abril de 1958» (108). Cualquiera que, desconocedor de nuestra historia jurídica, lea sin embargo este tipo de asertos, se verá inducido a creer que el Estado hubo de modificar sus

14-XI-1958 («Boletín Oficial del Estado» del 11-XII-1958, y en BERNÁRDEZ, ob. cit., pp. 472-482).

(108) BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho Civil*, cit., p. 72.

leyes para atemperarlas a una recepción del Derecho Canónico como resultas del Concordato; la realidad fue —como ya sabemos— todo lo contrario, y lo que se ganó a raíz del Concordato en tolerancia, respecto a los derechos y situaciones individuales y libertad en materia religiosa, eso se perdió en armonía entre nuestra legislación civil y la canónica. El hecho no es sorprendente para quien sepa comprender el verdadero sentido de la ley canónica y del espíritu que la anima, estricta en la implantación de un régimen jurídico para quienes voluntariamente la siguen, pero respetuosa y elástica en el respeto a otras actitudes vitales y jurídicas diferentes. El saldo es favorable a nuestro Concordato en este punto, y al Derecho civil reformado en los años subsiguientes; en cambio, la opinión pública aparece desorientada, lo que no es de extrañar cuando la desorientación afecta también a no pocos de nuestros juristas.

En la misma línea se manifiesta la Ley de 24-IV-1958 (109), que constituye, según su propio tenor, una modificación del Código civil, «la más extensa de las introducidas hasta ahora» (110). «La presente modificación —se dice en el preámbulo— del Código civil... afecta principalmente al régimen del matrimonio, para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato» (111), y se propuso —en lo que aquí nos interesa— estos objetivos:

a) «Eliminar antiguas dudas sobre si era posible el matrimonio civil cuando uno solo de los contrayentes no profese la religión católica» (112). Verdaderamente, las dudas al respecto estaban eliminadas de nuestro ordenamiento desde 1941, pero es cierto que el viejo art. 42 del Código civil presentaba una redacción defectuosa en este punto, que ahora se corrige;

b) «en el artículo 42 y en el 86, que ahora se reforman, queda claramente establecido el carácter supletorio del matrimonio civil» (113). El legislador opera aquí con un concepto de matrimonio civil supletorio o subsidiario que ya he probado que no se corresponde con la realidad. No es suficiente, para que el matrimonio civil sea supletorio, con que la Ley afirme —como lo hace a continuación— que «basta, por tanto, que uno de los contrayentes profese esta religión para que no quepa otra clase de matrimonio que el canónico». Es decir, que la acatolicidad ha de darse en ambos contrayentes para que la clase civil del matrimonio sea posible y aquella condición ha de ser siempre probada» (114). Esta confusión entre subsidiariedad del sistema y bilateralidad de la «no profesión» no afecta al texto reformado del art. 42, del que hablaremos seguidamente; pero sí que hay que dejar claro ahora que la afirmación

(109) "Boletín Oficial del Estado" de 25-IV-1958. Publica también el texto BERNÁRDEZ, ob. cit., pp. 439-449.

(110) En BERNÁRDEZ, ob. cit., p. 439.

(111) En BERNÁRDEZ, ob. y lug. cit.

(112) En BERNÁRDEZ, ob. cit., p. 440.

(113) En BERNÁRDEZ, ob. y lug. cit.

(114) En BERNÁRDEZ, ob. y lug. cit.

del legislador de que el sistema que establece es el supletorio, no hace que tengamos que aceptar que el sistema lo es sin un análisis del mismo. Y el análisis demostrará que el legislador califica erróneamente a su propia normativa;

c) «se sustituye la expresión "formas de matrimonio" por la que se juzga más técnica de "clases de matrimonio". Así se evita el riesgo que aquella terminología pudiera ofrecer: la equiparación del matrimonio civil con el canónico, que, por la naturaleza sacramental de éste, sería inexacta» (115). El indudable acierto de sustituir la palabra «formas» por «clases» vuelve a aparecer mal razonado. No es la equiparación entre los matrimonios civil y canónico lo que se evita, pues no los equiparaba más ni menos una expresión que otra, que se limitan a constatar la real existencia jurídica y fáctica de ambos. Tampoco esa equiparación es inexacta por causas de la sacramentalidad del matrimonio canónico, ya que a') no es inexacta en cuanto ambos matrimonios son dos clases legítimas en sí mismas de formalizar el matrimonio natural, y b') sacramentalidad y canonicidad del matrimonio no son términos idénticos o, dicho de otro modo, existen matrimonios canónicos no sacramentales. En cambio, lo que consigue al sustituir «formas» por «clases» es una exactitud técnica, ya que el matrimonio civil y el canónico —repito— son precisamente «clases» distintas de matrimonios, cada una de las cuales posee su forma o sus formas peculiares.

La nueva redacción del art. 42 del Código civil, vigente en España desde la Ley de 1958, es la siguiente: «La Ley reconoce dos clases de matrimonios: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando uno al menos de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica» (116). Complementarios directamente de este artículo resultan los nuevos artículos 75 (117) y 76 (118) así como el artículo 86 (119) del mismo Código.

Los propósitos de la reforma que antes hemos enumerado bajo las letras a), b) y c), manifestados por el legislador y sólo en parte conseguidos, resultan secundarios en comparación con el tema central de interpretación del viejo art. 42, y ese tema sigue sin resolverse en la nueva redacción del texto: me refiero al significado de la expresión «profesar la religión católica». Es evidente que, al utilizarla sin mayor precisión,

(115) En BERNÁRDEZ, ob. y lug. cit.

(116) En BERNÁRDEZ, ob. cit., p. 448.

(117) «El matrimonio canónico en cuanto se refiere a su constitución y validez y, en general, a su reglamentación jurídica, se regirá por las disposiciones de la Iglesia Católica» (en BERNÁRDEZ, ob. cit., p. 446).

(118) «El matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico produce desde su celebración plenos efectos civiles» (en id., id., p. 447).

(119) Que fija la documentación precisa para ser admitidos al matrimonio civil, entre la que se enumera «la prueba de no profesar la Religión católica» (id., id., p. 448).

«el nuevo artículo responde a la orientación iniciada por el Decreto de 1956» (120), que, como ya sabemos, en lo que a interpretar el art. 42 se refiere no hace sino recibir la tradición establecida entre 1889 y 1941 sobre el concepto de «no profesión».

La profesión o no del catolicismo es, pues, el concepto decisivo, según apunta Castán (121) y con él Puig Brutau (122), para dilucidar qué personas se hallan en el supuesto de hecho del art. 42 del Código civil. Los autores, en consecuencia, se han esforzado de modo especial por delimitar y precisar tal concepto. Desde un punto de vista canónico, Pérez Mier ha buscado el apoyo de textos paralelos provenientes de la Santa Sede y de otras autoridades eclesiásticas, para concluir que la expresión «profesar la Religión católica» ha sido conservada con buen acuerdo, pues es «la más apropiada para expresar el concepto jurídico que actualmente resulta cierto e indubitable para todos» (123); pero a la hora de delimitar su contenido, no puede hacer otra cosa que recoger aquellas frases de la Circular de la Nunciatura —que ya conocemos —que tratan de precisar la «no profesión» como apostasía formal y material no buscada directamente para facilitar las nupcias civiles (124).

No es otro el camino que, desde la vertiente civilística, ha seguido Puig Brutau. Busca este autor apoyo en cuantos textos legales le sirvan para interpretar la «no profesión» del art. 42: el art. 245, párrafo primero, del Reglamento del Registro Civil de 1958; la Circular de la Dirección General de los Registros de 2-IV-1957; art. 80, núm. 2.º, de la Ley del Registro Civil; etc. (125). Y la conclusión a que llega nos era de antemano conocida: el legislador rodeó la no profesión de una serie de pruebas y precauciones que evitasen el fraude a la ley, pero viiniendo a consagrarse —también por este lado— la tesis de que «no profesan la religión católica y por ello pueden contraer matrimonio civil los que no hayan sido bautizados en la Iglesia católica, los no convertidos a ella de la herejía o el cisma, y los bautizados o convertidos que posteriormente hubieren apostatado» (126), síntesis verdaderamente feliz de la mejor interpretación del art. 42 del Código civil reformado.

Y síntesis que nos reconduce, como es evidente, al concepto de apostasía, como aquel que describe con exactitud el supuesto de hecho del católico admitido en España al matrimonio civil. Ahora bien: a la apostasía podrá rodeársela de una serie de precauciones para evitar el fraude a la ley —pruebas, presunciones contrarias, plazos, informes a la autoridad eclesiástica, expedientes—; pero, al final, se concluirá

(120) GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 26.

(121) CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. I, Madrid, 1961, p. 97.

(122) PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 39.

(123) PÉREZ MIER, ob. cit., p. 201.

(124) PÉREZ MIER, ob. cit., pp. 199-200.

(125) PUIG BRUTAU, ob. cit., pp. 39-40.

(126) PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 39.

por autorizar el matrimonio civil de los apóstatas, pues es la apostasía, y no los requisitos que tratan de probar que la apostasía existe de hecho, el concepto y el supuesto central de la posibilidad de contraer matrimonio civil aquellas personas a las que, a tenor del canon 1.099, les obliga el matrimonio canónico.

Esta realidad nos prueba que el art. 42 reformado no ha añadido nada ni corregido nada del antiguo en lo que es su concepto clave, el «eje del sistema» (127); sigue siendo necesario interpretar la ley; Fuenmayor ha escrito con acierto que, «mientras se conserve como eje del sistema la tan discutida frase —no profesar la Religión católica— ha de existir una exégesis del art. 42 por vía administrativa» (128), y esta exégesis mantendrá perennemente al artículo a merced del sentido que en cada momento quiera atribuirle la autoridad civil (129).

En el momento de su reforma, la interpretación auténtica del artículo 42 del Código civil era la ofrecida por el Decreto del Ministerio de Justicia de 26-X-1956 y, desde entonces, ningún cambio se produjo: la doctrina entendió, pues, con razón que el criterio interpretativo mantenía su vigencia. Unos autores deseaban que se hiciese una nueva exégesis más acorde con el Derecho canónico (130), lo que sería volver de algún modo a la interpretación de 1941; otros, aún estimando el artículo 42 reformado como «técnicamente defectuoso», reconocen que «razones de política jurídica pueden aconsejar una desviación de los principios absolutos; resulta psicológicamente muy fuerte forzar a un protestante, pero bautizado en la Iglesia católica, a elegir entre comparecer ante el Párroco católico, o el celibato forzoso» (131). De hecho, el criterio del Decreto de 1956 se ha mantenido.

Pero aún esta interpretación auténtica del art. 42 reformado presentaba sus zonas oscuras. Dos cabe señalar. Una la apunta García Cantero cuando escribe: «no resulta fácil decir cuál es el sistema matrimonial realmente aceptado por nuestro Código después de la reforma» (132); la otra la señala Fuenmayor cuando estima que cabe entender la «no profesión» del catolicismo «como sinónimo de no hacer actualmente profesión de fe, concepto amplio que admite una gama variada de matices, pudiendo comprender no sólo a los infieles o heterodoxos desde su infancia, que nunca profesaron nuestra fe, sino también a los que, católicos de origen o de conversión, son ahora apóstatas, cismáticos, herejes o simplemente hostiles o indiferentes a la práctica de los deberes religiosos» (133).

Se trata de dos problemas claves que conviene ver por separado:

(127) La expresión es de FUENMAYOR, ob. cit., p. 56.

(128) FUENMAYOR, ob. cit., pp. 57-58.

(129) FUENMAYOR, ob. cit., p. 58.

(130) Así REGATILLO, *Nulidad del matrimonio por defecto de forma*, en «Las causas matrimoniales», Salamanca, 1953, p. 429; DEL AMO, *Los matrimonios civiles durante la República*, cit., p. 31.

(131) GARCÍA CANTERO, ob. cit., p. 27.

(132) GARCÍA CANTERO, ob. y lug. cit.

(133) FUENMAYOR, ob. cit., p. 57.

la calificación jurídica del sistema matrimonial de nuestro Código civil reformado, y las personas que a tenor del mismo pueden ser admitidas al matrimonio civil.

Comencemos por el primero. Los autores que califican de sistema de matrimonio civil subsidiario al de nuestro Código civil reformado no son pocos: Puig Brutau (134), Bonet Ramón (135), Puig Peña (136), se atienden a las palabras contenidas en los preámbulos de los textos legales, o a la praxis acrítica de nuestra canonística, para calificar de supletorio al sistema, sin someterlo a un análisis mayor que descubra su verdadera naturaleza. En cambio, García Cantero ha caído en la cuenta de que, siendo el art. 42 susceptible de variadas interpretaciones, «es innegable que una interpretación benéfica del requisito de la no profesión, y, sobre todo, un criterio laxo en la apreciación de su prueba, nos conduciría al sistema del matrimonio civil facultativo» (137); y, en mi opinión, a ese sistema habíamos ya vuelto en 1956, y desde la reforma del Código civil de 1958 no ha hecho sino verse más y más confirmado, tanto por diferentes decisiones de la Dirección General de los Registros y de los Tribunales (138), como finalmente por el Decreto de 22-V-1969, que modifica el Reglamento del Registro Civil, y del que nos ocuparemos más adelante.

Por lo que hace al segundo tema, es útil subrayar las palabras de Fuenmayor que quedaron recogidas arriba, cuando advierte de que dentro del concepto de no profesión caben incluso los simplemente hostiles y los indiferentes, además de los apóstatas y de los que nunca han sido católicos. El ilustre autor no hace sino constatar un hecho que hasta ahora no había sido puesto de relieve por la doctrina, pese a su evidencia: la elasticidad del concepto de apostasía. En efecto, las posibilidades son dos: o acudimos para definir al apóstata al Derecho Canónico, o confiamos esta misión al Derecho civil. Acudiendo al primero, tendremos un concepto exacto y técnico del apóstata, que en la actualidad nos viene dado por el vigente canon 1.325 del Código pío-benedictino. Pero esta perfección del concepto hay que pagarla del modo siguiente: a) sólo a la Iglesia corresponderá decidir quién es y quién no apóstata en cada caso concreto; b) el Derecho civil, para definir la «no profesión» del apóstata y admitirle al matrimonio civil, debe limitarse a solicitar de la autoridad eclesiástica la correspondiente declaración, que sería la única prueba válida de la apostasía que pudiese poner en marcha el mecanismo radicado en el art. 42. Si la dificultad de aceptar este camino lleva a preferir el otro, es la propia norma civil la que

(134) PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 40.

(135) BONET RAMÓN, ob. cit., p. 73.

(136) PUIG PEÑA, ob. cit., p. 44.

(137) GARCÍA CANTERO, ob. y lug. cit.

(138) Vid. las decisiones jurisprudenciales y administrativas recogidas por PUIG BRUTAU (ob. cit., pp. 41-42) y PUIG PEÑA (ob. cit., p. 90), y en particular el ya citado Reglamento del Registro Civil de 1958 y las Resoluciones de la Dirección General de Registros del 18-V- y 28-VI de 1961 y 25-X-1962.

ha de definir la apostasía: entramos entonces —como de hecho ha ocurrido— en un juego de remisiones de «apostasía» a «no profesión» y de «no profesión» a «apostasía»; incapaz el legislador civil de resolver quién «no profesa» la religión católica habiéndola profesado anteriormente, es decir, quién es apóstata, de nada le sirve el recurso a las pruebas, pues éstas no nos dicen qué es aquello que hay que probar, sino si aquello —cuya naturaleza debe sernos previamente conocida— existe o no en un caso concreto. De donde la conclusión no sólo más lógica sino única posible es ésta: para el legislador civil, la única y exclusiva base de la apostasía es la declaración de los interesados. Sólo interrogando a los interesados puede la autoridad civil saber si profesan o no el catolicismo; y una vez que se les interroga, hay que conceder pleno crédito a sus respuestas, porque no hay pruebas ninguna que puedan prevalecer contra ellas. Sólo cabrían dos objeciones, o mejor, una objeción y una precaución: la objeción es, que contra las palabras de los interesados puede alegarse como prueba en contrario su conducta, si está en contradicción con aquéllas; la precaución, que cabe fijar un plazo de constante acatolicidad que evite la apostasía adoptada a los meros efectos de lograr ser admitido al matrimonio civil. A la objeción respondo insistiendo en que el hecho de acudir al matrimonio civil, con violación gravísima del Derecho canónico, es de facto una conducta que sitúa fuera de la Iglesia a quien la adopta; por ello, la pretendida conducta católica contraria a la declaración de apostasía sería siempre una conducta anterior, contra la cual lo más que cabe es poner un plazo de contumacia en el deseo de contraer nupcias civiles. Se reconduce así la objeción a la precaución: de hecho, nuestro ordenamiento ha insistido, desde 1956, en que la apostasía hubiese tenido lugar en tiempo no sospechoso, es decir, con cierta antelación a la petición de celebrar el matrimonio civil (139); pero esta precaución se ha ido paulatinamente demostrando inútil, pues no evitará un solo matrimonio civil, salvo que el plazo de espera que se impusiese fuese tan largo que resultara, además de eficaz, injusto.

En el régimen del Decreto de 26-X-1956, conservado en el Regla-

(139) Encontramos plazos marcados en el Decreto de 26-X-1956, en la Circular de la Dirección General de los Registros de 2-VI-1957, en la Circular de la Nunciatura de 1957, etc., siempre bajo el prisma de evitar las “apostasías sospechosas”, aquellas motivadas por la decisión de contraer matrimonio civil. Pero una vez más me pregunto: la persona que ha decidido contraer matrimonio civil y para lograrlo no tiene inconveniente en declararse apóstata, ¿cuándo apostata?, ¿cuando lo declara, o cuándo tomó la decisión íntima de ir al matrimonio civil, aunque para ello le fuese preciso declararse fuera de la Iglesia católica? Esta pregunta me parece que descalifica a cualquier sistema de plazos que pueda arbitrarse, salvo en orden a hacer reflexionar más al interesado sobre la decisión tomada. De sumo interés para conocer las dificultades que entraña en la práctica el sistema de pruebas, es el trabajo de LÓPEZ ALARCÓN, *Matrimonio civil y obstáculo legal de profesión de la religión católica*, en “Revista Española de Derecho Canónico”, 1973, pp. 111-123.

mento del Registro civil de 14-XI-1958 (140), se acepta, pues el criterio de incluir en la «no profesión» a los apóstatas, y excluir a los que simplemente son hostiles o indiferentes a la práctica de la religión. Tal es el criterio general de la doctrina, desumido de los propios textos legales. Pero, se pregunta Fuenmayor, «¿Cabe en el futuro —con el texto actual—una interpretación más laxa y, por tanto, más discordante con el Derecho canónico?». «Estimo que sí —responde el propio autor—, aunque no sería, en modo alguno, interpretación obvia y natural, a tenor de la gestación de la reforma introducida y de los textos legales en que ha cristalizado, sino retorcida y tendenciosa. Pero también creo que, sin modificar el nuevo texto, es posible, por vía administrativa, una interpretación más acomodada a las normas eclesiásticas» (141).

Una vez más, los deseos de los autores van por un lado y la legislación por otro. En contra de lo que Fuenmayor acaba de indicarnos, no se dio una nueva interpretación, «más acomodada a las normas eclesiásticas», del requisito de la no profesión del art. 42; por el contrario, se ha introducido en la legislación aquella interpretación «más laxa», que sin llegar a «retorcida y tendenciosa», ha inutilizado todos los sistemas de prueba, tan cuidadosamente acumulados durante un siglo para defender la apariencia de ese matrimonio civil subsidiario o supletorio que se pretendía existente en nuestro ordenamiento.

14) 1969.... La exigencia probatoria remite, como era de esperar, con la Ley de 28 de junio de 1967, sobre libertad religiosa, por cuyo art. 6.º, apartado 1.º, se suprime el requisito de probar la no profesión al establecer que «se autoriza el matrimonio civil cuando ninguno de los contrayentes profesen la religión católica». Nos encontramos, pues, con una seria contradicción: por un lado, el art. 42 del Código civil, según la Ley de 24 de abril de 1958, que exige la prueba de acatolicidad, y por otro, el art. 6.º de la Ley de 28 de junio de 1967, que no la requiere para utilizar el matrimonio civil. Un Decreto de 22 de mayo de 1969, que modificó varios artículos del Reglamento del Registro civil, pretende salvarla manteniendo, de una parte, el requisito de la prueba, pero reduciéndola, de otra, a estos términos: si se trata de personas que hubiesen abandonado la religión católica basta que presenten la prueba de que el abandono ha sido comunicado al párroco del domicilio del contrayente; en otro caso, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 32 de la Ley de libertad religiosa, la prueba de la no profesión podrá efectuarse, bien mediante certificación acreditativa de la adscripción a otra confesión religiosa, expedida por ministro competente o representante autorizado de la respectiva asociación confesional, o bien

(140) Cfr. FUENMAYOR, ob. cit., pp. 56 y 58, notas 84 y 86 bis.

(141) FUENMAYOR, ob. cit., p. 58. Otros autores han visto también la amplia gama de interpretaciones posibles del artículo 42 del Código civil y de sus textos complementarios a partir del Decreto de 26-X-1956; así, SANCHO REBULLIDA, *El artículo 42 del Código civil*, cit., p. 11; MALDONADO, *La exigencia del matrimonio canónico*, cit., p. 162; etc.

mediante declaración expresa del interesado ante el Encargado del Registro civil (arts. 245 y 246 del Reglamento del Registro civil, según redacción del Decreto de 22 de mayo de 1969). Comentando estas nuevas disposiciones, en torno a la prueba de no profesar la religión católica, ha escrito Albadalejo: «Hoy día esta demostración es bien sencilla; y realmente no hay que demostrar nada, sino que es suficiente con que el interesado afirme no ser católico. En efecto, veamos: Si se trata de quien nunca fue católico, sólo es preciso declararlo así ante el Encargado del Registro (R. R. C., art. 246, 2.º). Si se trata de quien fue católico antes, puede demostrarse de cualquier modo que se abandonó esta religión (no basta el haber dejado de ser practicante, sino que ha de haberse apostatado). Pero la ley, que no se conforma con que lo declare así el interesado ante el Encargado del Registro, como en el caso anterior, no exige tampoco una verdadera prueba del abandono, sino que acepta que éste se demuestre por la sola afirmación del interesado, y únicamente exige que se presente prueba de que el abandono de la religión ha sido comunicado por aquél al párroco de su domicilio, comunicación que, para más facilidad puede hacerse a través del Encargado del Registro, por correo certificado con acuse de recibo (R. R. C., artículo 245)» (142). Esta regulación ha quedado confirmada por la reciente «Instrucción sobre el expediente previo al matrimonio civil», dictada el 22 de marzo de 1974 por la Dirección General de los Registros y del notariado (143).

V. EL SISTEMA ACTUAL DEL MATRIMONIO CIVIL Y SU PROBLEMATICA.

Este es, por ahora, el último avance legislativo en la materia dentro de nuestro ordenamiento civil. El sistema resultante ha sido calificado

(142) ALBALADEJO, *Manual de Derecho de Familia y Sucesiones*, Barcelona, 1974, pp. 42-43.

(143) Los textos de la "Instrucción" de 22-III-1974, referentes a este punto, son los siguientes:

"Prueba de no profesar la religión católica. En el momento actual está tan facilitada esta prueba que su exigencia nunca debe ser causa de dilaciones, pues, según Resolución de este Centro Directivo de 3 de agosto de 1970, es medio de prueba idóneo "la declaración expresa de los interesados de no profesar la religión católica". Solamente se establece una diligencia especial para el supuesto de que se tratase de personas que hubiesen abandonado la religión católica: "Se exigirá que a la mayor brevedad se presente la prueba de que el abandono ha sido comunicado por el interesado al párroco del domicilio. La comunicación podrá hacerse a través del Encargado, por correo certificado con acuse de recibo (art. 245 R. R. C.). Naturalmente, la realización de esta diligencia no debe paralizar el curso de los demás trámites."

"Para probar que los contrayentes no profesan la religión católica basta su declaración expresa, sin perjuicio de exigirse, en su caso, la prueba de haber comunicado el abandono al Párroco."

Vid. también NAVARRO VALLS, *Sistema matrimonial español. Concordato y libertad religiosa*, en "Palabra", 83, 1972, pp. 18-19.

por Portero como de «Matrimonio civil quasi facultativo», y Navarro acepta la calificación (144). Me veo entonces obligado a preguntarme qué les impide eliminar el «cuasi» que tan artificialmente introducen, y que en mi opinión es hijo de ese curioso temor de la doctrina española —lo hemos detectado como una constante en nuestros autores— a reconocer que el ordenamiento jurídico español en materia matrimonial no es ese ordenamiento, coherente en todo con las exigencias del Derecho canónico, que nos hemos empeñado en creer; empeño que, además, le ha hecho un flaco favor al Derecho canónico, haciéndolo aparecer como inflexible enemigo de la libertad, cuando la verdad es que la única vez en que nuestro sistema matrimonial ha dejado de ser facultativo —entre 1941 y 1956—, ello ha sucedido por iniciativa unilateral del Estado, y ha sido precisamente un Concordato el motor que hubo de poner en marcha la vuelta al sistema facultativo y el abandono del subsidiario.

¿Qué entienden, pues, los más modernos de nuestros autores, al comentar el art. 42 y el sistema que impone, por matrimonio civil facultativo? Según Navarro, «cabría que el Estado español —aún reconociendo eficacia civil al matrimonio canónico— estableciera un sistema de matrimonio civil facultativo modificando el art. 42 del C. c. en el sentido de no exigir a los católicos obligatoriamente el matrimonio canónico» (145). A mi modo de ver, esa reforma del art. 42 no es imprescindible, pues Navarro parte de un supuesto falso, dejándose llevar de la letra más que del fondo del texto legal. El Estado no puede, ni lo hace, imponer obligatoriamente a los católicos el matrimonio canónico, toda vez que quien acude al matrimonio civil por ello mismo se separa de su condición de católico, de modo que contraen en España matrimonio canónico los católicos y civil los que no lo son. Es cierto que apostatar es —a tenor del canon 1.325 del Código de Derecho canónico— abandonar la fe, y no solamente la disciplina; y el católico que acude al matrimonio civil incurre en graves sanciones canónicas, se convierte en un pecador público, pero no necesariamente apostata de su religión. Pero téngase en cuenta que el Reglamento del 22-V-1969 no pide una apostasía, sino un abandono de la Religión católica que, no expresándose en términos que pretendan responder a estrictos criterios canónicos, muy bien puede entenderse como aquel abandono de la disciplina que significa el acudir al matrimonio civil con menoscenso de la excomunión en que ipso facto incurren en virtud del canon 2.314

(144) PORTERO, *Régimen matrimonial español y Concordato*, cit., p. 516; NAVARRO VALLS, ob. cit., p. 20. Para BERNÁRDEZ, el sistema matrimonial español es, en la práctica y actualmente, «una modalidad atenuada de matrimonio civil subsidiario que, por lo que respecta a los católicos disidentes, se acerca a la del matrimonio civil facultativo» (*Elementos de Derecho eclesiástico español*, en el v. II del «Derecho Canónico», de Eunsa, Pamplona, 1974, p. 435).

(145) NAVARRO VALLS, ob. y lug. cit.

del Código de Derecho canónico (146) en relación con la Circular de la Nunciatura en Madrid de 25-III-1957 (147). El mismo hecho de que esta Circular señale como pena canónica para quien, siendo católico, celebre en España matrimonio civil, la misma pena que el canon 2.314 impone a los apóstatas, y ello con expresa mención del canon, es altamente significativo: permite mantener, en efecto, la tesis de que acudir al matrimonio civil es un acto *ad instar* de la apostasía dentro del régimen jurídico concordado en nuestro país. Lo cual significa que —dejando de lado las penas canónicas que la Iglesia impone a quien contraviene tan gravemente sus leyes— los españoles son civilmente libres para acudir al matrimonio canónico o al civil, sin ningún requisito previo que condicione su elección. Puede decirse que el Estado les obliga a elegir el matrimonio canónico si son católicos; pero es que ellos, si son católicos, no elegirán otro matrimonio, y si lo eligen, es que han dejado de ser católicos.

De aquí que he dicho más arriba que la nueva reforma del art. 42 del Código civil que propone Navarro no es imprescindible; sí que es, en cambio, conveniente. La reforma de 1958 le ha parecido desacertada a la mayor parte de la doctrina; para no incurrir en los mismos errores que se le achacan —y que son repetición de los del texto de 1889—, el futuro nuevo art. 42 tendría en efecto que abandonar radicalmente el ambiguo tema de la profesión o no de la Religión católica, como criterio para llamar a los españoles a una u otra clase de matrimonio. El Estado, en cambio, ha de reconocer dos clases de matrimonio, el canónico y el civil, ambos con plenos efectos civiles. Los españoles escogerían libremente el sistema que prefiriesen, quedando sometidos correspondientemente a la legislación canónica o a la civil, tal como ocurre actualmente. En resumen, el art. 42 podría quedar redactado así:

«La ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil, ambos con plenos efectos civiles. Por el hecho de contraer uno de ellos, los contrayentes se someten en todo a la legislación matrimonial correspondiente, a tenor de lo preceptuado en los artículos siguientes de este Código» (148).

(146) En relación con el canon 2.314 se encuentra actualmente el Directorio *Ad totam Ecclesiam* sobre el ecumenismo. Vid. al respecto el comentario de MIGUELEZ en la edición de la B. A. C. del *Código de Derecho Canónico*, Madrid, 1969, pp. 854-855.

(147) En FUENMAYOR, ob. cit., p. 133.

(148) Tal redacción del artículo 42 resulta coherente con la evolución experimentada en este campo por nuestro Derecho civil, tal como ha quedado expuesta, y expresa mejor que el texto reformado de 1958 la actual naturaleza del sistema matrimonial civil español. A nadie se le ocultará, sin embargo, la semejanza del sistema con el establecido en Portugal por el Concordato de 1940, cuyo artículo 24 disponía que “En armonía con las propiedades esenciales del matrimonio canónico, entiéndese que por el propio hecho de celebrar matrimonio canónico los cónyuges renuncian a su derecho civil de pedir el divorcio, que por esto mismo nunca podrá ser aplicado por los Tribunales civiles a los matrimonios católicos”. Este régimen ha sido considerado durante treinta años, por

Es obvio que, en correspondencia, los artículos 75 y 76 habrían de continuar intocados, mientras que sería preciso suprimir el último párrafo del art. 86.

La principal virtud de esta reforma sería clarificar la legislación española, reconociendo el hecho de que hoy los españoles gozan de libertad para el matrimonio civil facultativo (149), dentro de un

toda la doctrina, como el modelo perfecto del sistema facultativo, en que los cónyuges eligen libremente la legislación dentro de la que contraen y a ella se atienden a todos los efectos. La semejanza con el actual sistema español es obvia; y ello nos hace pensar que en el futuro vayan a plantearse en España idénticos problemas a los que actualmente han aparecido en Portugal. Tales problemas se refieren, muy en particular, al tema del divorcio. En efecto, en Portugal —como el texto concordatario mismo menciona— existe el divorcio civil. Ello entraña una diferencia importante entre los católicos de aquel país, cuya unión canónica no podía romperse mediante el divorcio civil, y los no católicos, que podían recurrir a éste. En España, en cambio, al no existir el divorcio en nuestra legislación civil, la elección entre el matrimonio canónico y el civil resulta —en el sistema facultativo hoy vigente— una cuestión de conciencia, pero no de conveniencia (entendiendo como más conveniente en hipótesis para el contrayente no católico la posibilidad de hacer uso del divorcio civil). Pero puede darse el caso —las profecías son siempre aventuradas— de que nuestra legislación civil introduzca un día el divorcio en su normativa. En ese caso, el actual sistema facultativo y, por supuesto, la propia redacción del artículo 42 del C. c., tal como la propongo en coherencia con todo el resto de la legislación vigente —de cuya orientación la propia Santa Sede es en buena parte coautora, como creo haber dejado demostrado—, favorecerán el nacimiento de una nueva cuestión: la posibilidad de que el matrimonio canónico sea disuelto por los Tribunales civiles, con dejación del principio de que los contrayentes católicos aceptan a todos los efectos la legislación canónica bajo la cual contraen. Tal posibilidad, impuesta unilateralmente en Italia por la Ley Fortuna y el Referéndum de 12-V-1974 —contra la oposición expresa de la Santa Sede—, acaba de ser aceptada con extrema facilidad por la propia Santa Sede para Portugal, cuyo Concordato ha sido modificado en su artículo 24 mediante el "Protocolo" firmado el 15-II-1975; a tenor del mismo, quienes hayan contraído matrimonio canónico podrán obtener el divorcio ante los Tribunales civiles, aunque la Iglesia —como es obvio— no reconozca tal disolución del vínculo.

(149) Recientemente, la civilística ha tomado, en fin, conciencia de que el sistema civil español es facultativo. Así, p. e., escribe ALBALADEJO, ob. cit., p. 43: "Según lo dicho, es claro que prácticamente queda en manos de cualquiera casarse civilmente, si, aunque de verdad sea católico, lo desea, ya que le basta comunicar al Párroco que abandonó el Catolicismo. De modo que nuestro sistema matrimonial, de hecho, viene a ser electivo (matrimonio civil o canónico, a voluntad de los contrayentes). Cosa que, por un lado, parece preferible, pues el Estado no tiene por qué entrar en la conciencia de sus súbditos, y, por otro, es la única forma ágil de hacer posible el matrimonio civil a quienes habiendo abandonado verdaderamente el Catolicismo, no tengan más medios para probarlo que su propia declaración". Vid., en el mismo sentido, DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Instituciones de Derecho Civil*, II, Madrid, 1974. Por una reforma que claramente declare este carácter facultativo, que ya reconocen al sistema matrimonial civil, se manifiesta ARESHEDERRA, *Relevancia jurídica de la condición de católico en el sistema matrimonial español*, en "Revista de Derecho Privado", nov. 1973, p. 925: "A

sistema cuyo único requisito es la comunicación al párroco; la ventaja que señala Navarro a esta comunicación —«implica una cierta posibilidad de reflexión al católico que lo hace más consciente de las consecuencias de índole moral de su actuación al contraer matrimonio civil»— me parece que no es función del Estado, al que toca mejor ofrecer «el sistema que puede ser más conveniente [a los contrayentes] dado el principio de libertad religiosa, trasladando a la Iglesia la carga de evitar, a través de una eficaz acción pastoral, que los fieles contraigan matrimonio civil desconociendo su propio derecho» (150).

Un inconveniente, o, mejor, una limitación del sistema lo sería la falta de reconocimiento de una tercera clase de matrimonios: los matrimonios religiosos de otras confesiones distintas de la católica, cuyos miembros españoles están obligados por el régimen del Código civil a contraer necesariamente matrimonio civil, a diferencia de la posibilidad que tienen los católicos de celebrar su propia unión religiosa, y en contradicción con el principio de la libertad religiosa. El problema, de indudable interés, no entra dentro de la temática de estas páginas, pues evidentemente no nace de la relación entre el art. 42 del Código civil y el Concordato; me remito, pues, a las interesantes consideraciones que la doctrina ofrece al propósito (151).

Aún cabe apuntar otros problemas, tales como el posible matrimonio canónico de un católico apóstata que hubiese contraído primariamente matrimonio civil; la segunda unión —que la Iglesia no se puede comprometer a impedir— poseería validez canónica, y la primera civil. La doctrina ha analizado la cuestión, que también resulta marginal dentro de este estudio (152). Y, en fin, Bernández ha llamado la atención sobre otro defecto del sistema matrimonial español, relacionado con nuestro tema indirectamente. Como es sabido, la Iglesia, desde el *motu proprio* «*Matrimonia mixta*», ha establecido criterios ampliamen-

su vez, y como consecuencia de la Ley de Libertad religiosa, tenemos que el sistema matrimonial español es prácticamente *opcional*, y que el matrimonio civil ha perdido estatalmente toda razón de indignidad. Circunstancias todas que aconsejan una definitiva transformación del sistema en facultativo". Por su parte, GARCÍA CANTERO (*En torno a la reforma del Derecho civil matrimonial*, en "Ius Canonicum", v. XIV, número 27, 1974, pp. 111-112) apunta también a la posibilidad de una nueva redacción del artículo 42, similar a la que indicamos en el texto, que introduciría el sistema *opcional lisa y llanamente* en nuestro ordenamiento.

(150) NAVARRO VALLS, ob. cit., p. 20; la incidencia del régimen de libertad religiosa —a partir del Concilio Vaticano II y de nuestra Ley de 1967— en este tema, la ha señalado LÓPEZ ALARCÓN, ob. cit., pp. 115-117.

(151) NAVARRO VALLS, ob. cit., p. 20 y nota 13; así como RUBIO, que ha analizado con bastante detenimiento el tema del matrimonio en forma religiosa no católica en España y en otros países (*El matrimonio en forma religiosa no católica*, en "Ius Canonicum", v. XIV, núm. 27, 1974, pp. 133-166).

(152) Vid. la bibliografía al respecto, juntamente con un análisis del tema, en NAVARRO VALLS, *Divorcio: orden público y matrimonio católico*, cit., pp. 238-242; vid. también GARCÍA CANTERO, *El vínculo del matrimonio civil*, cit., p. 27, y ALBALADEJO, ob. cit., p. 43.

te permisivos de dispensa de la forma canónica; en esta línea, la Conferencia Episcopal española, en sus Normas de 25-I-1971 sobre matrimonios mixtos, admite la forma civil para los matrimonios de católicos con no católicos. Como el Estado no admite por su parte tal forma en tales casos, se produce una desarmonía entre ambas legislaciones que precisa —en este caso será preciso buscar la coherencia entre ambos ordenamientos— algún tipo de solución (153).

VI. LA REVISION DE CONCORDATO DE 1953.

Hay que concluir este trabajo —que trata de ser completo en el estudio de las implicaciones canónicas del art. 42 del Código civil—, refiriéndonos a la anunciada revisión del Concordato español de 1953. De cuantos preceptos contiene éste acerca del matrimonio, carecen de interés para el estudio presente los referentes a la competencia de la Iglesia sobre las causas de nulidad y separación de los matrimonios canónicos. Igualmente, prescindimos de los puntos referentes a los requisitos registrales de estas uniones, al matrimonio de los hijos de familia y a los matrimonios mixtos. En fin, el precepto del protocolo final que se refiere al compromiso del Estado de legislar para el matrimonio civil de acuerdo con la Ley Natural en materia de impedimentos, no es sino un aspecto de la relación entre el Concordato y las exigencias de la confesionalidad establecida en nuestras Leyes Fundamentales. Al revisar el Concordato, todos estos artículos del mismo deberán tenerse en cuenta, pero en nada tocan al art. 42 del Código civil y por tanto al presente trabajo.

Nos queda, pues, únicamente el art. XXIII, que se limita a establecer el reconocimiento estatal de los efectos civiles del matrimonio canónico. A propósito del mismo, me he manifestado repetidas veces a lo largo de estas páginas, y siempre en el mismo sentido:

- a) el texto concordado no impone al Estado español ningún tipo de obligación de legislar en uno u otro sentido acerca del matrimonio civil;
- b) tampoco exige ningún tipo de adecuación entre la legislación civil y la canónica, salvo el estricto reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico; y salvos también los deberes que al Estado le provengan de su propia confesionalidad y del Protocolo Final del Concordato, deberes que no inciden sobre el art. 42 del Código civil;
- c) la revisión del Concordato, pues, si respeta la redacción actual del art. XXIII, no alterará la subsistencia o la reforma del artículo 42;

(153) BERNÁRDEZ, *Sobre la admisión del matrimonio religioso acatólico en el Derecho civil español*, en "Revista Española de Derecho Canónico", 1972, pp. 146-154.

d) sin embargo, fue precisamente el Concordato, al no recoger el criterio restrictivo de la Orden de 1941 sobre el matrimonio civil, el que abrió la puerta al restablecimiento de la interpretación tradicional del mismo art. 42, y a la larga el que dio causa para que en la reforma del Código civil de 1958 este artículo permaneciese sustancialmente inmutado;

e) lo que significaría que una eventual nueva redacción del artículo XXIII del Concordato sí podría tener una influencia decisiva en nuestro Derecho civil;

f) aunque estimo que no es materia concordataria el matrimonio civil —salvo posibles compromisos del Estado de respetar la Ley natural—;

g) por lo que un nuevo Concordato que se abstuviese, como el actual, de entrar en el tema del matrimonio civil, consolidaría la evolución del Derecho civil español en la línea en que viene moviéndose desde 1953.

ESTUDIOS DE DERECHO EXTRANJERO

Aportación al estudio de la prueba por documentos en el proceso civil de Costa Rica

JORGE ENRIQUE ROMERO PEREZ

Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *El documento*: A) Preliminares; B) Hacia una definición de documento; C) Corrientes en la concepción del documento; D) Nuestra postura; E) Enfoque del documento de acuerdo a su estructura y a su función; F) Clasificación del documento; G) El documento como prueba legal y como prueba preconstituida.—III. *Prueba por documentos públicos*: A) Preliminares; B) Definición; C) Fuerza probatoria; D) Procedimiento probatorio.—IV. *Prueba por documentos privados*: A) Preliminares; B) Definición; C) Fuerza probatoria; D) Procedimiento probatorio.—Prueba por documentos semipúblicos: libros de los comerciantes: A) Preliminares; B) Definición; C) Fuerza probatoria; D) Procedimiento probatorio.—VI. *Conclusión general*.

I

INTRODUCCION

En el mundo actual en que vivimos, en el que la cibernetica, los transistores y, en general, el avance de la ciencia y de la técnica, le dan nuevos giros y rumbos al Derecho (además, y por supuesto, de las demás ramas del conocimiento científico y de la vida real global), la materia probatoria parece como si permaneciera estática frente a la velocidad de los cambios que se suceden en la sociedad. Este breve ensayo que hemos escrito refleja, en buena medida ese relativo carácter estático del campo de la prueba.

El intento que hemos realizado está orientado a constituir un aporte más —entre muchos otros, de suyo importantes— a la teoría del documento y al campo de la prueba documental.

El sistema legal de Costa Rica, como los jueces —en sentido genérico: el que administra el Derecho y resuelve los conflictos que se le presentan al Poder Jurisdiccional—, es conservador y sumamente tradicionalista. Indagar las causas de esta situación merece un estudio propio y aparte. Amén, de que hacerlo está más que justificado.

Actualmente, el documento merece un tratamiento moderno y mucho más amplio del que clásicamente ha sufrido. Esperamos que este trabajo tienda a dejar claro esto.

II

EL DOCUMENTO

A) PRELIMINARES.

En este ensayo se intentará realizar un acercamiento al documento, con el fin de dejar sentado la base conceptual de la cual partiremos en el estudio que nos hemos propuesto.

Dentro de la materia probatoria, el documento juega un papel importante, ya que permite llegar a determinadas convicciones, que el juez calificará con respecto a la futura sentencia que habrá de dictar. Ese ámbito definitorio en el que se mueve el documento, desde su mera determinación como grafía incorporada al papel hasta la problemática de los medios mecánicos de prueba, hace ver cómo y de qué manera el derecho documentario se encuentra en un momento interesante de su evolución, en virtud esencialmente de la cibernética.

Por el momento, el derecho costarricense acepta la tesis tradicional del documento como escrito, como simple grafía puesta sobre un trozo de papel. Es esta la definición clásica de documento. Como veremos, la fotocopia, se hace jugar para los efectos del proceso, de acuerdo a los requisitos legales correspondientes. Ello no invalida, sino que confirma la tesis tradicional apuntada. Ahora bien, si se plantea la temática de extender este concepto clásico de documento para englobar los citados medios mecánicos: ¿se está distorsionando el concepto mismo de documento? ¿Desde qué punto de vista se podría afirmar tal distorsión? ¿Es que la misma efectivamente existe? A estas preguntas y a otras que posteriormente elaboraremos trataremos de dar respuesta a lo largo del presente análisis. Por el momento reafirmemos nuestro criterio de que lo que escribamos tiene la intención de centrar este tema en el derecho costarricense.

Este estudio desea dar una idea sobre la prueba por documentos en el derecho costarricense. Su intención es la de describir algunos de los problemas que se pueden plantear a propósito de este medio probatorio. De la lectura del mismo se puede comprobar con facilidad que es un primer intento de acercarse a la problemática de los documentos en el medio legal costarricense. Como tal, tiene unas miras de corto alcance. Sin embargo, lo importante es proporcionar al lector español una visión precisa de la situación del mencionado medio probatorio en un país centroamericano, como es el caso de Costa Rica. Esta no es una presentación de las conocidas bajo el clisé de una humildad fingida, sino que, el que la escribe es consciente de la complejidad del tema. Precisamente, con el maestro Rafael Núñez Lagos, en su curso de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y en

las conversaciones que tuvimos sobre el documento, este ilustre notario de Madrid, me hizo ver las sinuosidades del tema y su estructura sumamente intrincada y difícil de aprehender.

III

Espero que el fin propuesto en este artículo logre conseguirlo, aunque sea en una pequeña parte. Agradezco al gentil lector de este importante anuario, el haber tenido la amabilidad de leer estas breves cuartillas.

B) HACIA LA DEFINICIÓN DE DOCUMENTO.

1) *Nota introductoria.*

De acuerdo con Prieto-Castro, éste nos dice que el documento es el objeto o materia en que consta, por escrito, una declaración de voluntad o de conocimiento a cualquier expresión del pensamiento. Este concepto se deriva de la letra de la legislación española. Por esta razón, este autor, precisa que, una vez dicho lo anterior, añade que ese concepto se puede extender, en sentido lato, a todo lo que encierra una representación de un pensamiento, aunque no sea por escrito, y aún más, una representación cualquiera, como por ejemplo: los hitos, fotografías, precintos, tailas, etc. Pero, señalando que aquello que se encierre en este concepto lato o amplio, debe ser regulado por las reglas referidas al reconocimiento judicial o al examen de peritos, pero no a las que atañen a la prueba documental (1).

Esta delimitación del documento, en su sentido restringido, es decir, como «escrito», responde a la tesis carneluttiana. Con relación a esta concepción, se puede decir, entre otras cosas, que en los tiempos modernos con las cintas magnetofónicas, los «cassettes», los microfilms, las fotocopiadoras, las fotografías obtenidas por medio de teleobjetivos, los ingeniosos medios de grabar conversiones, etc., etc., plantean problemas jurídicos probatorios que el dicho concepto de documento, en sentido tradicional, no permite englobar, y sujetarlo a las reglas que gobiernan el medio probatorio documental, sino que parece preferible subordinarlo a las correspondientes al reconocimiento judicial o al examen de peritos, como se supraindicó.

Por su parte, Almagro Nosete nos informa que el documento como recordatorio escrito se instrumentaliza como medio probatorio mucho tiempo después de que naciera como un escrito para «refrescar la memoria» de las partes interesadas. La línea de sostener el documento como escrito se explica a la luz de la tarea de los notarios (2). Así se los notarios es hacer documentos. «Es nuestro oficio. Hablar de docu-

(1) PRIETO-CASTRO, Leonardo, *Derecho procesal civil*. Vol. I, pág. 490, Ed. «Re vista de Derecho Privado», Madrid 1972.

(2) ALMAGRO NOSETE, José, *Prueba de informes*, Gráficas Nova, Sevilla 1968, págs. 66 y 71.

entiende la expresión de Núñez Lagos, al indicar que la función de mentos debiera ser nuestro gozo. Sin embargo, se habla más del oficio. Y aunque del oficio vivimos, la honra del oficio está en su dignidad de arte. "Summa artis notariae", se llamaron nuestros viejos libros en el Renacimiento, sin desdoro para el arte, y hablaron de documentos y contratos, y con tal primor, que el episodio probatorio se hizo categoría jurídica independiente. En el principio fue el documento. No hay que olvidarlo. El documento creó al notario, aunque hoy el notario haga el documento» (3). Agregando este notario de Madrid, que en la *Cartilla Real para Escribanos*, se dice que el notariado es un oficio porque esta palabra quiere decir servicio señalado en que el hombre es puesto para servir al Rey, o al común (4).

En esta misma corriente de explicar el nacimiento del documento en su relación estrecha con el notario, el mismo autor mencionado afirma que la figura del notario tiene sus antecesores en el escriba hebreo, egipcio y el "mnemon" griego, diversificándose en Roma, este "mnemon", en varios funcionarios, entre los que destacan, esencialmente: el "notarius", cuyos escritos no pasan de ser meros documentos privados; el "tabularius", que tenía carácter público, siendo el encargado de guardar el censo (y, tal vez, por ello, la costumbre de entregarles los contratos y testamentos para su custodia, gozando de fe pública, en lo relativo al hecho de la entrega, pero no en relación al documento en sí); y el «tabellio», profesional de carácter privado que redacta y conserva contratos y testamentos, pareciendo ser el verdadero antecedente del actual notario. Por lo que atañe a la Edad Media, subsiste este actor del drama jurídico, atribuyéndose a la Escuela de Bologna la mayor influencia en el auge del notariado, gracias a las obras de Rolandino (5), cuyas producciones intelectuales, llegan a una serie de países occidentales. El final de la Edad Media, es de consolidación de la función notarial, consagrándose la figura del notario como cargo público. Ya en la Época Moderna, esa función se desarrolla y se institucionaliza. Las reformas más importantes se refieren al progreso en la conservación de protocolos, el cambio de la "scheda" o minuta por instrumento matriz, alteraciones en la organización corporativa, etc. En el siglo XIX, la institución notarial en los países latinos está definitivamente consolidada, dando lugar a que las profundas transformaciones generadas por el fenómeno histórico de la Revolución Francesa repercutan en el notariado, que aspira a la eliminación de los dos grandes males del mismo: la confusión de la fe pública y la extrajudicial; y la enajenación de oficios. De este modo se entiende cómo la ley de 25 ventoso del año XI —1803— resuelve el primero de esos problemas, dejando sin solución el

(3) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hecho y derechos en el documento público*, Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969, pág. 11.

(4) Apud NÚÑEZ LAGOS, pág. 11, nota 1 de la edición citada argentina; y pág. 36 de la edición de Valencia, de 1972.

(5) NÚÑEZ LAGOS, *El documento medieval y Rolandino*, Madrid 1951.

segundo. Otros países latinos y germánicos, luego, resuelven ambos conflictos (6).

De acuerdo con lo citado, se puede decir, en principio, que son los notarios los más apegados a la tesis clásica del documento como sinónimo de «escrito», y, los procesalistas, los más inclinados, por ampliar dicho concepto, dada la distinta función de cada grupo profesional, como es fácilmente visible.

C) CORRIENTES EN LA CONCEPCIÓN DEL DOCUMENTO.

1) *Nota introductoria.*

A continuación se analizarán las diversas tendencias que han tratado de ubicar el concepto de documento, de acuerdo a sus propias exigencias. Se estudiarán las líneas de pensamiento que definen el documento como: escrito, como algo más que un mero escrito, en su tesis amplia y en su planteamiento amplísimo.

Como todo intento de delimitación, su utilidad estriba en constituir una herramienta analítica para entender la problemática que abordamos.

2) *Diversas concepciones del documento.*

a) *Entendido como escrito.*

Es ésta la tesis clásica y tradicional, que ya conocemos y que tiene plena vigencia en la legislación costarricense, que es la que estudiamos, al igual que en la de España, a la cual haremos algunas referencias en su momento oportuno. Según Beling, a los efectos de la prueba, documento es el escrito, es decir, el objeto material en que una persona, valiéndose de la escritura (manuscrito, mecanografiado, impreso, etc. ha dado un contenido intelectual determinado (7). A su vez, Gómez Orbaneja, sostiene que la prueba documental es literal; ya que se realiza el examen de la escritura para establecer si la firma es falsa, lo cual (siempre bajo el supuesto del documento como escrito), se trata en esta situación particular de reconocimiento con pericia o sin ella (8). La idea más generalizada es la de decir que el documento es la representación escrita de actos o de manifestaciones del pensamiento (9). También se ha dicho que el documento es un concepto que encierra a todas las cosas donde se expresa, por medio de signos, una manifestación del pensa-

(6) CHICO ORTIZ, José María, y RAMÍREZ RAMÍREZ, Catalino, *Temas de Derecho notarial*, Montecorvo, Madrid 1972, págs. 25 y 26.

(7) BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*. Barcelona, Ed. Labor, 1943, página 233.

(8) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal penal*. Madrid, 5.^a ed. 1959, pág. 302.

(9) *Idem.*

miento, siendo indiferente el material sobre el que estén escritos tales signos, así como la modalidad de la escritura (letras, números, signos taquigráficos, grabados en madera, etc.) (10).

Asimismo, por ejemplo, en Las Partidas, se observa que ellas llaman «escrituras» a toda clase de documentos (11). De acuerdo con esta corriente, Binding, ha sostenido que el documento es todo escrito, mediante el cual el autor garantiza la verdad de un hecho jurídicamente relevante (12). Dentro de este modo de ver el documento hay una larga lista de juristas (13).

b) *Concepción que va más allá del mero escrito.*

Es esta una variación leve de la primera tendencia, ya que hace la distinción entre lo que se observa en las leyes y lo que se podría plantear a nivel doctrinal. Por ello, lo que se pretende indicar aquí es que quienes se refieren a este enfoque lo que hacen es sostener que de acuerdo con el tenor de la norma, el documento es un escrito, pero, por su cuenta, están de acuerdo en afirmar que el documento no es sólo un escrito, sino que puede ser un concepto que se puede extender a tallas, precintos, hitos, fotografías, etc. Entre quienes así se expresan, se puede citar a Prieto-Castro. Se vuelve a la conocida afirmación de por documento

(10) BELLÓN GÓMEZ, Ildefonso, *Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense*, Editora Nacional, Madrid, t. I, 1941, pág. 247.

(11) MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, Reus, Madrid, 1955, t. III, pág. 422.

(12) MALINVERNI, Alessandro, *Sulla teoria del falso documentale*, Giuffrè, Milán, 1955, pág. 17, nota 30.

(13) KISCH, W., *Elementos de Derecho procesal civil*, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid 1940, pág. 230. AGUILERA, Celso, *Aspectos de la falsedad en documentos*, Universidad Pontificia Javeriana, Colombia, pág. 31. MIGUEL Y ROMERO, Mauro, y MIGUEL Y ALONSO, Carlos, *Derecho procesal práctico*, Bosch, Barcelona, t. I, pág. 369, 1967. GONZÁLEZ PALOMINO, José, *Negocio jurídico y documento*, Valencia 1951, pág. 96. MORENO, Fausto, *Documento*, Seix, Barcelona, NEJ = Nueva Enciclopedia Jurídica, pág. 674. SCHÖNKE, Adolfo, *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1950, pág. 220. Estas son algunas de las referencias bibliográficas que se pueden hacer valer en relación con esta tendencia del documento como escrito.

Al respecto, ALMAGRO NOSETE, añade que tales concepciones son congruentes con el tenor literal de los preceptos legales, de factura clásica, entre ellos, el de España, en la medida en que esos ordenamientos legales, cuando fueron construidos no podían, explícitamente, tomar partido en favor o en contra de, por ejemplo, los medios mecánicos de prueba, *La prueba de informes*, idem., pág. 70.

En el medio costarricense, la influencia francesa y española, vino a plasmar la tesis del documento como equivalente a «escrito», también, en buena parte, además, por el impacto de la labor del notario, en su elaboración de documentos. De este modo, la corriente que prevalece en los tribunales, doctrina, jurisprudencia, y en el lenguaje jurídico es el documento como «escrito». La problemática de los medios mecánicos de prueba, no se engloban en la regulación de la prueba documental, sino que se relacionan con los principios de prueba, al examen de los peritos o al reconocimiento judicial. Lo cual responde, como se sabe, a la tendencia tradicionalista.

debe entenderse cualquier representación del pensamiento, o, simplemente, una representación, a secas (14).

También, Gómez Orbaneja, indica que en esta tesis se puede incluir toda incorporación de un pensamiento por signos escritos, o, de modo lato, toda incorporación o signo material de un pensamiento (15).

Para Núñez Lagos el documento es una cosa que enseña («*docet*»), que hace conocer, de tal manera que no hay que circunscribir el concepto al papel y menos confundir documento —continente— con título, el cual es una clase entre varias de contenido. Así, pues, el documento, puede ser de cobre o de oro, como por ejemplo, una moneda; o, de piedra, como las lápidas, etc. Así, pues, se puede enunciar que el documento enseña lo que pretende representar, es decir, es una cosa que sirve para representar otra, de acuerdo con la muy conocida tesis de Cornelutti (16). Este autor excluye, de su punto de vista, el disco fonográfico y la escritura Braille, ya que concuerda con la opinión de Siegel, de que el documento es una exteriorización del pensamiento perceptible con la vista (17).

Aunque, con Cornelutti, arranca, doctrinariamente, una fuerte corriente en teoría documental, mediante la cual se pretende equiparar, documento a «escrito», es conveniente recordar, aquí, que este autor italiano sostuvo que documento es cualquier cosa que sirve para representar (18). Si bien es cierto que Núñez Lagos reconoce como su inspirador a Cornelutti, parece ser que la tesis del notario de Madrid es más restringida que la del italiano, en la medida en que la concepción del último parece ser más amplia que la del español.

De conformidad con esta corriente, el documento es algo más que un simple escrito, por cuanto:

- i) enseña o muestra;
- ii) tiene que ser perceptible a la vista; y,
- iii) debe tener un contenido jurídicamente relevante (19).

Núñez Lagos complementa su punto de vista indicando que el do-

(14) Apud PRIETO-CASTRO, *Derecho...*, vol. I, pág. 490.

(15) GÓMEZ ORBANEJA, HERCE QUEMADA, *Derecho...*, op. cit., vol. I, ed. de 1962, pág. 272.

(16) NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos...* op. cit., ed. del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1950, pág. 27.

(17) NÚÑEZ LAGOS, *Hechos y derechos...*, op. cit. Ed. citada del Instituto de Estudios Jurídicos, pág. 27. Siguiendo a SIEGEL, este notario español señala que el observador frente al documento tiene una doble posibilidad: a) contemplarlo en su aspecto exterior, olerlo, examinar la condición de la materia; en una palabra, hacerlo objeto de evidencia; y, b) puede obtener una opinión de su contenido intelectual, esto es, por los signos de la escritura, puede forjarse un criterio acerca del contenido ideológico del autor del mismo. Lo primero, es un hecho por probar; el segundo, una fuente de prueba (Idem., pág. 28). *Concepto y clases de documento*, «Revista de Derecho Notarial», Madrid, núm. 16, página 21, 1957.

(18) CARNELUTTI, Francesco, *La prova civile*, Roma 1947, pág. 183. La edición en español, la hizo la editorial Arayú, de Buenos Aires, en 1955.

(19) En las obras de NÚÑEZ LAGOS, en las cuales se puede encontrar este aspecto de la cuestión, se puede citar: *Contenido sustantivo de la escritura pú-*

cumento se puede analizar como hecho jurídico, como cosa corporal, como objeto del derecho, además de sujeto pasivo de recepción del mismo. Precisando que, históricamente, aparece primero el documento constitutivo antes que el documento probatorio, debido a que el documento suplanta a la forma antes que se desarrolle la teoría de la prueba, sobre todo, de la documental. Esta situación se produjo en el derecho romano entre «*stipulatio*» y documento. En una primera fase, la «*stipulatio*» sigue perfeccionándose “*verbis*” y “*ex-intervallo*”, el escrito la documenta en momento posterior, en función meramente memoratoria. La corporalidad del documento permitía perpetuar, no sólo los “*verba*” solemnes, sino, más extensamente, la “*conventio*” preliminar. En una segunda fase, se revifica la intervención de la solemnidad. La redacción del documento precede al acto solemne y a la «*stipulatio*», es un mero otorgamiento del texto documental: «*ea quae supra scripta sunt promittis? Promitto*». El documento no representa a la «*stipulatio*», pues la palabra «*promitto*» da validez a la misma (a la «*stipulatio*») y al documento «*in continentis*». De este modo, pues, el documento es constitutivo, porque es la misma «*stipulatio*». De esta manera, el documento suplanta a la «*traditio*» y a la «*stipulatio*». A fines de la Alta Edad Media, y a comienzos de la Baja Edad Media, la «*chartae*» se generaliza por la Europa medieval, ya que su autor quiere llevar el negocio jurídico al derecho probatorio y al derecho privado (20). Es este el nacimiento del documento constitutivo, es decir, de aquél que incorpora la declaración o el propio acto para cuya prueba se aduce y no una declaración distinta (21).

c) *Tesis amplia.*

En este apartado se ubica de mejor modo el criterio de Carnelutti. Este nos dice que el documento, en sentido etimológico, es una cosa (22) que “*docet*”; esto es, que lleva en sí la virtud de hacer conocer. Ello se debe a su contenido representativo. Por ello, el documento,

blica, «Revista de Derecho Notarial» RDN, Madrid 1964, núm. 45). *Clasificación y efectos de los documentos* (separata de la «Revista de la Asociación de Escribanos de Uruguay», t. XLIII, no indica fecha de edición. *Reconocimiento de documento privado*, RDN, núm. 23, 1959. *Tópicos jurídicos*, RDN, núm. 4, 1954. *El pasado y su prueba: valor confesio del instrumento público*, RDN, números 13-14, Madrid, 1956, etc.

(20) NÚÑEZ LAGOS, *Contenido sustantivo de la escritura pública*, RDN, Madrid, núm. 45, 1964, págs. 1 a 10. FURNO, Carlo, *Negocio de fijación y confesión extrajudicial*, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid 1957, pág. 129.

(21) ASCARELLI, T., *La litteralità nei titoli di credito*, «Revista di Diritto Commerciale», 1932, I, págs. 254 y ss. Capítulo del libro *Teoría general de los títulos de crédito*, México 1947, pág. 47, nota 98).

(22) *Cosa*: cualquier entidad, jurídicamente, relevante; de acuerdo con JARAMILLO VÉLEZ, Lucrecio, *Sobre la noción de cosa en Derecho*, Universidad de Antioquia. Colección de Estudios de Derecho, núm. 61. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1962, pág. 22.

es una cosa que sirve para representar otra (23). Esta idea es una de las más citadas y conocidas de este italiano. De esta forma, decir documento casi implica, necesariamente, consignar esta tesis.

Así, pues, en esta línea representativa, carneluttiana o «amplia», documento es una cosa representativa, es decir, capaz de representar un hecho. Con esto se distingue del testimonio, por ejemplo, en la medida en que éste manifiesta un pensamiento, mientras que el documento tiene por finalidad representar un hecho. Ahora bien, hay que tener presente que la manifestación del pensamiento no es necesaria ni suficiente para la existencia del documento. Así, cabe ilustrar, que un objeto puede representar un hecho, incluso sin darse la manifestación del pensamiento. Por eso, no toda manifestación del pensamiento es un documento como es obvio, por ejemplo: una tarjeta de saludos de Año Nuevo. De acuerdo con estos criterios, el mencionado autor llama los documentos gráficos o escritos, «documentos indirectos», por cuanto requieren de su paso por el cerebro, mientras que los «documentos directos», o fotografías, cintas magnetofónicas, cintas magnetográficas, etc., se denominan de ese modo, ya que no requieren pasar por el tamiz del cerebro humano. Razón por la que los considera como la forma más pura de documento, máxime que no pasan por la mente del hombre ni reflejan su pensamiento, sino que están dados de antemano, ya que no existe grafismo alguno que pueda velar su contenido (24).

Esta corriente de la representación también se le conoce como la doctrina italiana del documento, pues, a partir de Carnelutti, los escritos italianos se muestran conformes con designar el documento dentro de la concepción de la representación, que es una de las más extendidas y aceptadas en el derecho comparado.

Se puede resumir la tesis italiana, por medio de Gualazzini, para quien el documento es una cosa corporal, simple o compuesta, idónea para acoger, conservar, trasmitir la representación descrita o emblemática (símbólica) o fonética de un dato en sí jurídicamente relevante (25).

(23) CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*, Arayú, Buenos Aires, 1955, páginas 156 a 159.

(24) Apud CARNELUTTI, pág. 159.

(25) GUALAZZINI, Ugo, *Documento*, «Enciclopedia del Diritto», editada por Dott. A. Giuffrè, Milano, 1964, t. XIII, pág. 579. También, entre muchos otros: SPASARI, Mario, *Fede pubblica e prova nel sistema del falso documentale*, Dott. A. Giuffrè, Milano 1963, pág. 67. DENTI, Vittorio, *La verificazione delle prove documentali* Unione tipografico editrice Torinese, Torino 1957, págs. 29 y 74. PAOLO, Guidi, *Teoría giurídica del documento*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1950, págs. 46 y 62. TALAMANCA, Mario, *Documento*, «Enciclopedia di Diritto», t. XIII, idem, pág. 567. ANDRIOLI, *Appunti di Diritto Processuale Civile*, Napoli 1962, pág. 41. MICHELI, *Derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1970, vol. II, pág. 131. NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Concepto y clases de documento*, RDN, Madrid, núm. 16, 1957, págs. 13 y 21. YADAROLA, Mauricio, *El documento en los títulos de crédito*, «Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales», Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, núms. 98-99, págs. 109 y 112, 1959. BREWER-CARIAS, Allan Randolph, *Consideraciones acerca de la distinción entre documento público o auténtico, documento privado reconocido y autenticado, y documento registrado*, «Revista del Ministerio de Justicia», núm. 41, 1962, Caracas, págs. 192 y 194. Asimismo en la Revista de la

Como habíamos dicho, la tesis de Cornelutti es más amplia que la de Núñez Lagos, ya que como se recuerda para éste una grafía tendrá el carácter documental cuando reúne estas notas: 1.^a, visibilidad, es decir, perceptibilidad por medio de la vista; 2.^a, expresividad del pensamiento humano, y 3.^a, recognoscibilidad subjetiva y objetiva (26).

d) *Tesis amplísima.*

Modernamente, la corriente que tiene más seguidores es la carne-luttiana de la representación, a nivel de doctrina, aunque, como se sabe, en las leyes predomina la tesis de documento como grafía, como escrito.

Esta línea del pensamiento está representada por Guasp. De acuerdo con este autor, el documento es un objeto mueble, que puede ser llevado a la presencia del juez. Agrega este profesor, que para definir el documento no basta el criterio de la escritura y el de la representatividad, sino que hay que llamar la atención sobre la nota definitoria del documento, es decir, el hecho de que pueda ser llevado a la presencia del juez. Este concepto lo opone este intelectual al de monumento, o sea, aquél objeto no desplazable (27).

Para Almagro Nosete esta postura de Guasp es inaceptable, por su índole sumamente laxa del modo de concebir el documento; añadiendo que la opinión de Guasp acerca de que la teoría representativa del documento deviene en inoperante a efectos procesales, puesto que la referencia del documento a su contenido se encuentra también en los demás medios de prueba, no tiene en cuenta un punto interesante de la cuestión: la fijeza e inmovilidad del contenido documental, la invariabilidad del mismo establecida con anterioridad al proceso, lo cual no ocurre, por ejemplo, con la prueba testimonial, de confesión o de

Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, 1962, pág. 23. NUGENT, Ricardo, *Consideraciones sobre la prueba en la doctrina y en nuestro derecho procesal civil*, «Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú», Lima, núm. 17, pág. 44, 1958. IRURETA GOYENA, Jaime, *El delito de falsificación documentaria*, «Estudios de Derecho», «Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Medellín», Colombia, núm. 32, pág. 327, 1949. ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Compañía argentina de editores, Buenos Aires, t. II, 1942, pág. 290. CASTILLO LARRAÑAGA, José, y DE PINA, Rafael, *Instituciones de derechos procesal civil*, Porrúa, México 1961, pág. 276. FASSI, Santiago, *Código procesal civil y comercial. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1971, t. II, arts. 387 a 680, pág. 1. AUBRY & RAU, *Droit Civil français*, Librairies Techniques, Paris 1958, sixième ed. T. douzième, pág. 126. DEVIS ECCHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1970, t. II, págs. 486 a 507. DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho procesal civil español*, Madrid, vol. I, páginas 494, 1951. MALINVERNI, Alessandro, *Teoría del falso documental*, Giuffrè, Milán, 1958, págs. 17 y 32. COUTURE, Eduardo, *El concepto de fe pública. Introducción al estudio del derecho notarial*, Montevideo 1947, pág. 37.

(26) NÚÑEZ LAGOS, *Concepto y clases de documento*, op. cit., pág. 21.

(27) GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos = IEP, Madrid, t. I, 1968, págs. 391 a 399 y 407, 408.

peritos, en las que la representación del hecho se interfiere en el momento de su plasmación, con criterios u opiniones del sujeto que depone o con la valoración técnica que el mismo haga (28). El autor de la *Prueba de informes*, se inclina por la corriente representativa del documento o tesis amplia (29), luego de su análisis en el citado libro.

D) NUESTRA POSTURA EN RELACIÓN CON LA DEFINICIÓN DEL DOCUMENTO.

Desde nuestro ángulo, nos inclinamos por la tesis representativa del documento. Es decir, la que afirma que el documento es una cosa corporal, adecuada para acoger, conservar y/o transmitir la representación descrita o emblemática o fonética de un dato en sí jurídicamente relevante. Como se observa, es la tesis escrita por Gualazzini, ya citada. Claro está que este punto de vista no se ajusta al que se palpa en el Código de Procedimientos Civiles y en el Código Civil de Costa Rica. En estas Normas, el documento es grafía incorporada al papel, es un escrito.

Es probable que la línea de evolución del concepto de documento se oriente hacia la tesis amplia, carneluttiana o representativa, que es la que parece más apta para el momento histórico-jurídico actual, ya que mantener, rígidamente, el criterio clásico y tradicional del documento puede constituir un entrabamiento para el buen desarrollo del proceso civil, en la medida en que medios probatorios no escritos fuere conveniente contemplarlos dentro de la prueba documental para un adecuado resultado de la contienda judicial correspondiente.

E) ENFOQUE DEL DOCUMENTO DE ACUERDO CON SU ESTRUCTURA Y SU FUNCIÓN.

a) Nota preliminar.

En estos momentos, la literatura francesa, tanto la relativa a la lingüística como a las ciencias sociales, han puesto de moda los estudios sobre la estructura y la función. Parece ser que la euforia que desencadenó el existencialismo francés ha dado paso al estructuralismo. Por ello, se explica que en lo referente al análisis de la teoría documental, se haga necesario hacer una relación a las perspectivas desde las que se puede ver el documento, es decir, en el caso concreto que nos ocupa: desde la perspectiva de su estructura y de su función. Puede ser útil este estudio, ya que nos permite visualizar el documento desde estos ángulos de observación y con ello, tal vez, se pueda enriquecer el conocimiento sobre este medio probatorio. Con esta idea pasamos a plantear estos enfoques metodológicos, lógicamente, con una finalidad heurística.

(28) ALMAGRO NOSETE, José, *La prueba de informes*, op. cit., págs. 76 a 81.
 (29) Idem.

b) *Enfoque estructural.*

Definiremos, convencionalmente, el término «estructura», como un conjunto de elementos sistemática y significativamente ordenados. Con esta definición se puede operar en cualquier campo del conocimiento, ya que se trata de una delimitación genérica y abstracta.

Ahora bien, aplicado esto al documento, podemos decir que el mismo es un conjunto de elementos gráficos, denominados en su totalidad como «escritura». Al tenor de la tesis restringida y tradicional del documento; es decir, la que está presente en el Código Civil y el de Procedimientos Civiles de Costa Rica. Si referimos esta definición a nuestro punto de vista sobre el documento, diremos que, desde el enfoque estructuralista, un documento es un conjunto de elementos representativos de algo jurídicamente relevante y patentes en un objeto mueble.

De lo anterior se puede decir que los que ubican el documento como sinónimo de «escritura», pertenecen, propiamente, a la corriente estructural. En lo decimos, de acuerdo a este planteamiento: la escritura se refiere a una nota característica del documento, en su sentido clásico: el documento es en la medida en que está escrito. Por otra parte, el documento, en su sentido funcional, está orientado teleológicamente: hacia un fin, es decir, lo jurídicamente relevante. Como veremos, la distinción es de matiz, pero sirve para distinguir los dos puntos de vista.

Podemos resumir, diciendo que documento, desde la perspectiva estructural, es tal en la medida en que hace énfasis en su estructura, o sea, en cuanto que su forma y contenido viene dado gráficamente, por medio de la escritura.

En lo referente al término «estructura», se puede hacer relación a una larga serie de intelectuales que han tocado este tema, desde sus respectivas y propias dimensiones, las cuales es conveniente dejar sentadas, aunque sea a modo de nota al pie de página (30).

(30) Así, por ejemplo: PIAGET, Jean, *El estructuralismo*, Proteo, Buenos Aires, 1969. Define «estructura» como un sistema de transformaciones, que implica leyes, como sistema; y, se conserva o se enriquece por el juego mismo de sus transformaciones; hallándose en psicología de la «gestalt», como psicología de la forma o de la estructura, págs. 10 y 50. CUISENIER, Jean, *El estructuralismo de la palabra, de la idea y de los instrumentos*, Instituto del Libro Cubano, La Habana, «Revista del pensamiento crítico», núms. 18-19, la «estructura» es un conjunto de elementos relacionados significativamente, pág. 27. RICOEUR, Paul, *La estructura, la palabra, el acontecimiento*, «Revista del pensamiento crítico», núm. 18, ídem, relaciona la estructura con el acto que se da dentro de ella, por medio de la palabra, en un sistema lingüístico, pág. 116, de tal revista de 1968. BASTIDE, Roger, *Sentidos y usos del término estructura en las ciencias del hombre*, Paidós, Buenos Aires, 1971, señala que fueron los sociólogos estadounidenses de la Escuela de Chicago, los que con la ecología contribuyeron a los progresos de la morfología social, al estudiar la estructura espacial de las grandes ciudades o de las pequeñas comunidades, añadiendo que la noción de «estructura» podría definirse como: 1.º un sistema ligado de modo tal que el cambio producido en un elemento provoca un cambio

c) *Enfoque funcional.*

Si la tesis estructural del documento podría responder a la pregunta: ¿qué es el documento? (conjunto de signos gráficos, jurídicamente relevantes), la corriente funcional, se pregunta: ¿para qué sirve el documento?

Desde el ángulo semiótico, el documento es un conjunto de signos, jurídicamente relevantes. Este podría ser el perfilamiento de la semiología aplicada a la teoría del documento. Ahora bien, en su versión estructural, sabemos que el documento es un conjunto sistemático y significativo de signos gráficos, con relevancia legal. Tal es su ubicación, de acuerdo a los Códigos costarricenses.

En este enfoque el elemento definidor no es como en el análisis estructural: la escritura, sino la representación. Es decir, la idea carnelutiana. La delimitación más simple de esta orientación se podría dar en esta expresión: documento, es aquella cosa mueble representativa de algo jurídicamente relevante. Como se observa, aquí no se trata de caracterizar el documento por su estructura, es decir, por su estructura de graffía sobre papel, sino de lo que el mismo representa, no en cuanto papel y graffía, sino en lo referente a la capacidad representativa del objeto mueble con sentido legal, con relevancia jurídica.

Entre los autores que se pueden citar como seguidores de este criterio funcional se puede hacer referencia a Quintano Ripoilés, al decir que en España la mayoría de la doctrina se inclina por la asimilación de escrito a documento, el texto legal no obliga a ello porque es lícito integrar dentro de la problemática documental huellas digitales, fotografías, etc. (31).

También Alonso, cuando afirma que el documento implica abarcar tanto la expresión gráfica como la reproducción por medio de cintas magnetofónicas, fotografías, discos fonográficos, etc. (32). Asimismo, el actual presidente del Tribunal Supremo de España (año de 1973), Silva Melero, al indicar que él distingue entre documentos gráficos y los documentos no gráficos, como los medios mecánicos de prueba (33).

en los otros lementos ; 2.^o modelo, ya que permite la predicción y hace inteligibles los hechos observados ; 3.^o cada modelo o estructura, se puede conceptualizar como una unidad metodológica ; 4.^o sistema adaptable a los variados campos de la ciencia, págs. 11 y 14. Como se sabe, es Ferdinand DE SAUSSURE, el fundador de los estudios sobre el estructuralismo lingüístico ; en su obra *Curso de lingüística general*. Para este autor, la lengua es un sistema cuyas partes pueden y deben ser consideradas todas en su solidaridad sincrónica ; es un sistema convencional de signos, págs. 50 a 58, Losada, Buenos Aires, 1971. Además, en el mismo sentido, VIET, Jean, *Los métodos estructuralistas en las ciencias sociales*, Amorrortu, Buenos Aires, 1970, págs. 12 y 17.

(31) QUINTANO RIPOILÉS, *Compendio de derecho penal*, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid 1958, vol. II, pág. 111.

(32) ALONSO, Honorio y Belarmino, *La separación matrimonial*, Gráficas Uguina, Madrid 1970, pág. 353.

(33) SILVA MELERO, *La prueba procesal*, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, 1963, vol. I, pág. 256.

Además de estos autores, expresamente señalados, hay una serie más de ellos, como es natural, enfilados en esta corriente «funcional» o teleológica del documento (34).

Lo que es conveniente precisar es la diferencia importante de matiz que encierra cada posición. Veamos. La tesis estructural del documento, se refiere al mismo como escrito; y, margina, como tal documento, los medios mecánicos de prueba. Mientras que la corriente funcional del documento engloba tanto el documento como escrito como a estos medios probatorios. Es esta la diversidad que existe entre ambas distinciones.

Dentro de la tesis funcional se puede mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de España del 24 de febrero de 1956, según la cual una cerradura «Yale», es un documento. Esta sentencia se hace eco de la tesis funcional y de la orientación «amplísima» del documento, respectivamente.

Esta interesante sentencia manifestó que si bien es cierto que en el ordenamiento jurídico español se ha venido aplicando la palabra «documento» en el tecnicismo jurídico únicamente al escrito o instrumento en que se aprueba, confirma, hace constar o acredita algún hecho, disposición, convenio, crédito, obligación, derecho o ventaja, con la clasificación en públicos, privados, mercantiles, administrativos, etc., y conforme al numeral 1215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se señalan concretamente como medios de prueba los aludidos escritos o instrumentos, no parece que ha de resultar opuesto a la lógica considerar de igual modo elemento de prueba, en este concepto documental auténtico, la misma cosa discutida, singularmente en casos particulares, que versa sobre patentes determinadas y específicas, y en el cual el examen, por medio de los sentidos del objeto litigioso, resulta sin duda más completo y decisivo que la lectura del escritor en que se expresan sus características o la contemplación gráfica, pudiendo servir de apoyo para sostener esta tesis, sin que haya de entrarse en la teoría doctrinal de la prueba en sí misma, no solamente que tal medio de prueba ya existe, aunque en otro aspecto, en el ordenamiento jurídico preve-

(34) Así por ejemplo: PALLARÉS, *Diccionario de derecho procesal civil*, Porrúa, México, 1960, pág. 234. DENTI, *Científicidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador*, «Revista de Derecho procesal iberoamericana», Madrid, núms. 2-3, pág. 283, 1972. ROCCO, Ugo, *Teoría general del proceso civil*, Porrúa, México 1959, página 419. DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Contenido, naturaleza y técnica de la valoración de la prueba judicial*, «Revista Iberoamericana de Derecho procesal», Madrid núm. 1, págs. 38 a 41, 1966. *Objeto, tema o necesidad, fin y resultado de la prueba judicial*, Revista idem, núm. 4, 1965, págs. 586 a 591. BIZZOTTO, Margarita, *Instrumentos públicos. Análisis de una escritura pública. Instrumentos privados*, Instituto de Derecho Notarial, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, t. II, pág. 119, 1961. TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*, CEDAM, Padova 1970, pág. 54. DE STEFANO, Giuseppe, *Collisione di prove civile*, Giuffrè, Milano 1951, pág. 144. LASERRA, Giorgio, *La prova civile*, Eugenio Jovene, Napoli 1957, pág. 36. GIULANI, Alessandro, *Il concetto di prova*, Giuffrè, Milano 1961, pág. 253.

nido en el artículo 633 de la Ley de enjuiciamiento civil, relacionado con el numeral 1241 del Código Civil, al decir el primero de esos preceptos que «cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario que el juez examine por él mismo algún sitio o la cosa litigiosa», sino porque actuando dentro de los límites señalados al razonamiento lógico por el número 7 del artículo 1692 de la ley procesal civil, al principio citado, el vocablo documento, en su raíz etimológica latina (de "docere", enseñar, mostrar o prevenir), significa en su origen: modelo, ejemplar o ejemplo, acepción gramatical que ha conservado en las lenguas derivadas del latín, como en la francesa, que al lado de su significado de título o prueba por escrito, figura también el de un objeto cualquiera que sirve de prueba. Y, en el Diccionario de la Academia de la Lengua Española, a más de diploma, carta, relación u otro escrito, se consigna —asimismo— la acepción de cualquier otra cosa que sirva para ilustrar o comprender algo (35).

Este fue el criterio del Tribunal Supremo de España, en este pleito sobre una patente de invención, en el cual afirmó que por documento debía conceptuarse todo aquello que consta por escrito y cualquier otra cosa que sirva para ilustrar o comprender algo (36).

De acuerdo con Monton Redondo, dentro de la tesis funcional del documento, indicamos que por tal debe entenderse todo objeto material mueble, capaz de representar por sí mismo los datos que en él se contengan (37).

d) *Nuestro punto de vista.*

De conformidad con lo someramente expuesto sobre tales enfoques, se comprende con facilidad que nosotros estamos en el campo de la corriente del enfoque funcional del documento, como postura ante el problema del documento; lo cual no obsta para que estemos de acuerdo en que, de acuerdo a la legislación costarricense, la tesis que prevalece es la estructural.

También indicamos que el criterio de los jueces costarricenses es el estructural, al tenor de la letra de las Normas sustantivas y procesales del país en cuestión. Esto se observa rápidamente al leer las sentencias emanadas de los mismos.

(35) Jurisprudencia civil. Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo. Editada por la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», impresa en Reus, Madrid 1958, 2.^a serie, vol. LIV, pág. 1483. También se puede leer en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, editado por Aranzadi, Pamplona 1956. Sentencia núm. 1.117.

(36) MONTON REDONDO, Alberto, *El valor probatorio de las grabaciones magnetofónicas*. (Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 1972. Inédita, págs. 50 a 55).

(37) Apud MONTON REDONDO, pág. 52, nota 60.

F) CLASIFICACIONES POSIBLES DEL DOCUMENTO.

a) *Nota introductoria.*

Los documentos suelen clasificarse de acuerdo a diversos puntos de vista. En este apartado, nosotros también haremos una referencia a estas posibles clasificaciones, con el fin de agregar una pieza más al análisis documental que aquí llevamos a cabo. Como todo intento de clasificación, es un simple y caprichoso convencionalismo, cuyo fin es meramente metodológico y como contribución al estudio de la teoría del documento.

b) *De acuerdo a la presencia o a la ausencia de escritura.*i) *Literales o escritos.*

Son aquellos que están caracterizados por la escritura o por signo gráficos. Aquí, se están dentro de la corriente tradicional, para la cual, como se sabe, el documento se define, primariamente, por su nota esencial de la escritura.

ii) *No escritos o no literales.*

Aquí se encierran todos aquellos objetos muebles representativos de algo jurídicamente relevante. Se refiere a la tesis de la representación o amplia del documento. También conocida como la de la corriente o el enfoque funcional, por contraposición a la anterior o «literal», denominada también «estructural».

c) *De acuerdo a la persona de la cual emanan, o de conformidad con su autor.*i) *Públicos.*

Estos son aquellos que son manufacturados por un funcionario público en el ejercicio de su función pública. El Código civil costarricense, afirma que estos documentos son todos los han sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones, al tenor del artículo 732. Por su parte, el Código civil español sostiene que estos documentos son los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley, de acuerdo con la lectura del artículo 1.214 (38) (39).

(38) MUÑOZ SABATÉ, Luis, Técnica probatoria. *Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Praxis, Barcelona, 1967, págs. 330 a 340.

(39) Por ejemplo: el Código Civil de Chile, en su art. 1.699, define los documentos públicos como aquellos autorizados con las solemnidades legales por el

Estos documentos públicos se suelen dividir en:

- 1.^º Documentos públicos en general; y,
- 2.^º En instrumentos públicos.

Ello responde al convencional criterio de que los primeros son los que no son elaborados por un notario público, sino por empleados o funcionarios públicos. Así, se puede decir, que son instrumentos públicos los documentos manufacturados por notarios públicos en el ejercicio de su función notarial pública; y, que los demás documentos públicos, son los que emanan de funcionarios públicos, de acuerdo a las solemnidades legales y en el ejercicio de una función pública.

Los documentos públicos en general pueden provenir de la Administración o Poder Ejecutivo; o, del Poder Judicial; o, del Poder Legislativo; llamándoseles, como es obvio, respectivamente: documentos públicos administrativos, judiciales y parlamentarios.

Por su parte, los instrumentos públicos pueden ser de dos clases: escrituras o actas notariales.

Ahora bien, se puede decir que los documentos públicos, como categoría global, son los que, por su esencia pertenecen plenamente al ordenamiento jurídico público. Los rasgos fundamentales que revelan esta pertenencia son: la calidad pública del autor de que proceden, del objeto sobre el que recaen, y, de la forma con que se realizan (40). En fin de cuentas, estos documentos son formados en el ejercicio de una actividad pública (41).

En lo referente a los instrumentos públicos: escrituras y actas notariales, podemos decir, convencionalmente, que las primeras, en principio, presentan un contenido declaratorio de voluntad, un negocio jurídico, mientras que las segundas, por lo general, contienen un hecho cualquiera, con exclusión de uno de los que típicamente son declaraciones de voluntad (42) (43).

funcionario competente. En igual sentido, el art. 903 del Código Civil de Bolivia. Asimismo, el nuevo Código de Procedimiento Civil de Colombia, en su art. 251 define este documento, como aquel otorgado por funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención; precisando que, cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es un *instrumento público*; hablándose de *escritura pública*, en el caso de que sea otorgado por un notario o por quien haga sus veces y haya sido incorporado en el respectivo protocolo.

(40) GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, op. cit., t. I, pág. 395.

(41) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Hechos y derechos...* Edición del Instituto de Estudios Jurídicos de Madrid, pág. 32.

(42) CABANELAS, Guillermo, *Diccionario usual de Derecho*. Santillana, Madrid, t. I, letras de la A a la D, 1963, págs. 738 a 740. BREWER-CARIAS, *Consideraciones acerca de la distinción entre...*, op. cit., pág. 204. CHICO ORTIZ, y RAMÍREZ RAMÍREZ, *Temas de Derecho notarial*, op. cit., págs. 42 y 43.

(43) Por ejemplo: el artículo 144 del Reglamento Notarial Español, se dice que el instrumento público comprende las escrituras públicas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario bien sea original, en copia o testimonio. Añadiendo este numeral, que el contenido propio de las citadas escrituras son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen presta-

Es preciso hacer una advertencia importante con respecto a los documentos notariales. Ella es la siguiente: los documentos emanados por un notario público son documentos públicos, en su sentido integral. Ahora bien, para que sean, a su vez, instrumentos públicos, requieren, de acuerdo con Chico Ortiz y Ramírez Ramírez, de un requisito adicional: el estar destinados, desde su creación, a formar parte del protocolo. Por esto, estos autores definen el instrumento público como aquel documento público, autorizado o extendido, con las solemnidades legales por notario competente, a requerimiento de parte e incluidos en el protocolo, y que contiene un hecho, un acto o un negocio jurídico para su prueba, eficacia o constitución, así como las copias notariales del mismo (44).

Fausto Moreno nos presenta una clasificación de documentos notariales, que estimamos de interés consignar en nuestro estudio. Ella es la que transcribimos a continuación.

— Documentos notariales con valor de instrumento público.

● Incorporados al protocolo:

Escrituras (inter vivos, mortis causa), las cuales pueden ser o bien originales, o bien copias.

Actas de presencia, notoriedad, protocolización, y de depósito.

● No incorporados al protocolo:

Testimonios, legitimaciones, legalizaciones, certificaciones de autenticidad de firmas y traducciones.

— Documentos notariales sin valor de instrumento público:

Comunicaciones, libro indicador, índices, oficios, partes oficiales a la dirección, al decanato, etc. (45).

ción de consentimiento y los contratos notariales afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos; aparte de otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada. A su vez, los testimonios, legalizaciones y demás documentos notariales, que no reciban la denominación de escrituras públicas o de actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que este Reglamento les asigna. El art. 143 de tal Reglamento define los documentos notariales como instrumentos públicos, «a los efectos del artículo 1.217 del Código Civil». Asimismo, se lee en el art. 197 de ese Reglamento que los notarios, a instancia de parte, extenderán y autorizarán actas en que se consignen los hechos y circunstancias que presencien o les consten, y por su naturaleza no sean materia de contratos. En lo referente a la Ley del Notariado de Costa Rica, el art. 57 establece que es instrumento público, la escritura otorgada conforme a las prescripciones de esta ley, así como cualquier otro documento al cual la ley le dé expresamente este carácter, al tenor del título III de la misma: «De los instrumentos públicos».

(44) CHICO ORTIZ y RAMÍREZ RAMÍREZ, op. cit., págs. 40 a 45.

(45) MORENO, Fausto, *Documentos*, Seix, Barcelona, NEJ = Nueva Enciclo-

ii) *Semipúblicos.*

De acuerdo con Muñoz Sabaté, esta clase de documentos son los libros de los comerciantes o libros de comercio (46). La razón es conocida. Estos documentos son elaborados por los particulares dedicados al comercio, o, llanamente, «comerciantes». Pero si bien es cierto que su autor es una persona privada y no pública, como es el comerciante, se da con respecto a tales libros la nota característica de que para surtir efectos legales, para ser eficaces, como tales libros del comercio, requieren de la sanción legal otorgada por el Derecho Público, es decir, por la Administración Pública. Están sujetos a una gama de controles, ex-ante y ex-post, para producir efectos jurídicos en la órbita negocial. Si carecen de las prescripciones legales respectivas, esos libros son ineficaces a la vez que se establecen sanciones contra los infractores de las correspondientes normas.

Tales peculiaridades, son las que le dan un rasgo semipúblico a los mencionados libros. Estos no son documentos públicos «per se», pero, tampoco se puede decir que sean documentos privados. Por este motivo hay la tendencia a localizarlos en la zona media existente entre los documentos públicos y los privados.

Veamos por ejemplo lo que el artículo 33 del Código de comercio español, expresa al respecto: los comerciantes deben llevar necesariamente un libro de inventarios y de balance, un libro diario, un libro mayor, un copiador de cartas y telegramas, y los demás que ordenen las leyes especiales. Además se deberá llevar un libro de actas, en el que constarán los acuerdos que se refieran a la marcha y a las operaciones sociales tomados por las Juntas Generales y los Consejos de Administración. Estos libros deben ser presentados al juez municipal del distrito en donde tuvieran su establecimiento mercantil, para que ponga, en el primer folio de cada uno, nota firmada de los que tuviere cada libro, estampándose, además, en todas las hojas de cada libro el sello del citado juzgado que lo autorice. Esta es la obligación ineludible referida a los indicados libros del comerciante. Ahora bien, si éste tiene otros libros, aparte de los mencionados, si lo deseán, pueden legalizarlos del modo y en la forma que manda el artículo 36 del Código de marras. Este mismo numeral establece que los libros que obligatoriamente debe el comerciante legalizar, tal y como lo ordena el mismo, deben ser presentados al respectivo juzgado municipal (47).

pedia Jurídica, 1955, t. VII, pág. 677. Este autor señala que los documentos judiciales (documentos públicos, en general) pueden dividirse en sentencias autos, providencias, mandamientos y testimonios, y los administrativos, de acuerdo su procedencia de la Administración Central, Provincial o Local —Municipal—.

(46) MUÑOZ SABATÉ, *Op. cit.*, págs. 338 a 340.

(47) En igual sentido se pronuncian los artículos 33 al 50 del del Código de Comercio Mexicano. El art. 33 establece que el comerciante debe llevar, por lo menos tres libros: el de inventarios y balances; el general de diario, y, el mayor o de cuentas corrientes. Y, el de actas, exigible a las «sociedades y compañías por acciones». El art. 34, manda que esos libros deben estar forrados, foliados, sellados y encuadrados; y con el tiembre de ley.

En nuestro país, el Código de comercio, en su artículo 251, prescribe que sin perjuicio de los libros que la Ley del Impuesto de la Renta exige a toda persona natural o jurídica, los comerciantes están obligados a llevar otros legalizados por la Tributación Directa, en los cuales se consignen, en forma fácil y precisa, sus operaciones comerciales y su situación económica. Siendo indispensables, para el comerciante, llevar estos libros: el de balances e inventarios, el diario y el mayor, los cuales deben ser encuadrados y foliados, pudiéndose llevar las hojas columnares y los libros registros auxiliares que consideren necesarios, no siendo necesarios para éstos el requisito de la legalización. En tratándose de sociedades anónimas y de las sociedades de responsabilidad limitada, ellas deberán llevar, además de los citados, un libro (o varios) de actas, debidamente legalizados por la tributación directa, para lo cual presentarán la certificación de inscripción de la sociedad en el Registro Público.

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Impuesto sobre la Renta, en su artículo 31, establece que las personas físicas con ingresos brutos menores o iguales a cien mil colones, provenientes de cualquiera de las fuentes siguientes: del dominio o mero usufructo de bienes raíces, del dominio o mero usufructo de títulos de crédito emitidos por corporaciones públicas o privadas, del trabajo, prestación de servicios o desempeño de funciones de cualquier naturaleza, de pensiones, jubilaciones y otras rentas semejantes, cualquiera que sea su origen, de negocios, empresas, explotaciones u operaciones cualquiera que sea su naturaleza, que no estén exceptuadas por la Ley del Impuesto sobre la Renta, y, de las sumas originadas por el aguinaldo, dado por la empresa pública o por la empresa privada, tal y como se dispone en el artículo 5 de dicha Ley, exceptuadas, únicamente, las personas que solamente tengan ingresos fijos consistentes en salarios, sueldos, dietas, pensiones, honorarios, llevarán un libro de entradas y salidas clasificadas por columnas en el que se registrarán diariamente los ingresos y regresos. Además de la obligación de llevar otro libro de inventarios en el cual se anotarán, al final del año fiscal, todos sus bienes y deudas, indicando el registro completo del activo y pasivo del contribuyente, que practicará en el mismo libro una liquidación al 30 de septiembre de cada año, que demuestre la pérdida o la ganancia habida en sus actividades, teniendo que legalizar ambos libros.

Esto es en lo que concierne a las personas físicas y su relación con la política tributaria del país, y, en lo que a nosotros nos interesa, a los efectos del presente estudio, en cuanto tengan vinculación con actividades mercantiles, y operen como comerciantes. Ahora bien, por lo que atañe a las personas jurídicas, el mismo artículo 31 citado, ordena que las mismas, de cualquier naturaleza, y las de hecho, cualquiera que sea el monto de sus ingresos brutos, así como las personas físicas y las

sucesiones indivisas, con ingresos brutos mayores de cien mil colones, llevarán el juego completo de libros, consistentes en diario, mayor e inventarios y balances, y uno para el cálculo de mercaderías, cuando el contribuyente fuere importador. Agregando que estos libros deberán llevarse al día, legalizados, en idioma castellano y siguiendo las normas de contabilidad adecuadas para el buen control de sus operaciones. Los asientos registrados en los libros de contabilidad deben estar respaldados por los correspondientes comprobantes o documentos. Estos comprobantes deben respaldar los libros de todas las personas obligadas por ley a llevarlos, ya sea que sus ingresos brutos sean mayores o menores de cien mil colones anuales.

Como se sabe, los controles legales que se establecen con relación a los libros de los comerciantes, al menos, responden a las exigencias fiscales del Estado y a la buena marcha de la vida mercantil, con todo lo que ello implica. En el apartado respectivo, se estudiarán más detalladamente estos documentos semipúblicos.

iii) *Privados.*

Un modo de decir lo que son estos documentos es afirmando que son todos aquellos que no son ni públicos ni semipúblicos. Es la conocida forma de definir por medio de la negación: esto es lo que no es aquello u lo otro. La idea matemática del conjunto, intuitivamente dicho, facilita la representación gráfica de esta manera de definición. Si se dice que el conjunto de los documentos está compuesto por tres subconjuntos: a) el de los públicos; b) el de los semipúblicos; y, c) por los que no pertenecen a ninguno de los anteriores subconjuntos, caemos, así, en los privados. Esta idea intuitiva de conjunto nos puede ser de utilidad para operar con una definición de esta clase (48). También se puede decir que los documentos privados son aquellos manufacturados y suscritos por personas privadas (49). Ahora bien, cabe la posibilidad de que sean documentos públicos aquellos elaborados por personas públicas en el caso de que no ejerzan funciones públicas, sino privadas. O, también, que lo haga un funcionario público incompetente. Es decir, de lo que se trata es de señalar que para que un documento sea público es imprescindible que se den, concomitantemente estos requisitos: 1.^o, que sea extendido por un funcionario público; 2.^o, que ello lo realice dentro de funciones de su competencia, y 3.^o, de conformidad con las prescripciones legales respectivas. En el supuesto de que uno al menos de esos requisitos no se dé, se estará en presencia de un documento privado.

En lo que concierne a una posible división de estos documentos privados, se dice que cabe hablar de preconstituidos, ocasionales, constitui-

(48) BOSCH, Jorge, *Introducción al simbolismo lógico*, EUDEBA, Buenos Aires, 1971, págs. 55 a 70.

(49) PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., vol. I, págs. 491 y 492.

tivos y testimoniales. Los primeros, son aquellos que se elaboran con el fin de preconstituir una prueba, previniendo un futuro juicio. Por ejemplo, cuando se manufactura un contrato de arrendamiento. Los segundos son los que se hacen sin tener en cuenta la idea de un proceso por entablar, como sería el caso de la redacción de una carta. Los terceros son los que prueban directamente el hecho de autos. Tal sería el caso de la controversia judicial sobre un contrato de compra-venta, en el cual se hace valer el correspondiente documento. Y, los testimoniales, son los que dan un dato. Por ejemplo, en la carta del vendedor se dice que él ha recibido el precio de la cosa u objeto de la transacción, en el supuesto de una litis que verse sobre este punto (50).

Las anteriores denominaciones responden a una división de los documentos privados que tome en cuenta el fenómeno probatorio. Como toda clasificación, reiteramos, es útil a los efectos heurísticos y propios de la investigación.

d) *De conformidad a su naturaleza.*

i) *Indubitados*: a los efectos del cotejo de documentos son llamados así aquellos que no son falsos, por la forma o por el fondo. En el artículo 604 de la Ley de enjuiciamiento civil, en su párrafo segundo, el que se refiere a ellos al decir que no será necesario el reconocimiento de documentos privados y la correspondencia bajo juramento a la presencia judicial por la parte a quien perjudiquen, si lo solicitare la contraria, cuando la parte a quien perjudique el documento lo hubiera aceptado como legítimo al fijar los hechos en los escritos de contestación, réplica o dúplica. Al tenor de la redacción de este artículo, también se le llaman a los documentos indubitados documentos legítimos.

ii) *Legalizados*: son aquellos documentos que contienen la afirmación de que el documento procede de la persona que lo suscribe (51).

iii) *Fehaciente*: es el documento que hace fe, en concordancia con la naturaleza del respectivo documento.

(50) Apud PRIETO-CASTRO, vol. I, págs. 491 y 492.

(51) De conformidad con el art. 265 del Reglamento Notarial Español, el mismo afirma qu para los efectos del art. 30 de la Ley Notarial (que dice que las escrituras autorizadas por notario harán fe en la Provincia en que resida, y que, para hacerla en las demás provincias, deberá ser legalizada la firma del notario autorizante por otros dos notarios del mismo partido judicial, o por el visto bueno del juez de primera instancia, que pondrá el sello del juzgado); se legalizará la firma del citado notario autorizante siempre que el documento deba hacer fe fuera del territorio del Colegio a que pertenezca el mismo. A su vez, la Resolución del Tribunal Supremo de España, del 5 de enero de 1931, afirmó que los notarios pueden negarse a legalizar toda clase de documentos, siempre que no deban surtir efectos fuera del mencionado Colegio notarial. Asimismo, el art. 266 del indicado Reglamento, define la *legalización* como comprobación extendida al final de un documento autorizado por notario colegiado, fechada, signada, rubricada y sellada por otros dos notarios del mismo Colegio. Añadiendo el art. 267 del mismo Reglamento que las legalizaciones llevarán un sello del supradicho Colegio.

iv) *Auténtico*: la jurisprudencia española sostiene que es aquel documento que por sí mismo hace prueba o da fe de su contenido (52).

G) EL DOCUMENTO COMO PRUEBA LEGAL Y COMO PRECONSTITUIDA.

a) *Nota introductoria.*

Nos referimos a este respecto de la cuestión de la teoría del documento, ya que nos permite relacionar el documento con la prueba. Esta relación facilita el estudio y la comprensión de la importancia del documento cuando se piensa en un específico y concreto proceso civil, como medio probatorio. Cabalmente, por este hecho trivial, es que nos interesa, además, destacar esta perspectiva desde la cual se puede analizar, asimismo, el documento.

b) *El documento como prueba legal.*

El profesor Almagro Nosete nos dice, al respecto, que la prueba documental tradicionalmente se ha estimado como prueba legal y como prueba preconstituida. Lo cual se palpa al leer los artículos 1.218 a 1.230 del Código civil de España. El artículo 1.218 citado, afirma que los documentos públicos hacen prueba, aún contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. Asimismo, harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros. Por su parte, el artículo 1.230, del mismo Código, manda que los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto alguno contra tercero. Ahora, añadimos lo que dice el artículo 1.215 del cuerpo legal indicado. Según esta norma, los medios probatorios son: los instrumentos, la confesión, la inspección personal del juez, los peritos, los testigos y las presunciones. A su vez, el artículo 1.221, del Código de marras, prescribe que cuando hayan desaparecido la escritura matriz, el protocolo, o los expedientes originales, harán prueba: 1.^º, las primeras copias, sacadas por el funcionario público que las autorizara; 2.^º, las copias ulteriores, libradas por mandato judicial, con citación de los interesados y con su conformidad. A falta de las copias mencionadas, harán prueba cualesquiera otras que tengan la antigüedad de treinta o más años, siempre que hubiesen sido tomadas del original por el funcionario que lo autorizó u otro encargado de su custodia. Por lo que respecta a las copias de menos antigüedad, o que estuviesen autorizadas por funcionario público en quien no concurren las circunstancias mencionadas en lo dicho anteriormente, sólo servirán como un principio de prueba por escrito. A su vez, la fuerza probatoria de las copias de copia será apreciada por los tribunales según las circunstancias.

Leyendo estos dos numerales del cuerpo sustantivo civil, el 1.215 y el 1.221, se ve claramente que los mismos están destinados al juzgador,

(52) Apud PRIETO-CASTRO, vol. I, pág. 492.

de acuerdo con un criterio de integración lógica. Recordando, por el momento, que la prueba legal, a la cual nos estamos refiriendo, es el resultado de la valoración anticipada que con base en reglas de experiencia verifica el legislador de determinados actos o hechos para concederles eficacia, con independencia del punto de vista del juez con relación a la verosimilitud de específicas alegaciones (53).

Claro está que es sabido que la Ley de enjuiciamiento civil y el Código civil de España siguen un sistema que se podría calificar de mixto, ya que establece ciertas reglas para los jueces en cuanto a la valoración de las pruebas se refiere y, al propio tiempo, reconoce a ellos absoluta libertad, en otros casos, para apreciar la fuerza de la prueba conforme a un criterio racional y justo (54). Lo cual hace pertinente la reflexión de que al ubicar el interés en la valoración de las pruebas por el juez se confirma la tesis que sostiene que en el derecho moderno el juez debe formar su convicción —acerca de la verdad de los hechos afirmados—, libremente por el resultado de las pruebas, es decir, empleando las reglas de la lógica y de la experiencia y el conocimiento de la vida (55).

Almagro Nosete precisa, con respecto a la prueba legal, que por razón de su propia naturaleza debe estar explícita y concretamente regulada en la ley de tal manera, que como el Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil de España, al regular el documento, contemplan de modo exclusivo los supuestos del documento escrito, sólo en relación con el mismo, cabe la aplicación de las reglas imperativas dirigidas al juez, en orden a la valoración de su eficacia probatoria. Advirtiendo que en el caso de las demás especies documentales (fotografía, cinematografía o la fonografía, por ejemplo), en el supuesto de que fueran admitidas por el órgano judicial, habrán de ser valoradas conforme el sistema de la sana crítica vigente, con carácter general, en la Ley de enjuiciamiento civil española. Agregando este autor que en todo caso a lo más que se pudiera llegar sería a la admisión de un criterio de interpretación analógica en tanto y en cuanto estas pruebas «innombradas» —como las bautizó Cornelutti (56)— reúnan los caracteres de las escritas (57).

(53) ALMAGRO NOSETE, José, *La prueba de informes*, op. cit., págs. 105 y 106.

(54) MIGUEL Y ROMERO, Mauro, y DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos, *Derecho PROCESAL Práctico*, op. cit., t. I, pág. 351.

(55) PRIETO-CASTRO, op. cit., vol. I, pág. 467.

(56) CARNELUTTI, llamó los documentos no escritos «documentos que constituyen pruebas innombradas, en la medida en que se salen de los marcos de la concepción originaria del documento como escrito». Como se sabe, para este italiano el documento es una cosa que «*docet*», que tiene la virtud de hacer conocer su contenido representativo; es una cosa, un «*opus*», resultado del trabajo del hombre, que sirve para representar otra. Es el fruto de la elaboración humana sobre la materia (*Sistema de derecho procesal*. T. II. Editado por Uteha, Buenos Aires, 1944, pág. 474 y su versión original en italiano *Sistema di diritto processuale*, editado por CEDAM, Milano, 1936; págs. 674 a 831. T. I, especialmente su pág. 690, en la cual está escrita la archirrepetida definición del documento como una cosa que muestra o enseña, según la dejamos ya consignada en esta nota.

(57) Aquí ALMAGRO NOSETE, págs. 106 y 107.

Con relación a la prueba legal, Guasp ha sostenido que el sistema de la prueba legal o tasada tiene que ser científicamente rechazado. Ello por cuanto las normas de derecho son inidóneas para ordenar una eficacia probatoria, dado el sentido de la prueba misma. Ya que siendo la norma jurídica un imperativo, va dirigida a inclinar en cierta dirección la voluntad de un sujeto y no es apta, por naturaleza, para imponerse frente a otras actividades de la personalidad, entre ellas las creencias. Añadiendo que esta clase de prueba es una anormalidad jurídica, ya que destinadas por esencia las operaciones probatorias a convencer al juez de la existencia o inexistencia de un dato procesal determinado, en el momento de llegar a la obtención del resultado de dichas operaciones se prescinde de tal convicción y se la sustituye por un imperativo (58). Lo cual reafirma, en nuestro criterio, con otras palabras, Núñez Lagos, al sostener que la prueba legal es tal en virtud de estar valorada en la ley, siendo la norma de valor de una prueba legal, un precepto de derecho sustantivo e independiente de la estructura formal del medio de prueba. Pero, complementa este autor, no sólo esa norma sustantiva de prueba es condición de la posibilidad del medio de prueba, sino también la medida de su eficacia. Por eso es, antes que norma de prueba, una norma de eficacia. La norma, al proclamar el valor de un medio probatorio, impone el deber de acatar tal valor (59).

Cabe citar el criterio del actual presidente del Tribunal Supremo de España, Valentín Silva Melero, quien mantiene la tesis de que se debe mantener la primacía de la libre valoración, siempre dentro del respeto a lo que la ley establezca en los supuestos concretos. Precisando su punto de vista favorable a la prueba libre sobre la prueba legal: «optamos por el libre, pero no arbitrario, convencimiento judicial, expresión de una moderna concepción lógica que representa el aspecto funcional del proceso moderno que destaca la preferencia de la prueba libre a la prueba legal» (60).

c) *El documento como prueba preconstituida.*

Veamos ahora el documento desde el ángulo de su elaboración con vistas a un futuro y posible proceso que no necesariamente se dará, pero que las partes lo hacen como una medida preventiva en el supuesto de que la litis se llegase a plantear efectivamente.

Como es sabido, fue Jeremías Bentham quien propuso el término de pruebas preconstituidas, definiéndolas como aquellas en que el medio de prueba llevado al proceso es una representación ya formada, a fin de comunicar al juez y fijar en la sentencia el hecho representado que constituye el «thema probandum» (61). También se ha dicho que estas

(58) Apud GUASP. T. I, págs. 338 y 339

(59) Citado por ALMAGRO NOSETE en su obra indicada: *La prueba de informes*, págs. 106 y 107.

(60) SILVA MÉLERO, op. cit., t. I, págs. 131 y 132.

(61) GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *La prueba preconstituida*. (Anales de la Academia Matritense de notariado. T. II, 1950 Reus, Madrid, págs. 85 y 87. BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*. Madrid, 1847, páginas

pruebas son las que las partes crean al momento de la celebración de un negocio jurídico, con el objeto de proporcionarse de antemano un elemento de convicción para el eventual supuesto de una contienda judicial posterior. Tal es el caso de la escritura pública, el instrumento privado, etc. (62).

Almagro Nosete nos puntualiza que las notas que caracterizan las pruebas preconstituidas son: 1.^a, preexistencia del medio de prueba; 2.^a, carácter real por contraposición a personal de dicho medio, y, 3.^a, recepción directa por parte del juzgador de la prueba en la forma que la misma tenga desde el acto de su creación, bien sea esta identidad entre lo que se forma y lo que se recibe referida solamente al contenido representativo del medio de prueba, por razón, en su caso, de reproducciones documentales (copias de documentos), bien sea consecuencia de la inalterabilidad de la cosa misma que es objeto de prueba. Añadiendo este autor que las condiciones de idoneidad indicadas para la prueba preconstituida concurren en la prueba por documentos y en las de reconocimiento judicial sobre piezas de convicción o cosas inmuebles, es decir, en todas las que aparece como denominador común el hecho de que el medio de prueba se ofrece a la interpretación del juez de manera directa. Cabalmente, en el ordenamiento jurídico español el carácter preconstituido de la prueba documental se manifiesta al exigirse como requisito temporal, para la eficacia de esta prueba, la presentación de los documentos en que se funde el derecho de las partes en el momento de iniciación del litigio, en cuanto que éstos deben acompañarse a los escritos de demanda y contestación a la misma con las excepciones que la ley establece (63).

El criterio del Tribunal Supremo de España, como es sabido, es

145 y 166-167, en las cuales se refiere a las pruebas preconstituidas y a las circunstanciales. LESSONA, Carlos, *Teoría General de la prueba en derecho civil*. Reus, Madrid, 1957, t. I, pág. 65.

(62) COLIN Y CAPITANI, *Curso elemental de derecho civil*. Reus, Madrid, 1960, t. III, pág. 445. CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal*. Ed. Jurídica de Chile, t. IV, Santiago, 1967, pág. 77.

(63) Las excepciones a tal disposición se encuentran en los artículos 504 y 506 de la Ley de enjuiciamiento civil de España. La primera de estas normas dice que también deberá acompañarse a toda demanda o contestación el documento o documentos en que la parte interesada funde su derecho, designando el archivo o lugar en que se encuentren los originales si no los tuviere. Entendiéndose que el actor tiene a disposición los documentos y deberá acompañarlos precisamente a la demanda siempre que existan los originales en un protocolo o archivo público del que pueda pedir y obtener copias fehacientes de ellos. Por su parte, el artículo 506 manda que después de presentada la demanda y la contestación, no se admitirán al actor ni al demandado, respectivamente, otros documentos que los que se hallen en alguno de los casos siguientes: 1.^o, ser de fecha posterior a dichos escritos; 2.^o, los anteriores respecto de los cuales jure la parte que los presente, no haber tenido antes conocimiento de su existencia, y 3.^o, los que no hayan sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada, siempre que se haya hecho oportunamente la designación expresada en el art. 504 citado («si no los tuviere a disposición, designará el archivo o lugar en que se encuentren los originales»).

positivo en cuanto a la calificación de la prueba documental como prueba preconstituida (64).

Con respecto al tema de las pruebas preconstituidas se hablado también de pruebas simples, circunstanciales y literales. Veamos en qué sentido.

Por ejemplo, Bonnier expresa que la prueba preconstituida se confunde, generalmente, con la prueba literal, ya que desde tiempos inmemoriales se ha empleado la escritura para perpetuar el recuerdo de los sucesos jurídicos, así como todos los demás hechos cuyas huellas se desea conservar. Aclarando que puede haber prueba preconstituida sin que necesariamente conste por escrito, es decir, que no siempre la prueba preconstituida es prueba literal. Ya que lo que define a la primera como preconstituida es que se cristalice de modo anticipado algún hecho que se desea conservar, por algún medio pertinente para tal conservación, entre ellos, claro está, la escritura, pero, además, cualesquiera otros que faciliten esa plasmación previa de un determinado medio probatorio (65). Por su parte, Prieto-Castro, divide la prueba, por su origen, en simple y preconstituida, siendo la primera de ellas la que se crea en el acto del proceso, así, por ejemplo: la testifical. Dando como ilustración de las segundas, el documento (66). También, Bentham, como vimos, se refirió a las pruebas preconstituidas y a las circunstanciales. En lo que nos interesa resaltar, este autor las concibe como las que dependen del azar, como los testigos (67). Además de la confesión de las partes, de los informes de los peritos (68), etc.

La tesis más amplia y simple sobre la prueba preconstituida, es la que afirma que esta prueba es aquella que existe con anterioridad al proceso que se esté ventilando en un momento dado (69). Como se observa, es una delimitación muy amplia de esta prueba; sin embargo, es funcional en la medida en que facilita una apreciación directa y rápida de la misma.

(64) Sentencia de 10 de abril de 1951, en la cual se afirma que la prueba documental es una prueba preconstituida, que tiene por objeto mostrar en juicio la constancia de un hecho o declaración anterior. Por su parte la Sentencia de 30 de octubre de 1952 dice que se le permite al actor y al demandado presentar documentos que sean librados en fecha posterior a la presentación de los escritos de demanda y contestación, siempre que los hechos que se tratan de acreditar, asimismo, sean posteriores a dicha presentación de los mencionados escritos (páginas 105 a 113 del libro apuntado de ALMAGRO NOSETE).

(65) BONNIER, Eduardo, *Tratado de las pruebas en derecho civil y en derecho penal*. Reus, Madrid, t. II, 1929, págs. 5 y 6.

(66) Apud PRIETO-CASTRO, vol. I, pág. 456.

(67) Apud BENTHAM, págs. 145, 166 y 167.

(68) Apud CASARINO VITERBO, Mario, pág. 77. CARNELUTTI, Francesco, *Intituciones del proceso civil*. EJEA, Buenos Aires, vol. I, pág. 262, 1959.

(69) DE STEFANO, Giuseppe, *Collisione di prove civile*. Dott. A. Giuffrè, Milano, 1951, pág. 144. TARUFFO, Michele, *Studi sulla rilevanza della prova*. CE DAM, Padova, 1970, pág. 54.

III

PRUEBA POR DOCUMENTOS PUBLICOS

A) PRELIMINARES.

En la legislación costarricense se dan las pautas a seguir en lo que respecta a la prueba por documentos públicos, con un criterio similar al sistema francés y español.

El tratamiento de este aparte lo realizaremos parangonando nuestra normativa con la de la de España y otros países que estimemos oportuno y conveniente; ello con el fin de dar un cuadro más completo de esta clase de prueba documental. Asimismo, citaremos jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, que nos parece idónea para ilustrar un determinado punto de la cuestión que específicamente estemos analizando.

B) DEFINICIÓN DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 732 del cuerpo legal sustantivo civil de Costa Rica, define los documentos públicos como aquellos que han sido redactados o extendidos por funcionarios públicos, según las formas requeridas y dentro del límite de sus atribuciones. Mediante ley núm. 3.890, de 19 de junio de 1967, se adicionó ese artículo, con la afirmación de que las fotocopias de los documentos originales tendrán el carácter de tales documentos, si el funcionario correspondiente de la oficina que las autoriza certifica en ellas la razón de que son copias fieles de los originales, y cancela con el sello de la oficina las especies fiscales de ley.

En lo que atañe a los documentos públicos notariales, la Ley Orgánica del Notariado, en su artículos 733, expresa que es instrumento público la escritura otorgada ante el notario o cartulario, debidamente autorizado (70), y los respectivos testigos instrumentales legitimados para ello (71).

(70) El art. 1 de dicha ley establece que la persona autorizada para ejercer el notariado tiene fe pública cuando hace constar un acto jurídico o un contrato que tenga por objeto asegurar o hacer constar derechos puramente civiles en los límites que la ley señala a sus atribuciones y con observancia de los requisitos que ella exige. Por su parte, el art. 3 del mismo cuerpo legal afirma que para optar al título de notario se necesita ser costarricense por nacimiento o por naturalización, pero de origen centroamericano, y en este último caso, graduado mediante examen en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, ser del estado seglar, mayor de edad, abogado de los tribunales de la República, notoriamente conocido, de conducta y antecedentes honrados, y no tener motivo legal de incapacidad para el ejercicio del cargo. Debiendo, los naturalizados, además, acreditar que en su país de origen se concede reciprocidad. Estableciendo el siguiente artículo cuarto de la misma ley que el que quisiere obtener el título para ejercer el notariado lo solicitará a la Facultad de Derecho. La petición se presentará por escrito, en papel sellado de cincuenta céntimos, con indicación del nombre, apellidos y el número de la cédula de identidad del solicitante, e irá acompañada del título de abogado, del recibo de la tesorería de la Universidad que

C) FUERZA PROBATORIA.

a) *Nota introductoria.*

En este apartado analizaremos la fuerza probatoria del documento público, de acuerdo al criterio de si ha sido expedido en el territorio nacional o en territorio extranjero. Es este un medio de estudiar dicha fuerza probatoria, que toma en cuenta el lugar de elaboración del mismo. Este criterio de análisis nos permite detallar las normas que regulan esta materia y sus peculiaridades.

b) *Documento público otorgado en territorio nacional.*

De acuerdo con el artículo 735 del Código civil costarricense, los documentos públicos o instrumentos públicos (72) hacen prueba de la existencia material de los hechos que el oficial público afirma en ellos haber realizado el mismo o haber pasado en su presencia en el ejercicio de sus funciones, mientras no sean impugnados como falsos. De conformidad con la lectura simple de este numeral, tales documentos hacen plena prueba sólo de los hechos que el mismo contiene, mientras no sean atacados como falsos. En el supuesto de que el documento público sea impugnado como falso, el procedimiento y los efectos legales serán relativos a esta situación, que estudiaremos más adelante.

El principio en este aspecto es que el documento público juega en el proceso civil como plena prueba, cuando la parte contra la cual se esgrime no lo ataca por falso, configurándose el otro principio de que «quien calla, otorga».

demuestre el pago de los derechos que causa la expedición del título, del documento que acredite que es mayor de edad y de la constancia o constancias que prueben que el solicitante ha practicado con algún notario, por lo menos, durante dos años consecutivos. A su vez, el artículo 8, de la indicada ley, prescribe que para ejercer las funciones de notario se requiere: el título de tal, autorización legal para ejercer la profesión, y otorgamiento de garantía hipotecaria, fiduciaria o póliza de fidelidad del Instituto Nacional de Seguros, por la suma de diez mil colones.

(71) El artículo 733 del Código Civil costarricense establece que los testigos instrumentales deben ser mayores de dieciocho años, de buena conducta, deben saber leer y escribir y deben carecer de impedimento legal. El art. 734 del mismo Código prescribe que no pueden ser tales testigos, por estar absolutamente impedidos para ellos, quienes se encuentren en estos supuestos: 1.^o, las personas que estén locas o sufran otras incapacidades mentales; 2.^o, quienes padeczan de sordera o ceguera; 3.^o, las personas inhabilitadas para ejercer cargos públicos, y 4.^o, quien haya sido condenado por perjurio o delito contra la propiedad. Presentan una imposibilidad relativa para ser testigos de ese tipo: 1.^o, quien esté directamente interesado en el acto o contrato a que se refiere la escritura; 2.^o, el ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano, tío o sobrino, ya lo sean por consanguinidad o afinidad, y el sirviente doméstico del cartulario, y 3.^o, quien esté ligado por matrimonio o por cualquiera otros vínculos especificados en inmediato apartado 2.^o, con el otorgante que adquiera derechos en virtud del acto o contrato objeto de la escritura.

(72) Generalmente se hacen sinónimos las palabras «documento» e «instrumento» debido a la influencia de la tendencia estructural o tradicional que concibe el documento como escrito.

Como se sabe, en lo referente a estos documentos, se presume su autenticidad, en vista de su autor: el funcionario público o el notario que poseen fe pública (73).

Se pueden dar algunas consideraciones relativas al tema que ahora estudiamos, entre ellas, las siguientes:

1.^a La fuerza probatoria del documento público se ejerce «*erga omnes*». En el caso de que ponga en duda la exactitud del mismo, puede pedir la parte interesada la confrontación o cotejo con el original. Este cotejo de documentos se estudiará en un apartado posterior.

2.^a Generalmente, el documento público se presenta al proceso civil, mediante una copia del mismo, motivo por el que los problemas nacen alrededor de tal copia.

3.^a La copia es eficaz en el proceso dado, cuando la parte contra quien se esgriman no impugna su autenticidad.

4.^a En el supuesto de que en el proceso civil específico se dé la impugnación de la autenticidad de la copia, presentada al mismo, se recurre al conocido mecanismo del cotejo documental, que, como se dijo, se analizará posteriormente.

5.^a El documento otorgado por las partes ante Cartulario hace fe, no sólo de la existencia de la convención o disposición para los efectos de prueba, sino aún de los hechos o actos jurídicos anteriores que se relacionen en él en los términos simplemente enunciativos, con tal que la enunciación se enlace directamente con la convención o disposición principal, al tenor del artículo 737 del Código civil costarricense.

6.^a Si existe una disposición extraña a la convención o disposición principal, no pueden servir de otra los documentos respectivos, que de principio de prueba por escrito, de acuerdo con el artículo 737 «*in fine*», del Código civil costarricense.

7.^a Importa destacar, aunque sea perogrulloso, lo que manda el artículo 738 del citado cuerpo legal costarricense, en cuanto a que la prueba que resulta de los documentos o instrumentos públicos se debe hacer por medio de los correspondientes originales, o por medio de copias sacadas legalmente de tales originales.

8.^a La copia obtenida de la matriz, con observancia de las formalidades legales, hará fe por sí sola de su exactitud con el original. Pero la parte a quien perjudique puede pedir que se confronte la copia con el original y, si no resultaren conformes, se estará a lo que diga la escritura original o matriz, salvo que ella contenga enmendaduras, raspaduras u otros defectos legales semejantes, pues en estos casos, así como en el de no poderse verificar la confrontación o cotejo de documentos, por haberse perdido el protocolo, hará fe la copia mientras, legalmente,

(73) Artículo 30 de la Ley Orgánica del Notariado (España), y art. 1.218 del Código civil de España. PRIETO-CASTRO, op. cit., vol. I, págs. 495 y 496. Por su parte, por ejemplo, el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil de Colombia, de reciente emisión, expresa que los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.

no se demuestre su inexactitud o falsedad, de acuerdo con la lectura del artículo 739 del código de marras.

9.^a Por lo que respecta a las certificaciones o documentos públicos extendidos, sin citación de partes, no carecerán, por ese sólo motivo de valor probatorio, pero la contraria podrá solicitar el cotejo documental, en la forma de ley y, si éste no pudiere verificarse por alguna razón, el valor del documento quedará sujeto a la prudente apreciación judicial en relación con las otras probanzas, de conformidad con lo que dispone el artículo 266, «*in fine*», del mencionado Código.

10.^a Por lo que se refiere a las copias obtenidas de otras copias, el principio que rige es que la fuerza probatoria de las mismas será apreciada libremente por el juzgador, de acuerdo con las circunstancias integrales del caso que tenga entre manos para su resolución.

c) *Documento público otorgado en el extranjero.*

Es el artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, el que se refiere a este aspecto de la cuestión, al decir que los documentos públicos otorgados en otras naciones se equipararán, en su fuerza probatoria, a los documentos públicos otorgados en territorio nacional, si reúnen estos requisitos: a), que el otorgamiento se haya efectuado de acuerdo a las formalidades establecidas en el país donde se hubieren verificado los actos y contratos, y, b), que la firma del funcionario expedidor del respectivo documento esté debidamente autenticada (74).

Además, el artículo 272 de citado Código procedural, manda que a todo documento redactado en cualquier idioma que no sea el castellano, se debe acompañar la traducción del mismo y copia de aquél y de ésta. Pudiéndose hacer la traducción de modo privado y, en este caso, si alguna parte la ataca, manifestando que no la tiene por fiel y exacta, se hará la versión al castellano por el traductor oficial o por el que nombre el juez, en defecto de aquél. Este mismo principio, en cuanto al idioma castellano atañe, se lee en el artículo 58 de la Ley notarial costarricense, cuando afirma que todo instrumento o documento público notarial debe redactarse en castellano (75).

A su vez, el Código civil nacional establece, en su artículo tercero, que se obliga a los costarricenses a que todo acto o contrato que realicen y que deba tener su ejecución en Costa Rica, cualquiera que sea el país donde se ejecute o celebre el respectivo acto o contrato, queda sujeto a las prescripciones legales que, sobre el estado y la capacidad de las personas, mandan las leyes costarricenses. Añadiendo el artículo octavo del código sustantivo de este país, que en cuanto a la forma y solemnidades externas de un contrato o de un acto jurídico que debe tener efecto en Costa Rica, el otorgante u otorgantes pueden sujetarse a las

(74) . También, por ejemplo, el art. 600 de la Ley de enjuiciamiento civil de España.

(75) Art. 25 de la ley notarial española, también en este mismo sentido.

leyes costarricenses o a las del país donde el acto o contrato se ejecute o celebre.

D) PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

a) *Nota preliminar.*

En esta ocasión, nos referimos al procedimiento que se lleva a cabo en el proceso civil, en relación con la presentación de los documentos. De modo impropio, incluiremos la faceta de la impugnación del documento público y el cotejo de documentos, como, también, el cotejo de letras, ya que, estimamos, convencionalmente, que se pueden relacionar con el global mecanismo del procedimiento probatorio documental.

b) *Delimitación general.*

El principio que se sigue en materia de la admisibilidad de los documentos públicos, es que la legitimación y el fundamento de derecho han de presentarse en la forma y dentro de las fases preclusivas que establece la ley procedural civil.

En el supuesto de que no se reconozca la autenticidad del documento público, o se afirmare la inexactitud o diferencia del testimonio, se abre un incidente a pruebas por seis días naturales, al tenor de la lectura del artículo 202 del Código de procedimientos Civiles de Costa Rica. Es, éste, el único prejuicio que se abre a pruebas, ya que en todos los demás incidentes hay que ofrecer la prueba al promoverlo, por parte del incidentalista, o, al contestarlo, por parte del incidentado. En este incidente citado, establece el artículo 203, se admitirán cualesquiera pruebas legales, además del cotejo documental y del cotejo de letras, por supuesto.

La tónica general es que junto a los documentos de demanda y de contrademandas, respectivamente, se han de acompañar los documentos públicos atañentes al proceso correspondiente. Ahora bien, es sabido que existen medios de evadir tal principio, en virtud de la redacción de la misma ley procesal, como se verá seguidamente.

Esta situación se observa en el artículo 198 de la ley procesal costarricense, el cual manda que después de la demanda y contestación no se admitirán más documentos, salvo 1.^º, los de fecha posterior a dichos escritos; 2.^º, los anteriores cuya existencia jüre no haber conocido antes la parte que los presenta; 3.^a, los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada, y siempre que, en su caso, se haya hecho oportunamente la designación del archivo o lugar expresados en el art. 197, anterior (76), y 4.^º, aquellos que no siendo fundamento de la demanda, sirvan para combatir excepciones del demandado o constituyan una prueba complementaria.

(76) El art. 197, en lo que aquí interesa, manda que si los documentos no los tiene a su disposición la parte interesada, ésta designará el archivo o lugar en que se encuentran los originales, y el tribunal ordenará que se expida exhorto para que sean certificados como acto previo al traslado de la demanda o reconvenCIÓN.

Tanto el número dos como el cuarto, vienen a ser «portillos» o supuestos, por medio de los cuales la parte interesada introduce al proceso dado nuevos documentos. En la práctica así ocurre.

De este modo lo que manda el artículo 197, del citado código, en cuanto que a toda demanda o contestación a la misma deberá acompañarse necesariamente: 1.^o, el documento que acredite el poder del abogado (77) mandatario, cuando éste intervenga; 2.^o, los documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación, o cuando el derecho que reclame le haya sido transmitido por herencia o por cualquier otro título y, 3.^o, los documentos en que la parte interesada funde su derecho, queda sujeto, relativamente, a la habilidad del abogado de la parte interesada en hacer en juicio un documento, con posterioridad a la indicada demanda y contestación a ella, amparándose en lo que dispone el mencionado artículo 198.

Por su parte, el artículo 199 de la ley procesal nacional, establece que todo documento que se presente después de la demanda y contestación, se dará, a la parte contraria, traslado por cinco días, para que manifieste si reconoce el documento como legítimo, eficaz y admisible, o las razones que tengan para impugnarlo, con apercibimiento de que su silencio se tendrá por aceptación del documento. Haciendo prevalecer el artículo 204 del mismo código, el principio de que la parte que es atacada con un documento puede defenderse con otro, al afirmar que para destruir la fuerza probatoria del documento presentado, ya por adolecer de nulidad el hecho jurídico de que él da fe, por haber habido un hecho posterior que destruya su eficacia, será admisible cualquier documento que la parte contraria acompañare a su escrito de impugnación; si no lo acompañare, deberá indicarse el archivo o lugar en que se halle, y en el caso de que se presentaren otras pruebas admisibles legalmente, el juez concederá un término prudencial para evacuarlas, que no excederá de seis días. Precisando el artículo siguiente, 205, que el incidente que se origine con motivo de la presentación de documentos después de la demanda y contestación, se tramitará en pieza separada y su resolución será reservada para la sentencia definitiva.

De acuerdo con este artículo 205, en el supuesto de que ocurra un incidente como el mencionado ahí, el juez lo estudiará en un expediente aparte del pleito principal, y resolverá lo que proceda cuando redacte la sentencia definitiva.

c) *Falsedad del documento público.*

Aquí analizaremos el caso en el que un documento público es atacado por la parte interesada como falso.

Es el artículo 206 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, el que ataña a este supuesto, cuando afirma que en el caso de que un documento que pueda tener influencia en el pleito fuere argüido de falso y se instituyere procedimiento criminal para descubrir el

(77) En Costa Rica no existe la figura del procurador, que, por ejemplo, en España sí tiene relevancia jurídico-procesal.

delito y su autor, se suspenderá el juicio en el estado en que se halle, hasta que recaiga ejecutoria en la causa criminal o auto de sobreseimiento, ya sea éste provisional o definitivo. Añadiendo que, para decretar la suspensión es indispensable que la parte interesada acredite que ha acusado criminalmente la falsedad y que su acusación ha sido admitida por el tribunal correspondiente.

Este artículo se aplica a toda clase de juicios, y viene a ser la norma genérica aplicable a este fenómeno de la argumentación de falsedad de un documento. Valga la aclaración, importante, de que esta norma rige tanto para el documento público como para el documento privado, ya que ese artículo 206 habla escuetamente de «documento», sin hacer precisión alguna, en el sentido de que se refiera al público o al privado. En la doctrina y en la jurisprudencia costarricense, esta observación es un lugar común. De este modo, cuando nos refiramos al documento privado en lo que respecta a este punto de la falsedad documental, haremos una nota en la que nos refiramos a este artículo y al 207, que a continuación aludimos.

Efectivamente, este artículo 207 de la ley procesal nacional, establece que la falsedad de un documento (ya sea público o privado, e inclusive, por supuesto, que se hace alusión a los semipúblicos) no podrá ser declarada por la jurisdicción civil, salvo que estuviere extinguida por la prescripción, la acción penal, o que establecida, no pudiere juzgarse por haber muerto los autores o cómplices del delito, o por no aparecer responsables de la falsedad. En estos casos, si el documento (en sentido global y genérico) se hubiere presentado junto con la demanda o la contestación, la prueba de falsedad se hará en el término probatorio ordinario. Si fuere presentado después, se hará por los trámites de los incidentes (78). En uno y en otro caso, la falsedad se decidirá en la sentencia definitiva. Ahora bien, agrega el artículo de marras, no se decretará la suspensión si la parte contraria diere fianza suficiente para responder de todo lo que obtuviere por la sentencia y de las costas que se occasionaren.

Con relación a la materia de incidentes de falsedad documental, en el medio legal costarricense, se puede decir que no hay un plazo definitivo para interponerlos en un proceso civil. Es decir, que en cualquier momento se puede interponer un incidente de este tipo, dada la trascendencia que tiene el efecto jurídico de tal incidente.

Claro está que la legislación penal se ocupa de regular este delito de la falsedad documental (79).

(78) Los incidentes están regulados en el Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, en los artículos 383 al 394. El art. 386, establece que los incidentes comunes se sustanciarán en pieza separada y no suspenderán el curso de la demanda principal. Añadiendo el art. 387 que la pieza separada se formará a costa de la parte promotora.

(79) Tanto el Código Penal como el Código de Procedimientos Penales se encargan de regular esta materia. Se sabe que la falsedad documental cómo puede tanto material como ideológica. La falsedad material del documento hace relación a la elaboración misma del documento, mientras que la falsedad ideológica se refiere concretamente al contenido del documento.

De acuerdo con esta legislación, el artículo 357 del Código penal establece que será reprimido con prisión de uno a seis años el que hiciere, en todo o en parte, un documento falso, público o auténtico (80), o alterare uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio. Agravándose la pena si este injusto es cometido por un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, de dos a ocho años de cárcel.

Por lo que atañe a la falsedad ideológica, las penas establecidas en el citado artículo 357 son aplicables al que insertare o hiciere insertar en un documento público o auténtico declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio, de acuerdo con el artículo 358 del Código penal. Lo cual es complementado por el artículo 363 del mismo cuerpo legal, que sostiene que el que hiciere uso de un documento falso o adulterado será reprimido con una pena de uno a seis años de prisión.

Por su parte, el artículo 508 del Código de procedimientos penales, manda que los documentos públicos o auténticos que comprueben directamente el hecho delictuoso, hacen plena prueba en negocios criminales en cuanto a la existencia del mismo (81).

d) *Cotejo documental.*

En lo que respecta a este punto del estudio que realizamos, el artículo 266 de la Ley procesal nacional manda que la parte a quien se opone un documento público puede pedir que se proceda a cotejarlo con su original. Este cotejo se verificará el día y hora que el juez designe, previa citación de las partes. Si el cotejo no se pudiere verificar por haber desaparecido la matriz y si el documento hubiera sido extendido con citación contraria, no se desvirtuará éste, mientras no se demuestre, por otras pruebas legales, su inexactitud o falsedad.

Por lo que se refiere a las certificaciones o documentos públicos extendidos sin citación de partes, los mismos no carecerán, por ese sólo motivo de valor probatorio, pero la parte contraria podrá solicitar el cotejo documental, tal y como ya se indicó, en los anteriores párrafos primero, segundo y tercero del indicado artículo procesal. En el supuesto de que este cotejo no se pudiera celebrar o verificar, por algún motivo, el valor del documento respectivo quedará sujeto a la prudente apreciación judicial en relación con las otras probanzas, termina diciendo el párrafo cuarto de ese numeral 266.

(80) Sobre la temática del documento auténtico, se puede consultar entre otros los estudios de FAIRÉN GUILLÉN, *El control de los hechos en la casación civil y laboral española*. «Revista de Derecho Procesal», primera época, vol. IV, 1967, Madrid, págs. 57 a 106. Para la Casación de España, de acuerdo a lo que nos informa en este ensayo dicho profesor, documento auténtico es entre otros: el que tiene fuerza probatoria irrefutable, el que tiene la condición intrínseca para adverar su legitimidad, la literalidad de su texto tiene la suficiente fuerza explicativa para no necesitar aclaraciones, interpretaciones o razonamientos (págs. 57 a 59).

(81) El art. 638, inciso cuarto de la Ley procesal penal, expresa que habrá lugar al recurso de revisión, cuando la sentencia se hubiere fundado en documentos reconocidos o declarados como falsos, pudiéndose hacer la declaratoria de falsedad documental dentro del mismo juicio de revisión.

El cotejo o comprobación de los documentos públicos con sus originales se practicará por el secretario, sustituyéndose al efecto en el archivo o donde se halla la matriz, a presencia de las partes y sus defensores, si concurrieren. A este fin, señalará, previamente, día y hora en que haya de verificarse el cotejo documental. También podrá hacerlo el juez, por sí mismo, cuando lo estime conveniente, de acuerdo con lo que disponen los artículos 266 al 270 del cuerpo legal procesal civil costarricense.

La Ley procesal citada no contempla la situación que plasma el artículo 598 de la Ley de enjuiciamiento civil de España, es decir, la relativa a los documentos que son eficaces en juicio, sin que requieran para este efecto el cotejo documental. Tales documentos son: a), las ejecutorias y las certificaciones o testimonios de sentencias firmes, expedidas en forma legal por el tribunal que la hubiere dictado; b), las escrituras públicas antiguas, que carezcan de protocolo, y todas aquellas cuyo protocolo o matriz hubiere desaparecido, y c), cualquier otro documento público y solemne, que por su índole carezca de original o registro con el que pueda comprobarlo.

e) *Cotejo de letras.*

Es el artículo 277 de la Ley procesal civil nacional, la que se refiere a este cotejo cuando manda que si se negare o pusiere en duda la autenticidad de las firmas de un documento público, cuya matriz hubiere desaparecido, podrá la parte que lo rechazase pedir que se proceda al cotejo de letras. Pero, antes, deberá llamarse al funcionario que lo expidió y a los testigos que lo autorizaron para que declaren sobre su autenticidad, y sólo que éstos no pudieren declarar, se procederá al cotejo pedido. En ambos casos, queda a salvo el derecho del interesado para acusar de falso el documento. Añadiendo este mismo numeral, que la parte a quien aproveche el documento rechazado podrá también pedir el cotejo de letras, si lo creyere útil para destruir las pruebas que se rindieren contra la autenticidad.

Por su parte, el artículo 279 del Código de procedimientos civiles (CPC) costarricense, expresa que este cotejo de letras se practicará por peritos, con sujeción a las reglas fijadas en el capítulo IX de este título II, relativo al juicio ordinario de mayor cuantía. Lo concerniente a los peritos se encuentra regulado en este CPC, en los artículos 284 al 300. Estableciendo el artículo 384 que procederá la prueba de peritos cuando hay hechos que apreciar que exijan conocimientos especiales extraños al derecho. Agregando, que en asuntos en que el juez sea perito o en que tenga conocimientos o preparación adecuadas para resolver sin auxilio pericial, prescindirá de ese medio de prueba.

Con respecto a esta última disposición, estimamos que no es conveniente que el juez sustituya al perito, aún como en el supuesto legal, en que el juzgador «tenga conocimientos o preparación adecuados para resolver sin auxilio pericial», ya que debe prevalecer el principio de que el juez debe mantener su «papel» de tal en el proceso y no actuar

como perito en un juicio en el que tenga que dar la solución jurídica al mismo. La tesis es que el perito y el juez deben ser personas diferentes, ya que en este caso, en el que el juez puede suplantar al perito, actuando como tal, la solución procesal se ve, en nuestro criterio, afectada por esta suplantación, ya que lo que resulte de este peritaje del juez tiene el condicionamiento de la persona que lo realiza. La ley procesal civil española no presenta esta posibilidad de sustitución del perito por el juez, lo cual nos parece sano, desde nuestro punto de vista, para el buen desarrollo y resolución de la litis. Otro aspecto que presenta esta disposición legal costarricense es que cuando el juez actúa como perito, es muy difícil, de hecho, que la parte interesada pueda hacer valer el artículo 292 del CPC, que permite que un perito sea recusado. Así, pues, reformando este artículo 284, en la parte final, que habilita al juez para ser perito, el numeral 292, queda vigente para que cualquier perito pueda ser recusado en la medida en que ya no se trata de un recusamiento, de hecho, a la persona del juez. Además de que así se evitaría conflictos de facto, generados por la creencia del juzgador de que es perito, cuando de lo que se trata es de una actuación irresponsable de su parte.

La persona que pida el cotejo de letras señalará el documento indubitable (aquel cierto, que no admite duda) con que deba hacerse el respectivo cotejo de letras. En el caso de que no lo hubiere y se tratare de un documento público, se tendrá éste por eficaz. Por su parte, el artículo 281 del CPC, se refiere a los documentos que se consideran como indubitados, para los efectos del correspondiente cotejo. Este numeral señala como documentos ciertos y que no admiten duda, a los siguientes: 1.^º, los documentos que las partes reconozcan como tales de común acuerdo; 2.^º, las escrituras públicas originales, si se tratare de cotejar la firma del otorgante y los originales y testimonios de las mismas si se tratare de la firma del cartulario, y 3.^º, los documentos privados cuya letra o firma hayan sido reconocidos en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa (82).

Asimismo, el numeral 282 manda que en el supuesto de que falten los citados medios para realizar el cotejo de letras, la parte a quien se atribuya la firma o el documento cuya autenticidad se trate de demostrar podrá ser requerida, a instancia de parte contraria, para que forme un cuerpo de escritura, que en el acto le dictará el juez.

En el caso de que se negare a formar tal cuerpo de escritura, el juez podrá estimar como confesa a la parte renuente en el reconocimiento del documento discutido. Es este otro ejemplo de «ficta confesio».

El artículo 283 del CPC establece que el juez hará por sí mismo la comprobación después de oír a los peritos revisores y apreciará el resultado de esta prueba del cuerpo de escritura, conforme a las reglas de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de aquéllos. Esta

(82) Cuando se estudie lo relativo a los documentos privados, se analizará este caso de documento privado indubitable a los efectos procesales civiles.

observación de la norma es consecuente con el peritazgo, ya que éste no obliga, no es vinculante, al juez. Operando, en este supuesto, las llamadas reglas de la sana crítica.

IV

PRUEBA POR DOCUMENTOS PRIVADOS

A) PRELIMINARES.

En la legislación costarricense no se da una definición de documento privado, lo cual es frecuente y generalizado en las legislaciones extranjeras. En este tercer apartado seguiremos, esencialmente, el orden elaborado para los documentos públicos.

Uno de los aspectos clave en esta materia, como se sabe, es el del reconocimiento del documento privado, ya que su relevancia y sus efectos jurídico-procesales está supeditado al acto de reconocimiento de la parte contra quien se le esgrime. Si en el documento público éste hace plena prueba en el proceso, cuando se analiza el documento privado, éste se puede homologar a un documento inexistente, salvo que sea reconocido por la parte respectiva.

B) DEFINICIÓN DEL DOCUMENTO PRIVADO.

De acuerdo con Prieto-Castro, el documento privado es aquel que las partes o terceros, conjunta o aisladamente, extienden sin intervención del funcionario público. Precisando que el artículo 1.223 del Código civil de España también se refiere a este tipo de documentos en el caso de las escrituras defectuosas por incompetencia del notario, o por otra falta de forma, si están firmadas por los otorgantes (83).

Sabido es que, en lo relativo al nacimiento de estos documentos, la realidad de la vida civil obligó a las partes a tomarlos en cuenta con vistas al mundo legal. Así, desde las *Partidas*, se admite el documento privado como una de las maneras de obligarse y contratar, aunque, siempre, bajo la precisión procesal, de que para que el mismo sea eficaz, jurídicamente, y con fuerza legal, es necesario el mecanismo del reconocimiento por los otorgantes, para que surta los efectos jurídicos concernientes (84).

Claro está que tanto el documento público como el documento privado se conciben en la legislación española y en la costarricense como «escrito», de acuerdo a la tesis «estructural» del documento ya indicada (85).

(83) PRIETO-CASTRO, *Derecho procesal civil*. Tecnos, Madrid, MUE, II, vol. I, pág. 162.

(84) PENICHET Y LUGO, Francisco, *De los documentos privados*. «Revista General de legislación y jurisprudencia». Madrid, t. 1900, págs. 524 y 525.

(85) MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*, op. cit., t. III, arts. 524 a 740, pág. 422.

De conformidad con Núñez Lagos, el documento privado, en sí mismo considerado, es una cosa mueble, ineficaz —jurídicamente—, sin autenticidad de forma ni de fondo (86). Es decir, «scriptura privata non provat, nec fidem facit, nisi recognoscatur». Se puede decir, para delimitar este documento, que el reconocimiento es el medio legal mediante el cual interviene el funcionario público competente (momento estatal) y, a través de este mecanismo, este documento logra el valor de prueba legal (87).

C) FUERZA PROBATORIA.

a) *Nota introductoria.*

El principio es que el documento privado, como tal, carece de fuerza probatoria. El mecanismo que sirve para darle esta fuerza al documento privado es el reconocimiento, como ya se indicó. Por ello, se ha dicho que el problema más importante de este documento es el de su fuerza probatoria, ya que no ofrece garantías de que refleje la verdad (88).

Otro problema que se presenta con estos documentos atañen a su fecha de emisión. Al respecto, Prieto-Castro nos informa que en España el papel de timbre elaborado por el Estado español va debidamente numerado, con el fin, entre otros, de descubrir, si fuere necesario, una falsedad, por razón de la alteración de la fecha. Este catedrático nos refiere casos en los cuales algunas partes alegaban fechas de documentos privados, consignados en papel fabricado por el citado Estado, en circunstancias en las cuales, gracias a la correspondiente numeración de dicho papel, se comprobaba que la Casa de la Moneda y Timbre no había impreso tales documentos con esa numeración, sino que llevaba una anterior. Agregando que la redacción del artículo 1.227 del Código civil español, estaba redactado con la finalidad de evitar fraudes, derivados de alteraciones en cuanto a la fecha se refiere, al decir que la fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que le firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público, por razón de su oficio (89).

En Costa Rica, también el papel sellado tiene numeración, que permite su identificación directa, la cual se coloca de modo bien visible, al igual que la correspondiente numeración de los respectivos renglones del respectivo documento.

(86) NÚÑEZ LAGOS, *Reconocimiento de documento privado*. «Revista de Derecho Procesal», segunda época. Madrid, núm. 1, 1959, pág. 109.

(87) NÚÑEZ LAGOS, *Reconocimiento...*, Idem, págs. 97 a 99.

(88) PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal*. Lección núm. 62, correspondiente al primer curso sobre este Derecho, relativo a su parte general. Año lectivo de 1972-1973, atañente a la prueba por documentos privados.

(89) PRIETO-CASTRO, Lección núm. 62, idem.

b) *Documento privado otorgado en territorio nacional.*

Como se sabe, la fuerza probatoria del documento de marras depende de su autenticidad, la cual puede ser reconocida por la parte a quien perjudique, o determinada por medio del cotejo de letras. Ahora bien, la falta de reconocimiento no significa la inutilidad absoluta del correspondiente documento, ya que puede adverirse por otros medios (90). Y en este sentido debe entenderse lo enunciado anteriormente por el notario Núñez Lagos, acerca de que el documento en cuestión no reconocido, es una cosa mueble, ineficaz jurídicamente.

Es el artículo 741 del Código civil nacional el que establece que los documentos privados, reconocidos judicialmente, o declarados por reconocidos conforme a la ley, hacen fe entre las partes y con relación a terceros en cuanto a las declaraciones en ellos contenidas, salvo prueba en contrario. Esto se comprende que sea así, ya que las partes cuestionan el contenido del documento, ya que de él depende la legitimidad del mismo (91).

Ahora bien, hay que tener en cuenta el lugar común de que el documento «materializante» de relaciones jurídicas puede estar encaminado a servir como medio probatorio, lo cual implica, entre otras cosas, el de la autenticidad del mismo. Y la prueba de esta autenticidad no es prueba documental, sino que pertenece al campo de la inspección judicial o reconocimiento judicial, o al área de los peritos (92).

Parte de la temática de este documento incluye la creencia popular de que un documento privado, por el mero hecho de ser incorporado a una escritura pública, pierde el carácter de privado y se muta en un instrumento público. Lo que ocurre aquí es que la forma o la estructura de ese contenido es una escritura pública, pero ella recoge una convención o un acto de naturaleza privado. Y el contenido del acto o del contrato no deviene en público porque esté en una escritura pública, ya que lo que importa es el contenido jurídicamente relevante (93).

Por lo que atañe a la temática de la fecha del documento indicado, el artículo 742 del cuerpo legal sustantivo nacional establece que la misma no se contará respecto de terceros sino desde que se verifique uno de los hechos siguientes: 1.º, la muerte de alguno de los firmantes; 2.º, la presentación del documento ante cualquier fin, y 3.º, la presentación del documento ante cartulario, fin de que autentique la fecha en que se presenta. Por su parte, el artículo 745 significa una excepción a lo dicho en el numeral citado 742, al decir que el principio de que los mencionados documentos no hacen fe de su fecha, con respecto de

(90) Apud PRIETO-CASTRO, *Derecho Procesal Civil*. (Tecnos, MUE, II, vol. I, idem, pág. 163).

(91) DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho Procesal Civil Español*. «Ed. Revista de Derecho Privado». Madrid, 1942, pág. 458.

(92) LORCA GARCÍA, José, *Derecho Procesal Civil*. Gráficas Cifra, Madrid, 1972, págs. 271 y 272.

(93) BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*. Labor, Barcelona, 1943, pág. 233.

terceros, no se aplicará a documentos que verifiquen convenciones u operaciones comerciales.

El artículo 493 del CPC nacional se refiere a lo dispuesto en el indicado numeral 742, al decir, en su inciso cuarto, que no será admisible la tercería coadyuvante cuando no se justifique el derecho del tercero con título ejecutivo. Añadiendo que el documento, vale o pagaré a la orden, que no tenga fecha cierta, anterior al embargo, será considerado como un documento carente de la calificación de título ejecutivo. Sirviendo los medios establecidos en el artículo 742 citado para determinar la fecha cierta.

En el supuesto de que el tercero, al tiempo de tratar, tuviere conocimiento de la existencia del documento, no podrá rechazarlo bajo el pretexto de que no se halle en uno de los tres casos fijados en el mencionado numeral 742, no se considerarán terceros los acreedores de cada uno de los contratantes cuando ejerzan los derechos de su deudor, al tenor de la lectura del artículo 743. Advirtiendo, además, el numeral 746 de nuestro código sustantivo, que no puede prevalecerse del artículo 742, aquel que mediante colusión con su causante haya cometido un fraude en perjuicio de la parte,

Otro principio valedero en esta materia documental es que el documento privado no prueba contra el que lo escribió y firmó si siempre ha permanecido en su poder, de acuerdo a lo que prescribe el artículo 747 del mismo código sustantivo. Esta norma plantea un problema procesal práctico, ya que la expresión «...si siempre ha permanecido en su poder», puede dar lugar a controversias en un juicio determinado, quedando al criterio del juez calificar tal expresión de conformidad con el contesto de juicio determinado. Empero, estimamos, que, en principio, esa indicación es de carácter relativo, es decir, que debe ser interpretada por el juzgador en concordancia con los elementos integrantes del pleito específico que tenga que resolver.

En cuanto a la nota escrita por el acreedor, enseguida, al margen, al dorso o en el cuerpo del documento, aunque no esté fechada, hace prueba en favor del deudor, de acuerdo al artículo 748. Y, en lo que atañe a los asientos, registros y papeles domésticos, únicamente hacen fe contra el que los ha escrito, pero, el que quiera aprovecharse de ellos, no podrá rechazarlos en la parte en que lo perjudiquen, de conformidad con el numeral 749 del citado cuerpo sustantivo civil costarricense.

En el supuesto del documento privado desconocido por el otorgante, hace plena prueba si se cumplen estos requisitos: 1.^o, si firmado por dos testigos, reconocen éstos su firma, testificando el hecho de haberse otorgado el documento en su presencia, y 2.^o, si dos peritos declaran la identidad de la firma del deudor, según se lee en el numeral 750 del mencionado cuerpo legal nacional.

Veamos ahora el supuesto de la firma a ruego. Si una persona, a ruego de otra, firma un documento, éste hará plena prueba, si dos testigos más hacen testimoniar sus firmas, reconociendo los tres su respec-

tiva firma, y, además, certificando el hecho de haber presenciado el otorgamiento, según dispone el artículo 751 del código de marras.

1) *Temática de la firma.*

En materia de documentos privados, uno de los aspectos interesantes que tiene el mismo es el relativo a la firma. ¿Qué ha de entenderse por una firma?, o, ¿cuándo se puede decir, legalmente, que un documento está debidamente firmado?

Se cuestiona este punto de la firma cuando se habla de la firma a ruego de otra persona (que ya vimos de qué manera se resuelve en la legislación costarricense), de la firma por medio de la huella dactilar, de la firma por medio de un signo (una cruz, una «x», etc.), y de otros modos que ya citaremos oportunamente.

Este tema es muy importante, de acuerdo a la jurisprudencia costarricense, ya que la tesis es que quien acepta la autenticidad de una firma, acepta el contenido del respectivo documento.

Ahora bien, analicemos un ejemplo legislativo. El de la República Argentina. El artículo 1.012 del Código civil de este país, manda que la firma es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada, no pudiendo ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos. Eso sí, expresa el numeral 1.014, siguiente, en el supuesto de que una persona reconozca los signos o iniciales de un nombre propio y apellidos, como propios, éstos valen como si fuera la verdadera firma. Siendo la regla, la de que ninguna persona puede ser obligada a reconocer un instrumento o documento privado que esté sólo firmado por iniciales o signos.

Por su parte, el artículo 1.015 del mismo código indica que la firma pueda ser dada al pie de un documento en blanco, pero para que haga fe es necesario que la parte que lo ha firmado de ese modo reconozca su firma luego de que el respectivo instrumento ha sido debidamente redactado. Precisando el numeral 1.017 del cuerpo sustantivo, que la parte signataria puede oponerse al contenido del documento, probando que las declaraciones u obligaciones consignadas en él no son las que ha tenido la intención de hacer o de contratar, no pudiéndose hacer esta prueba por testigos.

A su vez, Fassi manifiesta que en Argentina la firma por medio de las huellas dactilares vale como principio de prueba por escrito, y, como tal, el juez apreciará su eficacia probatoria de acuerdo a las reglas de la sana crítica (94). Lo cual implica tener en cuenta, entre otras cosas, la suscripción correspondiente de los testigos, la ratificación de éstos (95), la posibilidad del signante, etc.

Claro está que el principio que rige esta materia es que la firma es la forma habitual con la que una persona acostumbra manifestar su co-

(94) FASSI, Santiago, *Código Procesal Civil y Comercial*, op. cit., t. II, páginas 7 y 8.

(95) NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *La ratificación*. Universidad Notarial Argentina, La Plata. 1969.

nocimiento y su consentimiento respectivamente. La idea prevaleciente, es, pues, la de que la firma es un signo del consentimiento y señal de aprobación del escrito que autoriza, por hallarse conforme a su texto con la verdad declara, por ejemplo. Se dice, así, que el reconocimiento de la firma equivale a la legitimidad del documento, presumiéndose su contenido o cuerpo como verdadero (96).

Viendo otro aspecto de la cuestión que se estudia, Montón Redondo dice que en la firma hay que distinguir dos facetas: a) la física o el trazo mismo de la firma, signo, etc., y, b) la del contenido, es decir, la declaración de voluntad que va implícita en la firma (97).

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua afirma que la firma es el nombre y apellido o título de una persona que ésta pone con rúbrica al pie de un documento escrito de mano propia o ajena, para darle autenticidad o para obligarse a lo que en él se dice. Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo de España, de 27 de abril y de 21 de noviembre de 1934, expresaron que las cartas particulares pueden tener eficacia probatoria, aun cuando estén firmadas únicamente con el nombre de pila (98). Lo cual es, hasta cierto punto, lógico, ya que es frecuente que en la correspondencia privada se use sólo el nombre de pila como firma. Esto viene a ser una especie de costumbre epistolar-privada. Así, pues, la firma gráfica es aquel signo gráfico habitual que la persona determinada acostumbra estampar en los escritos para manifestar su consentimiento y su conocimiento sobre tales instrumentos o documentos. Este acto del signatario puede tener, circunstancialmente, relevancia jurídica.

En lo que concierne a la firma mediante huella dactilar o digital (99), el artículo 191 del Reglamento Notarial de España, expresa siempre que el notario no conozca a cualquiera de los otorgantes y cuando, aún conociéndolos, éstos no sepan o no puedan firmar, podrá exigir que pongan en el documento los dos pulgares antes de la firma de los tes-

(96) LAVANDERA Y BLANCO, Víctor, *Instrumento público*. «Revista de Derecho Privado», núm. 14, año II, 1914, Madrid, págs. 435 y 436.

(97) Apud MONTÓN REDONDO, págs. 70 a 73.

(98) Citadas por MONTÓN REDONDO en su tesis doctrinal citada, en la página 68. Las tomó este autor del Repertorio de Jurisprudencia, editado por Aranzadi, Pamplona, 1934.

(99) DÍAZ DE GUIJARRO, Antonio, *La impresión digital en los actos jurídicos no firmados*. «Revista de identificación y ciencias penales», La Plata, Buenos Aires, 1936, vol. XIII, pág. 115). GAMBON ALIX, *Reflexiones sobre la firma*, «Pretor», Revista técnica de justicia municipal, 1966, núm. 31, pág. 36. IBARGUREN, C., *Validez de la impresión digital como firma*. Boletín del Colegio de Abogados de Bancos de la Capital Federal, Buenos Aires, julio de 1967. MORDEGLIA, *La impresión digital en los documentos privados*. Anales de la Facultad de Derecho de La Plata, Buenos Aires, vol. II, pág. 367. MORENO MURCIANO, Andrés, *Pruebas no previstas por la ley. Autenticación procesal de documentos subdactilados*, «Revista de Derecho Procesal», 1950, núm. 4, Madrid, págs. 663 a 671; ORGAZ, *La impresión digital en los documentos privados*, «Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires», vol. XIV, pág. 97). PARTO, *La dactiloscopia y la firma de los analfabetos y ciegos*. «Revista de identificación y ciencias penales», La Plata, 1936, vol. XIII, pág. 128. Esta bibliografía la cita MONTÓN REDONDO, en su tesis de marras, como nota 71, en las páginas 70 y 71 respectivamente.

tigos, haciendo constar el notario, en el mismo documento, las circunstancias del caso, teniendo en cuenta que en el artículo 23 de la Ley Notarial Española, no cita como medio de identificación esta forma de firma, ya que, al tenor del mismo, los medios supletorios de identidad con respecto a los terceros, vienen a ser las partes, el documento nacional de identidad (DNI), y, el cotejo de la firma con la indubitable de un instrumento público anterior, en que se hubiere dado, por notario, fe de acuerdo con lo que expresa el artículo 192 del mencionado Reglamento español; es decir, sólo en los casos en que la naturaleza de la notificación o requerimiento exijan la identificación del notificado o requerido, en los supuestos en que sea necesario verificar estos actos.

En la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944, afirma que el contrato será extendido por triplicado y autorizado con su firma por el concesionario o contratista y por el trabajador a que se refiera, y si éste no supiere firmar, con su huella dactilar.

También el Tribunal Supremo de España, ha afirmado, por medio de la sentencia de 6 de julio de 1923, que se permite la huella dactilar como firma, considerando tal huella como una demostración de total conformidad con el contenido del documento (100). Espresando, por su parte, el Auto de la Audiencia Territorial de Albacete de 20 de mayo de 1962, que la aceptación de una letra de cambio puede hacerse mediante la huella dactilar, ya que ninguna norma legal se opone a que la expresión real del aceptante se manifieste y autentique de este modo (101).

Monton Redondo, asimismo, nos comenta que la suscripción de un documento privado, por medio de la huella digital, garantiza la identidad de la persona que la ha estampado, pero no que ella conozca el contenido o lo reconozca, ya que, generalmente, quien firma digitalmente suele ser un analfabeto absoluto que no sabe leer ni escribir del todo, o que es ciego y el documento no se le proporciona en escritura Braille, en el supuesto de que supiese leerla. Por ello, para que el documento subdactilado, una vez reconocido o adverado, adquiera valor probatorio, será menester que se tenga plena constancia de que la parte que reconoce como suya la firma por huella dactilar, conozca también el contenido del documento correspondiente (102).

Agrega Monton Redondo que con relación a los documentos firmados mediante huella dactilar, no puede juzgar el artículo 1.226 del cuerpo civil sustantivo español, en cuanto a lo que establece sobre el reconocimiento y mucho menos lo de la «ficta confesio», por cuanto se debe dudar de que quien firma por esa huella, conozca, efectivamente, el contenido del respectivo documento. De este modo, sólo el reconocimiento voluntario puede aceptarse, englobando tanto la firma por esa huella, como sobre el contenido del escrito pertinente. En esta circunstancia, el

(100) Jurisprudencia Civil. Vol. 160, 1926, pág. 134. Recogida por MONTON REDONDO, op. cit., pág. 71, nota 72.

(101) MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Técnica probatoria*, op. cit., pág. 365.

(102) Apud MONTON REDONDO, pág. 72.

juez apreciará con libertad esta situación procesal. Claro está que en el caso de que la parte no quiera reconocer el documento así firmado, la contraparte puede hacer uso de otros medios probatorios legales y morales para demostrar la autenticidad de este documento subdactilado (103).

Es importante la observación de Moreno Murciano cuando nos hace ver que el derecho procesal español es anacrónico y lagunoso, lo cual se comprueba cuando se trata este tema de los documentos subdactilados. Ya que lo que dispone el artículo 191 del Reglamento notarial citado no encuentra paralela protección en el derecho procesal, con perjuicio evidente para los analfabetos y para quienes tengan que contratar con ellos, aunque no sean tales, máxime cuando se piensa en que la infabilidad de la dactiloscopia apenas si puede ser aprovechada para los efectos civiles. A propósito de la aplicación de la dactiloscopia, a estos efectos, este autor propone que el mecanismo de identificación de las huellas digitales puede ser el siguiente: 1.º, impugnación de las mismas en los documentos subdactilados; 2.º, comprobación de la huella dactilar de un documento, por medio de otra huella dactilar auténtica, y 3.º, el respectivo informe dactiloscópico (104).

En lo que concierne a la legislación costarricense, se tiene que la firma por medio de la huella dactilar o por otro modo que no sea el usual y acostumbrado del signo gráfico, vale —procesalmente— como un principio de prueba por escrito, quedando al criterio del juzgador el valor probatorio (de conformidad con el contexto de los elementos que formen el correspondiente juicio) tal manera de firmar el cuestionado documento subdactilado. Ahora bien, en esta legislación no existe una norma que se refiera a esta circunstancia. Podría pensarse en que, mediando testigos, la firma por huella dactilar podría valer como firma en sentido propio y procesal, acudiendo, por analogía, a lo que dice el artículo 751 del Código civil costarricense, cuando expresa que los documentos firmados por una persona a ruego de otra (aquí se leería, analógicamente, los documentos firmados por huella dactilar) y por dos testigos más, hacen plena prueba si los tres firmantes reconocen su firma y testifican el hecho de haber presenciado el otorgamiento (esto se podría leer así: harán plena prueba, si los testigos firmantes reconocen su firma y testifican haber presenciado el otorgamiento).

Se puede decir que en Costa Rica cualquier forma de firmar que no sea la tradicional y acostumbrada del signo gráfico, juega procesalmente como un principio de prueba por escrito. Es decir, firmas hechas dactilarmente, por medio de una cruz o de una «x», etc., valen en el proceso como dichos principios de prueba por escrito. Es esta la solución jurisprudencial ante la ausencia de normas que regulen estas circunstancias. Por supuesto, que la contraparte puede recurrir a los medios legales probatorios y morales para demostrar la autenticidad del documento litigioso.

(103) *Idem*, pág. 73.

(104) MORENO MURCIANO, Andrés, *op. cit.*, 671 y 673.

No hay duda de que este tema de la firma implica, como se sabe, varios aspectos: i) la firma como medio de expresión de la voluntad, en cuanto al conocimiento y consentimiento del contenido del documento, y, ii) el modo de probar que una determinada firma corresponde a un sujeto en particular. Estos puntos tienen una preponderancia procesal, cuyos efectos jurídicos se analizan de acuerdo a la ponderación de los demás elementos integrantes del pleito dado.

Existe en la vida jurídica otra forma de firmar. Esta es la de los sellos, circunscrito generalmente al giro o tráfico mercantil. La Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de mayo de 1935, ha dicho que ni el artículo 247 del Código de Comercio, en su párrafo primero (si el comisionista contrata en nombre del comitente, debe manifestarlo; y, si el contrato fuere por escrito, debe expresarlo en el mismo o en la antefirma, declarando el nombre, apellidos y domicilio de dicho comitente), ni de ningún texto legal se infiere que baste el hecho material de estar estampado en un documento el sello de una persona o entidad para acreditar que el contrato se celebre a nombre de ella (105). Este es el criterio jurisprudencial por lo que atañe a la relación de firma mediante sello sobre documentos mercantiles, cuyo contenido es contractual. Otra perspectiva es la que se observa en los documentos mercantiles con un contenido no contractual. De acuerdo con la costumbre mercantil, se sabe que el tráfico comercial implica rapidez y mucha flexibilidad. Parte de este fenómeno es el uso de albaranes, facturas, recibos, vales, etcétera. Así, tenemos que la jurisprudencia española de menor envergadura, como son las Sentencias de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 9 de junio y 14 de octubre de 1964, han afirmado que la recepción del género, en el caso bajo examen, queda especialmente probada por los albaranes que llevan el sello comercial del demandado, lo cual permite aceptar, salvo prueba en contrario, que fueron recibidos por él. Y que, respectivamente, la firma estampada, mediante sello, en nombre del demandado comprador, quien aceptó en tal nombre una letra de cambio, obliga a quien en su nombre estampó esa firma, pues su representante legal fue quien llevó a cabo la indicada acción de estampar ese sello, disponiendo de igual sello para la antefirma, en el «acepto», que el que acredita la entrega de la mercancía en el albarán, siendo, por otra parte, conocida la actuación como encargado y colaborador del negocio del ejecutado (106).

Así, pues, tanto el sello, la huella dactilar, como otro signo, expresan una voluntad del sujeto y constituyen una representación material de esa voluntad (107).

En resumen, se puede decir que en los documentos obligacionales la firma es esencial como medio de prueba, mientras que en los documentos no obligacionales o «instrumenta domestica», escritos espontánea-

(105) *Jurisprudencia Civil*, vol. 219, pág. 151, 1935.

(106) *Revista Jurídica de Cataluña*. 1965. Pág. 806. MUÑOZ SABATE. Idem, página 367.

(107) Apud MONTÓN REDONDO. Págs. 72 a 75.

mente, en forma privada, y para el sujeto mismo, es el cuerpo global de la escritura, con el contenido y la firma gráfica, lo que «hace prueba, contra quien lo ha escrito, en todo aquello que conste con claridad» (108), de acuerdo con el artículo 1.228 del Código civil español. Es decir, es en los documentos, con un contenido obligacional jurídico, en los cuales se presenta el problema de la firma por huella dactilar, por signos gráficos, como la cruz, la «x», mediante el sello comercial. Son, pues, estos documentos o escritos «chirographum» o «syngrapha», en los cuales se presenta esta problemática.

Ahora, preguntémonos si expresiones como «visto bueno», «bueno», «recibido», «aprobado», etc., pueden jugar como firmas en las relaciones mercantiles. Entre otros, Ricci sostiene que es posible dar una respuesta afirmativa a esa pregunta en documentos en que se expresen sumas de dinero. En el caso de que exista disparidad entre el cuerpo de escritura y el «bueno», por ejemplo, o la expresión equivalente, tiene prioridad la respectiva suma menor de dinero, no importando dónde se encuentre tal indicación monetaria, si en el «bueno» o en dicho cuerpo de escritura (109).

C) DOCUMENTO PRIVADO EXPEDIDO EN TERRITORIO EXTRANJERO.

Se puede decir que este punto se puede estudiar desde dos ángulos: 1.º, el del contenido del documento, y, 2.º, el del lado formal. O sea, contenido y continente documental.

De acuerdo al primero, el contenido documental puede ser todo aquél que sea eco de la autonomía de la voluntad del particular, con los límites que establezca la ley, la moral y las buenas costumbres, como se suele decir, al respecto. En lo referente al aspecto formal, se debe poner atención a las formalidades legales del país donde se expide el documento privado y las del país donde se desea que produzca sus efectos jurídicos. Es decir, aquí se da la regulación de la ley nacional y de la extranjera en lo conducente. Por ejemplo, el artículo 7.º del Código civil costarricense expresa que para la interpretación de un contrato y para fijar los efectos mediatos o inmediatos que de él resulten, se atenderá a las leyes del lugar donde se hubiere celebrado el contrato; pero si los contratantes tuvieren una misma nacionalidad se atenderá a las leyes de su país. En los testamentos se atenderá a las leyes del país donde tuviere su domicilio el testador. En cuanto a matrimonios se atenderá a las leyes del lugar donde se hubiere convenido establecerse los cónyuges y, a falta de convenio, a las del país donde tenga su domicilio el marido. A su vez, el artículo 8.º, afirma que las partes deben sujetarse

(108) La expresión: «todo aquello que conste con claridad», puede analizarse desde estos puntos de vista: i) el de la autoría del documento; ii) el destinatario o beneficiario del escrito, y iii) el propósito con el respectivo documento se escribió. La ponderación de estos aspectos de la cuestión queda a cargo del juez, por supuesto, al momento de redactar la sentencia respectiva.

(109) Ricci, Francesco, *Tratado de las pruebas*. La España moderna. Madrid. T. I. Pág. 267, sin fecha de edición.

a las formalidades del acto o contrato establecidas en las leyes costarricenses o a las del país donde se celebre o se ejecute, en el supuesto de que tengan efectos en Costa Rica. Y, para los casos en que la legislación costarricense exija escritura pública, la misma será insoslayable e imprescindible. Amén de lo que el artículo dispone, cuando expresa que quien funde su derecho en leyes extranjeras debe probar su existencia.

A estas disposiciones de la legislación civil nacional se le debe adicionar lo establecido en el Código de Bustamante, firmado en La Habana en la primera mitad del siglo xx.

D) PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

Así como en materia de documentos públicos generalmente lo que se presenta al juicio son las copias o las fotocopias de los escritos originales, lo cual tiene pertinencia y valor procesal, según lo vimos ya, en cuanto a los documentos privados, lo exigible vienen a ser escritos originales.

Las normas que regulan este aspecto de la cuestión tratada, de mayor relevancia, son: 1.^a, si un documento privado no fuere reconocido por aquel a quien se atribuye, podrá la parte que lo adujere pedir que se proceda al contejo de letras (art. 278 del Código procedural civil nacional); 2.^a, este cotejo se hará de acuerdo con las normas, ya citadas, relativas a los peritos (art. 279 de ese Código); 3.^a, la persona que pida el cotejo de letras, señalará el documento indubitado con qué deba hacerse; en el caso de que se trate de un documento privado, el juez apreciará el valor que merezca este documento en combinación con las demás pruebas (art. 280 del mismo cuerpo legal); 4.^a, teniéndose como documento indubitado, a estos efectos, los documentos privados cuya letra o firma hayan sido reconocidas en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa; 5.^a, también puede el juez, a instancia de parte contraria, requerir a la respectiva parte para que haga un cuerpo de escritura, que en el acto le dictará el juez. Si la parte requerida a ello se niega, se le podrá estimar como confesa («*ficta confesio*») en el reconocimiento del documento privado discutido, de acuerdo con el artículo 282 del citado Código; 6.^a, el juez hará por sí mismo la comprobación después de oír a los peritos revisores; apreciará en la sentencia el resultado de esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica, sin tener que sujetarse al dictamen de los peritos, como es lógico cuando éstos median, conforme el artículo 283 del citado cuerpo legal; 7.^a, en el caso de que se presenten al juicio documentos privados que formen parte de un libro, expediente o legajo, se pondrá testimonio de lo que señalará la parte que los presente y se le devolverán enseguida, según dispone el artículo 272, párrafo tercero, del mismo Código; 8.^a, no se obligará a los que no litiguen a la exhibición de documentos privados de su propiedad exclusiva; aplicándose la misma disposición en el caso de un tercero que no quiere desprenderse de estos documentos, salvo que no afecten el interés público, de acuerdo a la letra y al espíritu del

artículo 273 del Código indicado. Y, en el supuesto de que se esté de acuerdo en exhibirlos (exhibición voluntaria), tampoco se les obligará a que los presenten en el juzgado, sino que deberán testimoniarlo, por el secretario judicial, en sus casas o oficinas; termina diciendo este numeral; 9.^a, los documentos privados y la correspondencia privada serán reconocidos ante el juez por la parte que los haya suscrito o sus causahabientes cuando así se pida, no siendo necesario este reconocimiento cuando la parte a quien perjudiquen lo hubiere aceptado expresamente dentro del juicio o en el caso del artículo 200 (se entenderá que la parte que deje pasar el traslado sin evacuarlo reconoce la eficacia en juicio del documento, teniéndose como reconocida su autenticidad, por dicha parte, si fuere privado), al tenor del artículo 274 del Código procesal de marras. Añadiendo, el artículo siguiente inmediato, que el reconocimiento judicial de los documentos privados se hará en la misma forma que la confesión judicial.

V

**PRUEBA POR DOCUMENTO SEMIPUBLICO: LIBROS
DE LOS COMERCIANTES****A) PRELIMINARES.**

Ya habíamos hecho referencia a estos documentos semipúblicos y las razones por las que se había estimado que su localización documental jurídica era ésta.

En este apartado solamente haremos relación a los aspectos más relevantes de este medio probatorio documental, dejando de lado cuestiones que estimamos de menor rango o no conducentes para los efectos de este breve estudio, elaborado para esta publicación.

B) DEFINICIÓN.

Los libros de los comerciantes pueden ser conceptuados como aquellos documentos que deben llevar los comerciantes en su vida o tráfico mercantil, de acuerdo a las previsiones legales establecidas, que sujetan estos documentos a una serie de fiscalizaciones gubernamentales, dada la incidencia de los mismos en la esfera privada de los demás ciudadanos y en la estatal. Siendo el interés público el que hace meritorio este control estatal sobre estos documentos. Estos documentos registran las transacciones u operaciones mercantiles. Lo que podría denominarse la vida mercantil de los que se dedican al comercio.

C) FUERZA PROBATORIA.

Prieto-Castro nos dice que dada la especialidad de estos documentos, su fuerza probatoria debe limitarse a las relaciones entre comerciantes

y a las operaciones mercantiles. La fe, es decir, el objeto de la prueba, se limita al hecho material del asiento, anotación, etc., y no alcanza, por consiguiente, a la relación jurídica causa de la vicisitud patrimonial que representa ni a las circunstancias que estén fuera de dicho asiento o anotación. Se trata, pues, de una limitación similar a la fe del notario en el documento que autoriza. Por lo que atañe a las reglas de graduación de la prueba de estos documentos, las mismas son, entre otras: a) prueban contra el que los lleva, pero, como en la confesión, la prueba no es divisible en su perjuicio; b) prueban igualmente en favor del comerciante cuando el adversario comerciante no lleva los libros con arreglo al Código de comercio, o los lleva imperfectamente, siendo aceptada la prueba en contrario; c) ocurriendo lo mismo en el supuesto de que no se presenten los libros o se manifieste que no se llevaron frente al comerciante que los lleva con arreglo a derecho salvo demostración de que la falta de los libros obedecía a fuerza mayor, y también, con posibilidad de probar lo contrario; c) ocurriendo lo mismo en el supuesto de que no se presenten los libros o se manifieste que no se llevaron frente al comerciante que los lleva con arreglo a derecho, salvo demostración de que la falta de los libros obedecía a fuerza mayor, y también, con posibilidad de probar lo contrario, de lo que resulta de los asientos exhibidos; d) los libros de los comerciantes llevados con arreglo a derecho que se presenten con contradicciones exigen una apreciación judicial completada con las demás pruebas que puedan existir (110).

El artículo 267 del Código de comercio costarricense expresa que los libros de los comerciantes prueban contra su dueño, pero el adversario no podrá aceptar unos asientos y desechar otros, sino que debe tomar el resultado que arrojen en su conjunto (principio de la indivisibilidad de los asientos). Ahora bien, si entre los libros llevados por las partes no hubiere conformidad, y si los de una de ellas estuvieren a derecho y los de la otra parte no, los asientos de los libros en regla harán fe contra los de los defectuosos a no demostrarse lo contrario por otras pruebas admisibles en derecho. En el supuesto de que una de las partes no presentare sus libros o manifestare no tenerlos, harán fe contra ella los de su adversario, siempre que estén llevados en debida forma, a no demostrar que la carencia de dichos libros procede de fuerza mayor o caso fortuito, y salvo prueba eficaz contra los asientos exhibidos. En el caso de que los libros de ambas partes estuvieren igualmente arreglados a derecho y fueren contradictorios, el tribunal resolverá conforme a las demás probanzas.

Así, pues, en principio tienen fuerza legal probatoria aquellos libros de los comerciantes llevados conforme a derecho. El efecto que tienen los libros legalmente llevados, es dar fe comercial (111) y, en ella ra-

(110) PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*. Tecnos, «MUE». Vol. 1.^o. II. Op. cit. Págs. 166 y 167.

(111) *Jurisprudencia Civil*. Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1960. T. XCIII. INBOE., núm. 663. Págs. 527 a 532. Madrid.

dica su fuerza probatoria (112). Puntualizándose que la fuerza probatoria de los mismos no puede aplicarse al supuesto del ejercicio de una acción civil que no tiene carácter mercantil (113).

Nos afirma Núñez Lagos que la autenticidad formal de estos libros reside en la actuación del juez municipal del distrito respectivo, de acuerdo al artículo 36 del Código de comercio de España (tanto por lo que se refiere a la nota firmada por este juez, como por el hecho de estampar el sello de su juzgado en los correspondientes folios). En lo que concierne a la fuerza probante material o sustantiva, en contraste con la anterior o formal, se da su situación especial de tener el mismo valor confesorio del documento público y del privado legalmente reconocido. Para este notario, estos libros son documentos privados legalmente reconocidos, cuyo reconocimiento se verifica «a priori» ante el respectivo juez municipal (114).

También se ha dicho que estos libros son documentos sin firma, en sentido estricto, lo cual no es un problema para probar su autenticidad, en la medida en que están legalizados en oficinas estatales o en despachos públicos, de tal suerte que es —relativamente— fácil saber a quién pertenecen y los demás datos relativos a ellos. Ahora bien, ya se sabe que por la índole de estos libros (el diario, el mayor, etc.), la costumbre mercantil y contable es no firmarlos, sino que su fuerza y su valor probatorio se garantiza a través de las formalidades que ellos deben llenar para recoger en sus folios la actividad contable de la sociedad o empresa (115) (116).

D) PROCEDIMIENTO PROBATORIO.

En este aspecto probatorio, lo relevante, entre otras cosas, es la exhibición de estos libros y el reconocimiento de los mismos, de acuerdo a derecho (117).

En cuanto al deber de exhibición mencionado, la misma se funda en los principios generales de la exhibición documental, fundamentalmente el de la bilateralidad del juicio, y es un efecto probatorio que la ley otorga a estos libros. Pesa el deber de exhibición sobre el comerciante en cuanto ello no signifique una pesquisa o comunicación,

(112) *Jurisprudencia Civil*. Sentencia del Tribunal Supremo del 17 de enero de 1958. T. LXIV. Págs. 146 a 161; y Sentencia de 23 de enero de 1958. Madrid.

(113) *Jurisprudencia Civil*. Sentencia del citado Tribunal Supremo del 18 de octubre de 1967. Tomo de septiembre-octubre de 1967. Págs. 622 a 641.

(114) NÚÑEZ LAGOS, *Documento auténtico en la Casación civil*, «Revista de Derecho Notarial» —RDN—, núms. 33 y 34. 1961. Págs. 96 a 100. Madrid.

(115) DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*, Ed. Víctor de Zavalia. Buenos Aires. T. II. 1970. Págs. 570 a 571.

(116) El art. 268 del Código de comercio nacional establece, en cuanto a la correspondencia comercial, que ella es documentación privada sobre la que pesa el deber de ser archivada debidamente.

(117) PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal...* Tecnos. II. Vol. 1º. Páginas 166-167.

entrega o reconocimiento general, que están fuera de la prueba. No dándose estas hipótesis prohibitivas, en el caso en el cual la exhibición se pide para un asunto concreto o en el que el comerciante a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad. En cuanto al reconocimiento de los mismos, ha de limitarse a los puntos que tengan relación con la cuestión debatida, por lo que al proponer la prueba se debe señalar su alcance en términos concretos, datos específicos y precisos, evitando que se pueda ver en ella una pesquisa general impedida legalmente (118).

El Código de comercio costarricense establece en su artículo 265 que ninguna autoridad podrá inquirir si los libros de contabilidad se llevan arregladamente, ni hacer investigación o examen general de la contabilidad. Tampoco podrá decretarse la comunicación, entrega o reconocimiento general de libros, correspondencia y demás papeles y documentos, excepto en caso de quiebra o de liquidación. Fuera de estos casos, sólo podrá ordenarse la exhibición de libros y documentos de los comerciantes por autoridad judicial competente, a instancia de parte legítima o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan tenga interés o responsabilidad en el asunto o cuestión que se ventile. El reconocimiento se hará en el establecimiento del dueño de los libros, en su presencia o en la de un comisionado suyo, y se limitará a tomar copia de los asientos o papeles que tengan relación con el asunto litigioso. Cuando se hayan llevado libros o registros especiales o auxiliares, puede ser ordenada su exhibición en los mismos términos y en los mismos casos que los libros mercantiles principales. De estas reglas están exceptuadas las revisiones que dentro de las limitaciones legales pueda hacer la Dirección General de la Tributación Directa para los correspondientes efectos fiscales o tributarios, precisa el artículo 266 del indicado cuerpo legal mercantil nacional.

Con relación a estos efectos fiscales, el nuevo Código Tributario costarricense expresa, en su artículo 110, inciso c), que la Administración tributaria puede requerir la exhibición y efectuar la respectiva revisión de toda clase de libros, registros, comprobantes, correspondencia, instrumentos públicos, planos, documentos y cualquier otro elemento que se relacione directamente con la situación impositiva de los contribuyentes. Y el artículo 123 de este cuerpo legal establece que los contribuyentes y responsables están obligados a facilitar las tareas de determinación, fiscalización e investigación que realice la Administración Tributaria, especialmente conservar en forma ordenada, hasta un año después de operada la prescripción gravable que prescribe el artículo 51 de este mismo código —tres años—, sin perjuicio de lo que dispongan otras leyes, los libros de comercio, los libros y registros especiales y los documentos y antecedentes de las operaciones o situaciones que constituyan hechos gravados.

(118) *Idem.*

VI

A MODO DE CONCLUSION: CONSIDERACIONES GENERALES

Primera

En la legislación costarricense se entiende por documento lo que los códigos de influencia del «Code Civil» de la era napoleónica llaman «instrumentos», es decir, grafía incorporada al papel. Es la tesis clásica y tradicional de concebir al documento como «escrito».

Segunda

De acuerdo con ello, los medios de prueba procesal civil hacen referencia al documento como «escrito», dejando, por ejemplo, los medios mecánicos de prueba como principios de prueba, sujetos a la apreciación del juzgador.

Tercera

Es necesario hacer una reforma a la legislación civil costarricense, con el fin de que esa concepción restringida o «literal» del documento sea ampliada a los indicados medios mecánicos de un modo procesalmente conforme al desarrollo de la técnica moderna.

Cuarta

Si, desde nuestro punto de vista, por documento debe entenderse la cosa mueble representativa de algo jurídicamente relevante, y englobamos en ella tales medios mecánicos probatorios, ello implica que la fuerza probatoria y su respectivo valor en el proceso debe sujetarse a las regulaciones procesalmente más eficaces para resolver los problemas jurídicos.

Quinta

La mentalidad de los jueces costarricenses, por regla general, es formalista y tradicional. Ello representa un serio obstáculo para el desarrollo de tesis que tiendan a darle una mayor flexibilidad al proceso civil y a cambiar la jurisprudencia que durante décadas se ha venido acumulando en los despachos judiciales. Esta mentalidad es la de un burócrata. Negar que el juez es un burócrata público y que está constreñido por todo lo que la sociología de la organización y la psicología organizacional ha demostrado con estudios de campo, reiterados, es una actitud que se queda en la definición procesal del juez como funcionario encargado de administrar el derecho. Es esta una definición funcional o teleológica. La pregunta relevante es: ¿cómo el juez administra el derecho? ¿Qué condicionantes burocráticos tiene? Lo que importa no es lo que hace el burócrata-juez, sino cómo lo hace, y desde qué condicionan-

tes. Esto lo decimos a propósito de la trascendental tarea del juez en el proceso. No podríamos dejar de hacer notar la naturaleza burocrática del «rol» del que administra el derecho. Ello es imprescindible para una cabal comprensión del fenómeno del proceso civil en general, y de la prueba documental en particular, máxime cuando se piensa en las llamadas «reglas de la sana crítica» y en la libre apreciación del juzgador.

Sexta

La clasificación que resaltamos como interesante y relevante a los efectos procesales es la muy conocida de documentos públicos, semi-públicos y privados.

VIDA JURIDICA

NOTAS CRITICAS

Los créditos hipotecarios*

Aborda el autor en este denso y elaborado trabajo un *tratamiento unitario* de amplias perspectivas del delicado y fundamental tema de los créditos hipotecarios. Señala en el inicio de su obra que esta materia se halla tratada de una manera un tanto dispersa y fraccionaria en distintos capítulos del Derecho de obligaciones y del Derecho de cosas y acusa la falta de una construcción dogmática que permita explicar las peculiaridades características del crédito hipotecario.

Divide su obra en siete apartados, perfectamente coherentes y estructurados, que van llevando ágilmente al lector al análisis metódico y progresivo de la vida del crédito hipotecario, desde la determinación de su íntima y autónoma naturaleza, pasando por los diversos momentos de su dinámica hasta su extinción.

Planteado el tema en el apartado I, con una introducción, pasa en el II apartado, de presupuestos críticos, a hacer una revisión doctrinal centrada en la crítica de la accesoriedad de la hipoteca respecto al crédito, que reconoce ha alcanzado gran difusión.

En el apartado III, relativo a la naturaleza de los créditos hipotecarios, destaca con especial énfasis la *autonomía* del crédito hipotecario, por recaer *directamente* sobre los bienes y por la situación de independencia de que goza el acreedor hipotecario para hacer efectivo su derecho frente al que, contra la misma persona, pueden tener otros acreedores. Examina y pone de relieve muy especialmente esta autonomía en las situaciones de concurso o quiebra, durante la fase de ejecución de la hipoteca y en un momento anterior a dicha ejecución, situaciones anormales y conflictivas que hacen se aprecie el verdadero relieve y peculiaridad del crédito hipotecario. Igualmente examina con una notable originalidad el significado de la inclusión de los créditos hipotecarios en las reglas de prelación del concurso, que a la luz del Derecho histórico y del análisis del alcance de esta inclusión, esclarece una vez más la especial naturaleza de los acreedores hipotecarios, distintos de los demás, no por una posición de privilegio, sino porque, además de acreedores, son titulares de un Derecho real.

Dentro de este mismo apartado III examina el contenido real de los créditos hipotecarios, analizando la idea tan extendida de que las garantías reales y más en particular la hipoteca son derechos de realización de valor, lo cual ha contribuido notablemente a que la atención de la doctrina se haya centrado en la fase de ejecución.

(*) Enrique Lalaguna Domínguez. (Separata de Revista de Derecho Notarial, números LXXXV-LXXXVI, julio-diciembre 1974.)

La inmediatividad del poder sobre la cosa (en la que pone de especial relieve el papel de la inscripción), la incidencia del crédito hipotecario en el patrimonio del dueño de la cosa hipotecada (reduciendo a sus verdaderas dimensiones el contenido material del objeto del dominio) y la vinculación de la cosa hipotecada al patrimonio del acreedor, en tanto la obligación garantizada no se cumpla (no de expectativa jurídica de realización de valor, sino de Derecho subjetivo del acreedor hipotecario sobre la cosa hipotecada, lo califica el autor), son *notas fundamentales* que acaban de completar su análisis y robustecer sus tesis. Sin perjuicio de que volveré sobre ello en mis breves consideraciones críticas, he dedicado especial atención a la exposición de este apartado III por considerarlo el núcleo fundamental del trabajo y el que le da una armónica y sustancial unidad constructiva.

En el apartado IV examina la tutela del crédito hipotecario, poniendo de relieve que las medidas de protección de los créditos comunes, tales como las previstas para casos de insolvencia, desaparición o disminución de garantías, acciones subrogatoria, revocatoria y rescisoria, legitimación para promover juicios de testamentaria o abintestato, no son adecuadas (por innecesarias) para proteger a los acreedores hipotecarios, pues tales medidas ordinarias de defensa son ordenadas a la conservación del *patrimonio del deudor*, mientras que las medidas de protección de los créditos hipotecarios se ordenan a la conservación de la *cosa hipotecada*, y así examina como tales la ampliación de hipoteca, la subrogación real y la acción de deterioro.

En el apartado V contempla la realización del crédito hipotecario, poniendo especial atención al problema de la dualidad de acciones (personal y real) en la doctrina y en el derecho histórico, en el que hace un importante esclarecimiento sobre la materia inclinándose a que "del crédito hipotecario, como figura jurídica de una sola pieza, nace únicamente una acción, la real o hipotecaria". A continuación hace un examen de los procedimientos posibles de ejecución, fijándose especialmente en el judicial sumario y el ejecutivo ordinario y señalando que en materia de realización de créditos hipotecarios existe una grave confusión crítica, derivada de la construcción dogmática del crédito hipotecario como una yuxtaposición de elementos (crédito, hipoteca) y de la variedad de procedimientos admitidos, observando que la defectuosa regulación de estos procedimientos proporciona condiciones favorables a la tesis de que, según el procedimiento elegido, la acción se proyecta sobre diferentes campos patrimoniales, concluyendo en la libertad para elegir el procedimiento, pero no la clase de acción, que será la *real o hipotecaria*.

Bajo el apartado VI examina los actos de disposición de los créditos hipotecarios: cesión de créditos hipotecarios y constitución de subhipoteca, fijándose especialmente en ésta por implicar reconocer en nuestra legislación el significado real que tiene el crédito hipotecario.

Finalmente, en el apartado VII considera la extinción de los créditos hipotecarios, analizando el alcance y significación de la cancelación como acto jurídico formal. Analiza los varios supuestos de extinción del crédito por virtud del pago hecho al acreedor en situaciones en las que el deudor es titular de la finca hipotecada y en las que el deudor y titular de la finca hipotecada son personas diferentes.

Analiza también las causas comúnmente admitidas de extinción de la hipo-

teca (renuncia, acuerdo entre acreedor y tercer poseedor, por acto unilateral, por pérdida de la cosa, etc.).

En el examen de la cancelación de la hipoteca examina la posición de la D. G. de los R. y N., que rechaza el criterio de una posible cancelación automática. Pero no considera el autor que el hecho de que sea necesario el consentimiento del acreedor para la cancelación tenga su fundamento en la tesis de que el crédito hipotecario sea la yuxtaposición de un crédito personal y un derecho real, sino que es una exigencia formal, que guarda relación con la exigencia formal de la necesidad de la inscripción para constituir el Derecho real de hipoteca.

Finalmente, examina la prescripción de la acción hipotecaria, haciendo un examen histórico del problema y dando cuenta de la discusión del tema en la doctrina, para concluir que los créditos hipotecarios son *créditos reales*, y para ellos se establece el plazo de prescripción de veinte años, frente a los créditos comunes, que son créditos personales.

El trabajo que acabo de resumir del profesor Lalaguna se puede calificar de verdaderamente importante. Creo que los resultados que ha obtenido del análisis de esta problemática pueden haber sido logrados gracias a una posición crítica previa, ausente de prejuicios, a una profunda reflexión sobre los variados textos legales civiles, mercantiles, procesales e hipotecarios que ha examinado, reguladores de la materia y a una esclarecedora penetración, estilo que es muy peculiar del autor, en los antecedentes históricos, que quizá estaban olvidados o deformados por una perspectiva y un enfoque tradicionales. Reflexionando sobre la doctrina más común en la materia, quizá se pueda llegar a la conclusión que las posiciones actualmente existentes, consideradas casi como clásicas, pueden ser debidas a una falta de una profunda y atenta observación de los textos legales, así como también a una cierta reverencia por unas tesis consideradas como tradicionales.

El trabajo se puede calificar de una gran densidad creadora, en cuanto mantiene posiciones originales en puntos clave de la materia hipotecaria que analiza, aunque tampoco puede decirse que la postura del profesor Lalaguna, en este punto, sea ni mucho menos aislada, como se desprende de la propia biografía citada en su trabajo, ni tampoco que sea anecdotica o circunscrita el problema concreto que examina, sino que se le ve un mayor alcance y proyección, intuidos dentro de una moderna concepción del Derecho de bienes.

Existiendo muchas ideas interesantes, las que más llaman la atención son el análisis y defensa que hace de la autonomía del crédito hipotecario y su contenido real, así como la crítica de la teoría, de la dualidad de acciones (personal y real) derivadas del mismo. Pero quizá el mérito mayor de sus ideas en estos dos puntos fundamentales radique en que no ha llegado a ellas a través de abstracciones o construcciones dogmáticas, sino todo lo contrario, superando con sagacidad, dogmatismos muy arraigados, sobre la base de un profundo análisis de los textos legales, que en puntos muy diversos de nuestro ordenamiento regulan la materia, así como haciendo una penetración muy aclaratoria en el Derecho histórico antecedente del vigente.

Pero quizás desde el punto de vista de este breve comentario lo que más interese poner de relieve sea que a la vez la construcción del autor tiene una profunda base en la realidad jurídica vivida. La consideración del bien objeto

del crédito hipotecario como cosa propia del acreedor y la crítica sobre la configuración de la hipoteca como Derecho de realización de valor, tienen una confirmación muy cumplida en la práctica diaria del tráfico en el ámbito de observación del notario. El prestamista (palabra cargada de sentido peyorativo, verdadero "inversionista") es alguien que trata precisamente de *invertir* en una *cosa inmueble*, convencido de que una *porción* de su valor pasa con carácter real a su patrimonio, así como también convencido de la cobertura también real, de la rentabilidad de su inversión, por lo que la *persona* del deudor no suele entrar en sus cálculos y en ocasiones incluso la conoce y se le presenta, a través de un agente de la propiedad inmobiliaria, en el momento en que va a concertarse el crédito hipotecario, habiéndose en cambio preocupado cuidadosamente de conocer la finca, objeto de la garantía que es la *cosa* sobre la que piensa va a tener esa porción de valor, así como conocer también la situación registral de la misma.

Por otra parte, y aunque sería deseable averiguar estadísticamente este punto (para la importancia del volumen del crédito hipotecario total sobre inmuebles en España, véase anuario de la D. G. R. y del N., año 1973, página 685, 110.893 préstamos, con un volumen total de 102.157.353.411 pesetas), en muchos casos la vida del crédito hipotecario se desarrolla dentro de los términos de lo que pudiéramos denominar biología del mismo, y así está en la mente de los contratantes y luego se comprueba en numerosos casos en la práctica, sin llegar a la ejecución, momento patológico, que no es mirado como objetivo principal por las partes en el momento del contrato inicial, ni sobrevenido más que en circunstancias no demasiado frecuentes, de ahí el sentido sumamente acertado de captación de la realidad jurídica cuando el autor dice "que el fin de la hipoteca no es, en su opinión, realizar el crédito, sino garantizar su cumplimiento", si bien la función tan efectiva de *garantía real* de la hipoteca es cierto que aleja la inquietud de las previsiones del acreedor cuando de pensar en ejecución futura se trata.

Complementaría, por mi parte, las consideraciones críticas anteriores, añadiendo que el estudio comentado permite un planteamiento constructivo abierto a nuevos desarrollos. Por ejemplo, me parece muy importante en el momento económico actual, en que tan necesitada se manifista en la práctica de la contratación la inserción de *cláusulas de estabilización* en las escrituras de constitución de préstamos hipotecarios (art. 219 del R. H. vigente, permitidas tras la reforma del mismo de 17 de marzo de 1959, considerada como tímida y muy limitada por autores que se han ocupado de la materia), la tesis de que el crédito recae sobre la cosa. Hay que valorar el crédito en función del valor económico cambiante de la cosa. Si la moneda se devalúa y los *créditos* no son de *cantidades* sino de *valor* (para ello precisamente se insertan las cláusulas de estabilización), la tesis del autor se hubiera podido ilustrar, a pesar de los numerosos apoyos a la misma y ejemplos expuestos en el trabajo comentado, con un referencia que tan actual es a las cláusulas de estabilización en los créditos hipotecarios, tema en el que encuentra, a mi modo de ver, una confirmación altamente expresiva la idea de que el crédito hipotecario es un crédito *cosificado*. La porción de valor de la cosa que está en el patrimonio del acreedor no queda atenazada por el módulo de una *cantidad* invariable traducida en pesetas, sino que alcanza una posible zona

de expansión, corrigiendo así los inconvenientes de un desfase entre la cantidad inicial (en que participa el acreedor) y el incremento sobre el *total valor* de la cosa sobre la que (sin cláusula de estabilización) se beneficia sólo el propietario de la cosa hipotecada. Lo cual confirma, una vez más, el “carácter real” del crédito hipotecario.

Por otra parte, las cláusulas de estabilización en los préstamos hipotecarios (permitidas todavía con más amplitud de lo que admite el actual artículo 219 del R. H., del que, no obstante, hay que aplaudir a la postura y dirección que señala) son de suma *justicia* en la distribución de los efectos negativos de la inflación, como fue ya inteligentemente intuido con carácter general por Vallet y ayudaría a salir de la contracción al crédito hipotecario entre particulares, como puso de relieve, tanto en la escasez como en la brevedad de los plazos de dichos créditos hipotecarios el ilustre hipotecarista De la Rica.

Finalmente, y por otra parte en una coyuntura económica difícil como la actual, la configuración de los créditos hipotecarios y de sus cláusulas de estabilización de forma que atraigan un mayor interés del crédito privado, tan necesario, puede ser de suma conveniencia.

TOBÍAS CALVO CASTILLO,
Notario

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CÁTEDRA “DURÁN I BAS”: *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Cataluña. II. Filiación y adopción*. Barcelona, 1974. Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. Un volumen de 279 págs.

Desde que se creó en 1962 la Cátedra “Durán i Bas” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, sus profesores universitarios vienen desplegando una actividad docente e investigadora de gran encomio. Reflejo de esta labor es este segundo tomo que se inicia con la colaboración de los profesores Rivero Hernández, María del Carmen Gete-Alonso, Salvador Coderch, Puig Ferriol y Blanca Vila.

En este primer volumen se tratan dos instituciones muy destacadas: la filiación y la adopción. Los autores se distribuyen el trabajo del modo siguiente: Rivero Hernández aborda el tema de la filiación en el Derecho civil especial de Cataluña; María del Carmen Gete-Alonso y Salvador Coderch tratan la adopción para concluir Puig Ferriol y Blanca Vila sobre los conflictos interregionales.

El tema de la filiación en la Compilación catalana, en su primera parte, es tratada desde la filosofía o mentalidad que caracteriza y preside la filiación en el Derecho civil especial de Cataluña, además de concretar otras facetas de la filiación legítima, los artículos del Código civil sobre la filiación extramatrimonial aplicables a Cataluña; en la segunda parte se hace el comentario de los artículos 4 y 5 de la Compilación catalana con el examen específico de la acción en reclamación de filiación extramatrimonial y la acción de impugnación de filiación.

En cuanto a la adopción, el estudio se divide en dos partes: el supuesto de hecho del negocio jurídico adopcional y los efectos de este negocio. En la primera parte se analiza la “inutilización” del artículo 6 de la Compilación, después de la Ley de 4 de julio de 1970, la dualidad normativa de la adopción, la realización de dependencia de la Compilación respecto al Código civil, como la Ley de 4 de julio de 1974, no deroga el artículo 6 de la Compilación catalana y los contrastes entre el Código civil y la Compilación en materia de capacidad. Respecto a los efectos del negocio jurídico adopcional se trata la vecindad civil del adoptado y los efectos sucesorios de la adopción en el Derecho civil de Cataluña, tanto en sus precedentes como en la normativa vigente.

La tercera parte de esta obra esta dedicada a los conflictos interregionales que se plantean tanto en la adopción como en la filiación respecto al Derecho civil de Cataluña, concretándose a los aspectos sobre los conflictos

de leyes de la filiación en su aspecto dogmático, a la remisión de los conflictos interregionales en materia de filiación entre la Compilación y la regulación del Código civil, para concluir con la filiación adoptiva.

José BONET CORREA

LETE DEL RÍO, José Manuel: *Protección del Derecho de Propiedad*. Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela, 1975.

Magistral examen de la "Protección dominal" el que hace el Profesor LETE DEL RÍO en la obra que hemos leído.

Y decimos "Magistral" empleando este término en el sentido de "estudio y exposición hecho de mano maestra". Nada tiene que ver para tal calificación la extensión no excesiva y sí más bien corta (80 páginas) de lo que bien pudiera denominarse "opúsculo". Mas la "maestría" no es un concepto cuantitativo y sí cualitativo.

Su calidad, en nuestro modo de ver, es triple: a) Técnica; b) Docente; c) Práctica. Las tres facetas están perfectamente conjugadas. Y no debe olvidarse al leerla ni tampoco al juzgarla, que es obra dedicada fundamentalmente al alumnado. Por ello, debe ser esencialmente clara y práctica. Mas también es y de ahí su mayor mérito, técnica.

Ello no nos extraña por cuanto el autor, como me consta, a más de excelente docente—auténtico maestro, como vengo indicando—, ha ejercido la profesión de Abogado con gran brillantez y éxito. Por ello, además, la obra, como hemos dicho, no es que deba ser, sino que es técnica y práctica.

Mas adentrémonos en la misma. Place, en verdad, contemplar cómo trata el profesor LETE DEL RÍO la tan traída y llevada, a la vez que no siempre bien comprendida, "acción reivindicatoria". Con qué habilidad técnico-jurídica y qué sistemática va dejando delimitado su concepto y su finalidad. Cómo fija y examina los requisitos que necesariamente han de acompañarla y cómo precisa sus diferencias con otras figuras más o menos afines.

Así, y por lo que a este extremo se refiere, llamamos la atención sobre el interesante problema que plantea en orden a si el ejercicio de la acción reivindicatoria exigirá o no el previo deslinde, manteniendo una solución contraria a la de Cabrera, con criterio que compartimos.

Igualmente estamos de acuerdo con el profesor LETE DEL RÍO en lo que se refiere a la posibilidad de convertir un deslinde en reivindicación y con las conclusiones a que llega respecto de este punto (págs. 29-30).

A la naturaleza, caracteres y requisitos de la figura, dedica varias páginas, todas ellas con acertados comentarios y al igual que en los supuestos anteriormente indicados, con precisa y bien manejada Jurisprudencia.

Así acontece, por ejemplo, con la legitimación tanto activa como pasiva (págs. 36-37 y 47 y ss.), haciendo especial mención de ciertos supuestos específicos, como es, por ejemplo, el de la copropiedad (nota 89), venta con pacto de reserva de dominio (nota 91), poseedor, etc., combinando acertada

y adecuadamente el comentario técnico, claro y preciso, con la doctrina jurisprudencial.

Especial atención concede a "La prueba del dominio" que estudia, desde el punto de vista de la doctrina científica, el Derecho positivo español y dentro de él una adecuada referencia a la Ley hipotecaria y la doctrina del Tribunal Supremo (págs. 37 a 46).

El tema de la doble inmatriculación en relación con la reivindicación es estudiado en págs. 52 y ss., manifestando su opinión para los casos de doble inmatriculación, en favor de las reglas generales del Derecho civil, por estimar ello es lo que quiere decir el artículo 313 del Reglamento Hipotecario en su inciso final, posición que compartimos.

Contiene, también, una breve referencia a la Concentración parcelaria, brevedad lógica habida cuenta que como indicábamos en principio el texto va dirigido fundamentalmente al alumno.

Mayor extensión da el autor a lo relativo a la acción reivindicatoria sobre bienes muebles (págs. 59 y ss.).

Por último, y en orden a la prescripción de la acción, se inclina hacia la tesis de Diez Picazo, estimando que la acción reivindicatoria es imprescriptible. El tema no suele ser tratado por la doctrina y de aquí su interés. La jurisprudencia alude a él, al menos argumentalmente entre otras en S. T. S. 12 marzo 1958.

Mas no concluye aquí el interesante trabajo del profesor LETE DEL RÍO, por cuanto a continuación estudia la acción negatoria cuya creación jurisprudencial declara (pág. 67), a la vez que contempla sus requisitos y efectos para concluir afirmando su imprescriptibilidad. Sigue desarrollando el contenido de las acciones de deslinde y amojonamiento, aludiendo a su regulación en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que le conduce a distinguir dos formas de realizarlo: la convencional y la judicial, subdistinguiendo a su vez dentro de la última otras dos manifestaciones, según se realice en acto de jurisdicción voluntaria o en juicio contencioso.

Pasa a continuación a examinar el "Cerramiento de fincas rústicas", que distingue del "deslinde", por cuanto sólo se concede al propietario, bien que reconozca se ha impuesto a éste en ocasiones protección de cultivos agrícolas y explotaciones forestales contra los daños que puedan producir en ellas los conejos, liebres, etc.

Estima que este derecho, no obstante lo dispuesto en el artículo 388, tiene un objeto más extenso por cuanto además de a las fincas rústicas es aplicable a las urbanas; toca el tema de las servidumbres en relación con él, llegando a la conclusión de que pese a la frase "sin perjuicio de las servidumbres" que emplea el Código civil, si se efectuare el cierre sin respetar aquéllas y transcurriese el plazo de prescripción legal, los titulares del derecho de servidumbre se verían perjudicados por ello.

Hace también una específica referencia al Código penal en relación con este cierre, entendiendo pueden jugar los artículos 518, 590 y 591, núm. 2º, de dicho Cuerpo legal.

Por último, cierra este interesante estudio con la "acción *ad exhibendum*", cuyo apoyo legal se encuentra —dice— en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Critica el artículo 499 de este Cuerpo legal por entender da un trato

desigual a actor y requerido, al no decretar medida alguna contra aquél si no interpusiere la demanda, criterio con el que estamos conformes.

Y sólo unas palabras más. Nuestra felicitación al profesor y amigo LETE DEL RÍO por su claro, práctico, doctrinal y docentemente ejemplar estudio sobre la "Protección del Derecho de Propiedad". Somos de la opinión que obras de este tipo deberían prodigarse.

Mariano FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: *Inversiones extranjeras en España*. Madrid, 1975. Editorial Revista de Derecho Privado. Un volumen de XIV+ 463 págs.

El doctor Lucas Fernández, ayer profesor universitario, actualmente Notario de Madrid, tiene bien ganada su fama y especialidad en el sector del Derecho patrimonial español con una producción monográfica extensa y de gran calidad y, concretamente por lo que se refiere a la conocida obra que, en breve tiempo, alcanzó ya su cuarta edición (1).

Ahora, recientemente refundido el texto de la Ley sobre Inversiones Extranjeras en España, de 31 de octubre de 1974 y con su nuevo Reglamento de la misma fecha, ya nos ofrece otra magnífica obra monográfica que abarca el ámbito de las materias reguladas por esta nueva normativa. Con la autoridad de quien ha sido un asiduo asesor y colaborador en la preparación y elaboración de estos textos, su trabajo adquiere un particular relieve, así como sus posiciones interpretativas y la sistematización de su problemática.

La obra contiene dos partes netas y bien definidas: la primera, de estudio y sistematización de las normas legisladas, y la segunda, conteniendo un "apéndice" con el total de las normas legislativas fundamentales y complementarias (hasta enero de 1975) que se refieren al ámbito de las inversiones extranjeras, tan útil para el manejo y examen detallado de los textos.

En cuanto a las materias de estudio, después de los antecedentes legislativos y de derecho transitorio, se comienza por el concepto o "noción de la inversión extranjera", que en el nuevo texto contiene las precisiones de que carecía en la normativa anterior. A continuación se pasan a examinar "las clases de inversiones extranjeras" para tratar las "inversiones en sociedades". Las inversiones en sociedades, el autor las clasifica por el señalamiento de porcentajes de participación extranjera en las sociedades españolas, las sociedades en las que el extranjero no puede tener participación alguna, las sociedades en las que el extranjero puede tener una participación minoritaria, las sociedades en las que el extranjero puede tener una participación hasta del 50 por 100 del capital social y las sociedades en las que el extranjero puede tener una participación superior al 50 por 100 del capital social; después se estudia el régimen de autorizaciones para las inversiones directas extranjeras en sociedades españolas, el régimen de autorizaciones para las inversiones extranjeras de cartera en sociedades españolas, las obligaciones

(1) *La contratación en España por extranjeros*, 4.^a ed. Madrid, 1974.

derivadas de la suscripción o de la adquisición de títulos mobiliarios de renta fija o variable de empresas o sociedades españolas, las consecuencias de las infracciones de normas sobre inversiones en sociedades españolas y la administración de sociedades españolas por extranjeros.

Entre las novedades que esta normativa refundida aporta, el autor las clasifica en otros epígrafes, como el de "la actividad empresarial de no residentes", "las cuentas en participación" y el de los "préstamos". También se añaden "el régimen especial de adquisición de inmuebles, ahora notoriamente ampliado en favor de los extranjeros, así como el "régimen de transferibilidad al exterior de los rendimientos y liquidaciones de las inversiones de los extranjeros".

La obra tan completa del doctor Lucas se concluye con unos "anexos" en los que se reproducen los formularios o modelos exigidos por la Administración económica del Estado ("Dirección General de Transacciones Exteriores") y un índice alfabético de materias, tan útil como orientador, para la búsqueda de los datos concretos o parciales.

En definitiva, estamos ante la obra de un gran especialista, una primicia doctrinal en la materia que aborda cuestiones tan importantes para el desarrollo económico de nuestro país.

JOSÉ BONET CORREA

MOLINA GARCÍA, Antonio: *La doble venta a través de la jurisprudencia civil.*
Madrid, 1975. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 318 págs.

El caso, en que un vendedor realice dos enajenaciones de la misma cosa, se regula por el artículo 1.473 del Código civil. Un estudio crítico de este supuesto, fundamentalmente a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, constituye la obra monográfica del ilustre Juez de Primera Instancia, que constituyó su tesis doctoral y con la que alcanzó el grado de doctor.

El estudio inicia el planteamiento de la cuestión sobre la naturaleza jurídica del contrato de compraventa y hace resaltar la doble concurrencia de requisitos en que se desdobra el contrato: el consensual, de perfección del mismo, y el de entrega, o tradición del objeto vendido, que lo consuma. Cuando el vendedor lleva a cabo el primero, pero no el segundo, y con otro comprador hace lo mismo, al artículo 1.473 brinda las soluciones que tratan de resolver el conflicto de intereses establecido entre ambos compradores, resolviéndose en favor del primero que adquiera la posesión, si se trata de bienes muebles o de quien antes inscriba en el Registro, si se trata de bienes inmuebles.

Después del planteamiento inicial, el capítulo segundo aborda el análisis concreto de los términos del artículo 1.473, para pasar al examen de los aspectos de la perfección del contrato de compraventa en el caso de la doble venta dentro de los supuestos concretos de mandato, venta judicial, venta con pacto de retro y tanteo.

Especial atención merece el tratamiento sobre los requisitos esenciales del contrato en cuanto a su validez (consentimiento, objeto y causa), donde el

autor pone de relieve cómo en este supuesto lo que falta es la legitimación del vendedor. También son analizados los supuestos de simulación en relación con el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, para entrar en los efectos de la tradición por la posesión real y la *ficta* hasta llegar a la inscripción registral, su protección, su impugnación y la trascendencia de la buena fe en la doble venta. Finalmente, al incumplir el vendedor la obligación de entregar la cosa, se advierte cómo el comprador que no la consigue ve limitada su opción al resarcimiento de daños (art. 1.124).

JOSÉ BONET CORREA

PUIG FERRIOL, Luis, y ROCA DE LAQUÉ, María Encarna: *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*. Tomo II, 1.º, Barcelona, 1974. Cátedra "Durán i Bas". Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona. Un volumen de XIX+743 págs.

El conocimiento y difusión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español va ganando cada día entre nuestros estudiosos universitarios una mayor atención conforme a los criterios realistas del enfoque actual de la ciencia del Derecho y también con finalidades críticas y complementarias ante el rejuvenecimiento de nuestro movimiento foral y sus particularidades de aplicación.

El doctor Ferriol y María Encarna Roca de Laqué comienzan por acometer una tarea fatigosa y hasta poco lucida, aunque muy interesante y valiosa, cual es la de saber recoger con esmero y pulcritud las sentencias del Tribunal Supremo referidas a Cataluña desde la publicación del Código civil, a partir del año 1890 hasta el año 1904, para este primer volumen.

Sistematizadas las sentencias bajo los epígrafes de los capítulos correspondientes al orden que establece la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, en cada sentencia se comienza, después de su fecha, con un título sobre la materia en que recae, resumiéndose los "antecedentes" y los "motivos del recurso" para escoger, bajo los epígrafes de "estimación del recurso" o "desestimación del recurso", la doctrina legal mediante los considerandos más idóneos. A esta labor se le añade otro epígrafe más sobre "concordancias", que los autores establecen con la Compilación y el Código civil.

Además del índice sistemático de la obra, siguiendo los títulos de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, se añade un índice cronológico de las sentencias recogidas desde el año 1890 a 1904 con un título sobre la materia a que se refieren, para concluir con otro índice alfabético de conceptos, ambos tan imprescindibles y que avalan esta buena obra, de gran utilidad científica y práctica.

JOSÉ BONET CORREA

REVISTAS

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: *Los créditos hipotecarios*, RDN, núm. LXXXV-LXXXVI, pp. 111 y ss.

Frente a la posible disgregación legal y científica de la materia, admite el tratadista la necesidad de un estudio único y unitario dentro de las materias del Derecho civil y especialmente la que es objeto del presente estudio.

Sienta el principio de que la hipoteca convierte al crédito en algo distinto, dotándolo de una eficacia especial, en cuanto a tal crédito, desdifiando en parte el carácter accesorio de la hipoteca en cuanto tal. En cuanto a los créditos hipotecarios, los coloca en una situación especial por su autonomía y a la vez en consonancia con las fases de concurso o quiebra en el momento de ejecución de la hipoteca.

En el apartado relativo a la tutela del crédito, examina las medidas de protección del crédito hipotecario, en relación con la insolvencia, ejercicio de la acción subrogatoria, revocatoria y rescisoria e igualmente la carencia de posibilidad del ejercicio de acciones para promover los juicios de testamentaría y abintestato. Al mismo tiempo, comprueba el ejercicio de acciones potentes y más eficaces que las denegadas anteriormente, como la ampliación de hipoteca, subrogación real y acción de deterioro o devastación del artículo 117 de la LH.

En cuanto a la realización del crédito, examina la dualidad de acciones, el ejercicio de la acción hipotecaria, sus procedimientos, la naturaleza de la acción y la legitimación para su ejercicio.

Centra su atención en los actos de disposición de los créditos hipotecarios, e igualmente la cesión del crédito y la constitución de la subhipoteca. Contempla la extinción del crédito hipotecario en sus distintas modalidades, especialmente por virtud del pago hecho al acreedor, pondera las causas de extinción de la hipoteca y concluye su detenido examen con la prescripción y la caducidad.

MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: *El Derecho español ante la filiación extramatrimonial*, RDN, núm. LXXXV-LXXXVI, pp. 207 y ss.

El presente estudio es continuación del trabajo desarrollado por el mismo anterior en la misma revista. En el presente trabajo ha examinado por orden y con rigor científico las figuras que hacen referencia a las siguientes materias:

Filiación adoptiva con referencia a la Ley de 1958 y a la posterior y vigente-reforma de 4 de julio de 1970 señalando las diferencias de hecho y de principios de la figura en ambas regulaciones.

Especial relieve ha concedido el autor al problema de los conflictos legislativos en el orden del Derecho internacional privado, en el que distingue una variedad de casos, entre los que descuellan el de adoptante español y adoptado extranjero, adoptante extranjero y adoptado español, adoptante y adoptado extranjeros.

Examina con especial interés el supuesto relativo a la nacionalidad y vecindad del adoptado y hace una especial referencia muy útil al derecho foral. Dentro de éste estudia la filiación ilegítima en Aragón y Cataluña, con excesiva exégesis del artículo 4 de esta Compilación.

Concluye la materia con las demás regiones del Derecho foral y con lo relativo a la filiación adoptiva de estas regiones concluye su trabajo.

CASASUS HOMET, Emilio: *La conmutación del usufructo vidual y la reserva ordinaria*, RDN, núm. LXXXV-LXXXVI, pp. 317 y ss.

El problema sobre el que centra el autor su trabajo consiste en la conmutación por un capital en efectivo, en que la tesis dominante se inclina por la posibilidad, referida a sustituir el usufructo vidual, por el pleno dominio sobre bienes hereditarios que cubran el valor capitalizado de aquél.

Lo que preocupa al comentarista es la naturaleza jurídica que tiene la conmutación.

A su juicio, y en contra de Sánchez Román, que ve en ella una transacción, la conmutación es un procedimiento de pago de la legítima expresamente previsto por la ley.

Cita en su apoyo la opinión de Vallet y afirma que en la conmutación, la intervención del cónyuge viudo es totalmente pasiva.

La segunda parte del trabajo se refiere a la reserva del artículo 968 del Código civil.

Señala que la cuota vidual legitimaria representa para el cónyuge viudo una adquisición a título sucesorio y en principio está sujeta a reserva.

Cita las opiniones de Mucius Scaevola y Puig Brutau, que siguiendo a De Buen y Santamaría, señalan la no reserva del citado bien.

Más adelante abunda en su opinión de que está sujeto a reserva el bien adjudicado en pleno dominio por conmutación del usufructo universal.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Angel: *Daño y obligación resarcitoria en el pensamiento del profesor De Cupis*, La Notaría, diciembre 1974, pp. 1 y ss.

La separación de los daños es, a juicio del autor, la implicación lógica que impone la convivencia y el procedimiento adecuado para mantenerla, conservando la justicia por remedios de equidad.

Sin embargo, para un jurista no basta la constatación de los daños, ni es suficiente la determinación de su entidad, sino que «no hay daño en sentido jurídico que no sea un daño resarcible; no hay jurídicamente daño alguno del que no nazca una obligación resarcitoria».

La teoría del daño es la formulación de la teoría de la culpa, que supone una de las más recientes motivaciones de la tradicional consideración de la culpabilidad de una persona.

Hay supuestos en que se está en presencia de daños en que no media culpa, como en los casos del art. 612 y 1.257 del Código civil; mas existen en el mismo cuerpo legal, supuestos de daños antijurídicos no culposos, tales como los causados por un incapaz, y fuera de este Código en materia de legislación de accidentes de trabajo.

De Cupis llega a sentar el principio de que el daño es la consecuencia de un acto humano antijurídico. Concluye el autor su estudio afirmando que esta materia está necesitada de una honda revisión en la que se nota la falta de tinte moral que, según Ripert, rodeaba todo el derecho de obligaciones.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis: *Conflictos de leyes en materia de capacidad y representación legal*. La Notaría, abril-mayo-junio, pp. 87 y ss.

El autor va penetrando poco a poco en el tema para tratar de dar solución al criterio que debe regir para determinar la ley personal del sujeto cuya capacidad se cuestiona.

Va estudiando paulatinamente el domicilio y la nacionalidad, con las ventajas, historia y convenientes de cada uno de ellos.

Analiza seguidamente el problema dentro del Derecho español, antes y después de la reforma, apoyando resueltamente el criterio de la misma y descomponiendo su razonamiento en cuatro argumentos básicos o principales.

Más tarde entra en el estudio de los criterios o soluciones aplicables a la pluripersonalidad con un detallado examen del criterio del domicilio con carácter de subsidiariedad, donde examina la apatridia y los principios o criterios supletorio y decisorio o acumulativo.

En las excepciones territorialistas examina con marcado detenimiento el orden público, el fraude de ley, la teoría del reenvío y finalmente la denominada excepción de interés nacional.

Finaliza el examen de la materia con dos apartados consistentes en los llamados conflictos de calificación y los conflictos móviles.

PUG SALELLAS, José María: *El matrimonio y los cambios de regionalidad*. La Notaría. Abril-mayo-junio 1975, pp. 1 y ss.

Plantea el escritor el trabajo sentando las bases del problema en torno a la trilogía de los efectos del matrimonio en el ámbito personal, negocial y sucesorio.

En el primer aspecto hay efectos comunes e idénticos para ambos esposos: la emancipación, los deberes enunciados en el art. 56 antes de la reforma y la comunicación de honores que establece el nuevo art. 64 después de ésta, en torno a los que no sean estrictamente personales.

No entramos a hacer mención de los otros que distingue el autor por haber sido cercenados y derogados por la ley de 2 de mayo de 1975.

Los efectos del matrimonio en el ámbito negocial se pueden clasificar según Puig Salellas, en orden a las liberalidades, que se admiten en Aragón, y muy limitadas en Navarra, en orden a la intercesión prohibida por el art. 322 de la Compilación Catalana, en orden a la contratación en general y en orden a la modificación del régimen económico matrimonial. Los efectos del matrimonio en el ámbito sucesorio dan origen a los llamados derechos viduales o del cónyuge viudo en los diferentes sistemas legislativos de nuestra patria.

La segunda parte del trabajo la centra el escritor en las normas aplicables a los conflictos de derecho interregional, donde vuelve a distinguir sus consecuencias en lo relativo al orden de las relaciones personales, el campo de las relaciones patrimoniales y su variación en cuanto se produzca un cambio en la nacionalidad o regionalidad de los cónyuges y en cuarto lugar al tema de las relaciones sucesorias. En tercer término de su trabajo estudia los efectos personales con especial interés de la supresión de la licencia marital en el régimen común.

Sigue el examen del ámbito negocial con las modalidades de las donaciones, intercesión y contratos en general, así como los efectos que puede acarrear el cambio de régimen económico matrimonial.

Concluye su estudio con el tema y sus manifestaciones en derecho sucesorio.

FIGA FAURA, Luis: *La analogía*. La Notaría, enero-febrero-marzo, pp. 1 y ss.

El trabajo es la consecuencia gráfica de la conferencia por su autor en el Colegio Notarial de Barcelona. Comienza su trabajo señalando que el título preliminar contiene en su conjunto un contenido material consistente en que sus preceptos no son normas corrientes, sino que son normas o más aún en terminología kelseniana son normas secundarias.

Estas normas tienen unas notas peculiares como son, la reflexibilidad, es decir, que sirven para interpretar a otras normas y ser aplicadas a ellas en sí mismas. La analogía es un concepto que no puede ser definido, sino únicamente mostrado.

Distingue entre analogía verbal y analogía real. Señala el criterio orientador en esta materia sustentado por autores como Stuart Mill, Jevons, Pfander, Bosanuet, Maritain, Lotze y Keynes. «Hay que considerar la analogía como un mero indicador que señala la dirección en la cual puedan ser llevadas a cabo investigaciones más rigurosas».

Señala como anacronismo histórico el que en 1974 surja desafiante el art. 4 del nuevo título preliminar autorizando al jurista y al juez para que en la interpretación y aplicación del derecho prescindan de la lógica.

Ocupa seguidamente su estudio en dilucidar en qué consiste lo que la ley entiende por identidad de razón, afirmando que es éste un concepto diacrónico. Termina su estudio con la frase de Campbell «la analogía no es una simple ayuda al establecimiento del derecho; es una parte de la ciencia del derecho, sin la cual sería completamente inservible e indigna de este nombre».

CASTRO LUCINI, Francisco: *Los negocios jurídicos atípicos*. RDN, núm. LXXXV+LXXXVI, pp. 7 y ss.

Tras reseñar la importancia de esta figura contractual en la introducción del tema, pasa el comentarista a determinar el concepto de la misma, así como sus clases, la caracterización del negocio y la causa del mismo.

Pasa posteriormente al examen del fundamento y lo entronca con el principio de la voluntad, sentando inmediatamente las diferencias existentes entre la figura examinada y el negocio simulado, indirecto y mixto.

Continúa el relator con la clasificación de los negocios jurídicos atípicos y entra en el estudio del régimen jurídico de éstos.

En el régimen jurídico hace especial hincapié en la de la absorción, combinación, analogía, y la del interés dominante.

Examina finalmente con criterio enumerativo las figuras de negocios atípicos existentes en nuestro derecho, entre las que señala el suministro, la donación mixta, el arrendamiento complejo, el depósito bancario, el abono de cajas de seguridad, el precario corretaje o mediación, garaje, exposición, portería, edición, alimenticio, educación, lucha deportiva, fichaje o de equipo, garantía y el de lotería, afirmando que las figuras de los negocios jurídicos atípicos no contractuales son innumerables, sientan las conclusiones personales que el autor cree pertinentes.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis: *La jurisprudencia. La Notaría*. Enero-febrero-marzo, pp. 21 y ss.

Tres versiones puede ofrecer el concepto de jurisprudencia. Una primera, pericia o conocimiento del derecho principalmente en el orden práctico. Una segunda, modo de aplicarlas e interpretarlas al caso controvertido o de mandar hacerlas aplicar. Finalmente, una tercera, práctica o modo de conducirse los jueces o tribunales en su actividad resolutiva.

Examina también el sentido histórico que ha tenido el término a través de los tiempos, desde el derecho romano clásico y justiniano, el código civil francés, pasando por la casación italiana, belga y haciendo el examen del derecho austríaco, prusiano y alemán, así como en el anglosajón, con preferencial estudio incidental del derecho escandinavo.

Señala el encuadre que a su juicio corresponde a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y examina con detenido rigor la posición que en nuestro ordenamiento corresponde a la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal. Investiga todo el proceso evolutivo histórico desde la creación del Tribunal Supremo hasta nuestros días y asimismo la gestación de la actual reforma del art. 1.º, núm. 6.º del Código civil.

Por último finaliza el examen de su documentado trabajo aludiendo a la conferencia de recepción en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de don Tomás Ogayar, señalando que la redacción del citado precepto no es clara, por lo equívoca que es la palabra complementar y la explicación que da Hernández Gil al significado entre denotación y connotación.

IGLESIAS FERREIRO, Aquilino: *Uniones matrimoniales y afines en el derecho histórico español*. RDN, núm. LXXXV-LXXXVI, pp. 71 y ss.

Analiza el autor en este estudio histórico-jurídico la génesis del matrimonio desde sus orígenes. Plantea en primer lugar y a guisa de introducción, el problema de si el matrimonio en la actualidad es reminiscencia del derecho canónico o del derecho romano.

Ha regido casi desde antiguo el principio de preferencia de voluntad de los contrayentes a la preferencia de voluntad de los padres de los contrayentes. Tan es así que muchas veces se recoge y da efectividad y eficacia jurídica a uniones clandestinas, a pesar de las graves penas impuestas en las Partidas y en las Leyes de Toro.

Señala el autor que la exigencia de la dote en algunos matrimonios, implica nada más que la necesidad de evitar los matrimonios clandestinos.

La influencia canónica provoca igualmente una aproximación entre los esponsales y el matrimonio propiamente dicho.

El carácter sacramental del matrimonio provoca una reacción o desconfianza ante las segundas nupcias, pero también frente a las relaciones concubinarias.

Afirma el autor el gran paralelismo entre el derecho histórico español y el derecho canónico que ni aún el Concilio de Trento modifica.

Examina después la evolución histórica hasta nuestros días, deteniéndose especialmente en el período republicano y finaliza el trabajo con el examen de los principios básicos del derecho moderno, partiendo de la indisolubilidad del matrimonio y la posibilidad de interrumpirla en algunos casos por justas causas.

CLAVE DE ABRÉVIATURAS

ACP = Archiv für die Civilistische Praxis (Tubinga).

AD = Anuario de Derecho (Panamá).

AFB = Annales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux.

AFD = Anuario de Filosofía de Derecho (Madrid).

AJCL = The American Journal of Comparative Law (Michigan).

AUM = Anales de la Universidad de Murcia.

BCAM = Boletín del Colegio de Abogados de Madrid.

BDC = Boletín de la Sección de Investigaciones de Derecho Comparado (Quito).

BFD = Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Córdoba, Argentina).

BFDC = Boletim da Facultade de Direito (Coimbra).

BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).

BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.

BIR = Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnuolo in Roma.

BMI = Boletim do Ministerio da Justiça (Lisboa).

BS = Boletín del Seminario de Derecho Público de la Universidad de Santiago de Chile.

- BUSC** = Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela.
- CDA** = Cuadernos de Derecho Angloamericano (Barcelona).
- CDF** = Cuadernos de Derecho Francés (Barcelona).
- CLJ** = The Cambridge Law Journal.
- CLQ** = Cornell Quarterly (Ithaca, Nueva York).
- DG** = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
- DM** = Derecho (Medellín, Colombia).
- ED** = Estudios de Derecho (Antioquía).
- EF** = Ehe und Familie im Privaten und Offentlichen Recht. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Bielefeld).
- F** = El Foro (Méjico).
- FG** = Foro Gallego (La Coruña).
- FM** = Foro Manchego. Revista del Ilustre Colegio de Abogados (Ciudad Real).
- IC (ICLQ)** = The International and Comparative Law Quarterly (Londres).
- IDC** = Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación (Buenos Aires).
- IJ** = Información Jurídica (Madrid).
- IM** = Ius (Milán).
- IR** = Iustitia (Roma).
- JF** = Jornal do Foro (Lisboa).
- L** = La Ley (Buenos Aires).
- LQ** = The Law Quarterly Review (Londres).
- LRN** = La Revue du Notariat (Québec).
- MDR** = Monatschrift für Deutsches Recht (Hamburgo).
- MLR** = The Modern Law Review (Londres).
- NC** = The North Carolina Law Review.
- NJW** = Neue Juristische Wochenschrift (Múnich-Berlín).
- NR** = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD** = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR** = Österreichische Zeitschrift für Offentliches Recht (Viena).
- P** = Pretor. Revista Técnica de Justicia Municipal (Madrid).
- PC** = Propiedad y Construcción. Revista Técnico-Informativa (Valencia).
- RAP** = Revista de Administración Pública (Madrid).
- RB** = Revista Jurídica (Cochabamba, Chile).
- RCA** = Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires.
- RCDI** = Revista Cubana de Derecho (Habana).
- RCDI** = Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (Madrid).
- RCH** = Revista de Derecho (Concepción, Chile).
- RCJS** = Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales (Santa Fe, Argentina).
- RCM** = Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario (Bogotá).
- RCP** = Revista del Colegio de Abogados (Puerto Rico).
- RDC** = Revista del Diritto Commerciales e del Diritto Generales delle Obbligazioni (Milán).
- RDDC** = Rivista di Diritto Civile (Padua).
- RDEA** = Revista de Derecho Español y Americano (Madrid).
- RDES** = Revista de Dereito e de Estudos Sociais (Coimbra).
- RDJ** = Revista de Derecho Judicial (Madrid).

- RDLC = Revista de Derecho y Legislación (Caracas).
- RDLP = Revista de Derecho (La Paz).
- RDM = Revista de Derecho Mercantil (Madrid).
- RDMSP = Rivista del Diritto Matrimoniale e dello stato delle persone (Milán).
- RDN = Revista de Derecho Notarial (Madrid).
- RDP = Revista de Derecho Privado (Madrid).
- REDM = Revista Española de Derecho Militar (Madrid).
- REDME = Revista de la Facultad de Derecho de México.
- REP = Revista de Estudios Políticos (Madrid).
- REVL = Revista de Estudios de la Vida Local (Madrid).
- RFC = Revista del Foro Canario (Las Palmas).
- RFDBA = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Buenos Aires).
- RFDC = Revista de la Facultad de Derecho (Canarias).
- RFDM = Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Montevideo).
- RFDSP = Revista de Facultade de Direito da Universidade de São Paulo.
- RFDUM = Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.
- RFL = Revista del Foro (Lima).
- RFP = Revista da Facultade de Direito do Paraná (Curitiba).
- RGD = Revista General de Derecho (Valencia).
- RGLJ = Revista de Legislación y Jurisprudencia (Madrid).
- RH = Revue Historique de Droit Français et étranger (París).
- RHD = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'Histoire de Droit (Bruselas, La Haya).
- RIDC = Revista del Instituto de Derecho Civil (Tucumán).
- RIDCO = Revista del Instituto de Derecho Comparado (Barcelona).
- RIDCP = Revue International de Droit Comparé (París).
- RIN = Revista Internacional del Notariado (Buenos Aires).
- RISG = Rivista Italiana per la Science Giuridiche (Roma).
- RJC = Revista Jurídica de Cataluña (Barcelona).
- RJD = Revista Jurídica Dominicana.
- RJN = Revista Jurídica Nicaragüense.
- RJP = Revista Jurídica del Perú (Lima).
- RJPR = Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico.
- RL = Rivista di Diritto Internazionale e comparato del Lavoro (Bolonia).
- RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudência (Coimbra).
- RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
- ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts, vergleichung und interzonale Rechtsprobleme (Berlín).
- RP = Revista de Derecho Procesal (Madrid).
- RPR = Rivista di Diritto Processuale (Padua).
- RPI = Revista de la Propiedad Industrial (Madrid).
- RS = Rivista delle Società (Milán).
- RTC = Revue Trimestrielle de Droit Commerciel (París).
- RTDC = Revue Trimestrielle de Droit Civil (París).
- RTDP = Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile (Milán).
- RTDPO = Rivista Trimestrale di Diritto Público (Milán).

RUM = Revista de la Universidad de Madrid.

SA = Sociedades Anónimas. Revista de Derecho Comercial (Montevideo).

SJ = Svensti Juristtdning (Estocolmo).

T = Temis. Revista de Ciencia y Técnica Jurídicas (Zaragoza).

UNC = Universidad Nacional de Colombia (Bogotá).

ZVR = Zeitschrift für Vérgleichende Rechtswissenschaft (Stuttgart).

RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

A cargo de
CHICO ORTIZ, José María
Registrador de la Propiedad

DERECHO HIPOTECARIO

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.—NO ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES CUANDO LOS BIENES AFECTADOS SE ENCONTRABAN INSCRITOS A NOMBRE DE TERCERAS PERSONAS. (Resolución de 13 de marzo de 1973.)

Hechos.—“Resultando que por escritura autorizada en Martorell de la Selva, el 13 de diciembre de 1903, ante el Notario don Manuel Bellido Macías, se otorgaron capitulaciones por las que habría de regirse el matrimonio de don Claudio Pons Rius con doña Enriqueta Matas Torrelas, que se celebró canónicamente el día siguiente, 14, y del cual tuvieron tres hijos; don Claudio el primogénito, doña Carmen y doña Concepción; que doña Enriqueta recibió una dote de 15.000 pesetas en garantía de cuya devolución y de una donación de 7.500 pesetas que prometió el esposo, éste ofreció hipoteca sobre una heredad que le pertenecía sita en los términos de San Feliú de Buxalleu y Riudarenas, que fue inscrita más tarde a la entrega de la dote, y posteriormente cancelada cuando se restituyó ésta y el espousalicio; que en la estipulación sexta de la escritura se decía que “deseando prevenir el caso de una muerte abintestato”, los futuros consortes declaran que en el supuesto de fallecimiento de cualquiera de ellos “sin hacer testamento”, es su voluntad que sea heredero del que fallezca intestado, el primer hijo varón que naciere de su proyectado enlace y en su falta de varón, la hija mayor, y si el que debiera ser heredero no lo fue o siéndolo falleciere sin sucesión, le sustituyen y en lo menester instituyen al que por orden de primogenitura corresponda, también con preferencia de varones a hembras, quedando siempre el cónyuge sobreviviente con hijos, usufructuario de los bienes del premuerto, conservando su viudez; que don Claudio Pons Rius falleció en Barcelona el 11 de julio de 1968, bajo testamento abierto otorgado el 15 de mayo anterior, en el que instituyó heredero a su hijo primogénito, legando a su esposa el usufructo de todos sus bienes y a sus hijas lo que por legítima les corresponda más el ajuar doméstico; y que, en instancia de 24 de febrero de 1972, doña Enriqueta solicitó del Registrador de la Propiedad de Santa Coloma de Farnés, la inscripción de la mencionada escritura de capitulaciones matrimoniales —que acompañó junto con otros documentos complementarios—, en los folios de las fincas que en su tiempo fueron hipotecadas en garantía de la devolución de la dote y el espousalicio;

Resultando que el citado documento fue calificado con nota de tenor literal siguiente: “Denegada la inscripción del precedente documento por los defectos siguientes: I) En cuanto a la hipoteca que garantiza la dote y espousalicio, porque ya fue inscrita junto con otra de entrega de dote otorgada

el doce de agosto de mil novecientos nueve, ante el Notario don Manuel Bellido, según la inscripción cuarta de la finca número sesenta y tres, al folio setenta y uno del libro veinte y tres de San Feliú de Buxalleu, tomo setecientos seis, y la inscripción cuarta de la finca número ciento setenta y tres, al folio diez vuelto del libro veinte y siete de Riudarenas, tomo setecientos trece del Archivo, de fechas quince y dieciséis de octubre de mil novecientos nueve, respectivamente, y figuran canceladas dichas inscripciones de hipoteca por las inscripciones números doce y trece, respectivamente, de dichas fincas. II) En cuanto al heredamiento que pretenden se establece en dichas capitulaciones, porque se estableció con carácter preventivo... "deseando prevenir el caso de una muerte abintestato", puesto que no ha tenido lugar, porque don Claudio Pons Ríus falleció bajo testamento otorgado ante el Notario de Barcelona, don Francisco Masip Rovira, el quince de mayo de mil novecientos sesenta y ocho. III) En cuanto a la totalidad del documento porque la finca a que se refiere figuran inscritas a nombre de tercera persona;

Resultando que doña Enriqueta Matas Torrellas y su hijo don Claudio, interpusieron recurso gubernativo, contra la anterior calificación y alegaron: que las escrituras de capitulaciones, una vez celebrado el matrimonio, son la ley fundamental del régimen económico conyugal y cuando se refieren a bienes inmuebles tienen acceso al Registro sin que los titulares de estas oficinas puedan impedirlo, por estimar preferentes otros derechos, ya que esta cuestión corresponde decidirla a los jueces; que el marido de la recurrente falleció bajo testamento abierto, pero su viuda vive en la actualidad, por lo que debe ser inscrito el heredamiento en favor del primogénito varón; que igualmente corresponde a la viuda el usufructo universal de los bienes familiares; y que, como fundamentos de derecho cita los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento;

Resultando que el Registrador informó: que el escrito del recurso carece de toda clase de argumentos jurídicos que puedan hacer dudar de la procedencia de la calificación; que cuando se justificó la entrega de la dote se inscribió la correspondiente escritura de hipoteca que garantizaba su devolución y posteriormente fue cancelada cuando se restribuyeron la dote y el esponsalicio; que no se mencionan en la instancia ni en la escritura ningunos inmuebles que figuren a nombre de doña Enriqueta, por lo que no cabe la inscripción del heredamiento con respecto a la misma; y que las fincas que anteriormente estuvieron inscritas a nombre del difunto marido, figuran en la actualidad a nombre de tercera personas, circunstancia que impide en absoluto la práctica de los asientos solicitados;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador por razones análogas a las expuestas por este funcionario, y los recurrentes se alzaron de la decisión presidencial insistiendo en sus incoherentes argumentos."

Doctrina.—"Considerando que la improcedencia del recurso aparece claramente justificada dado que los inmuebles están inscritos a nombre de tercera personas, lo que de por sí impide que puedan practicarse las inscripciones solicitadas, pero es que, además, la pretensión carece de todo fundamento legal, ya que la hipoteca que garantizaba la dote y esponsalicio

se inscribió a su debido tiempo e igualmente fue cancelada una vez que se hubo procedido a su restitución, y en cuanto al heredamiento preventivo —prescindiendo de si podía o no haber tenido acceso, en su día, al Registro— no cabe actualmente plantearse cuestión alguna, dado que el causante ha fallecido bajo testamento en el que se designa heredero universal a uno de los hijos habidos en su matrimonio."

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado y la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.—La aparente sencillez que expresa el resumen de la esencia de la doctrina de la Dirección General, encubre, a mi modo de ver, problemas más profundos, pues de lo que se trata no es de una inscripción de una capitulación matrimonial, sino de la especialidad foral de la inscripción del *contenido* de una capitulación matrimonial en la que la figura destacada es la de un heredamiento preventivo o, lo que es lo mismo, una de las modalidades de los pactos sucesorios propios de dicha región.

Para proceder con un cierto orden expositivo, y a pesar de que el considerando único de la Resolución sea muy breve, se hace necesario que sigamos el hilo de la nota calificadora del Registrador la cual nos va a dar la posibilidad de examinar los tres puntos claves de esta Resolución que, por ser demasiado simple en apariencia, puede tener amplias aplicaciones en futuros hipotecarios. Con sujeción a ello, distinguimos:

A) *Inscripción de hipoteca para garantizar la dote y el esponsalicio.*—El supuesto encaja perfectamente dentro de los casos de hipoteca legal que el artículo 168, 1.^º de la Ley Hipotecaria y 175 de la misma recogen. La vigente Compilación en los artículos 26 y siguientes hace constantes alusiones a estos casos de garantía de restitución de dote y de esponsalicio o "excreis". De los hechos relatados resulta que dicha hipoteca "fue inscrita más tarde a la entrega de la dote, y posteriormente cancelada cuando se restituyó ésta y el esponsalicio".

Aun suponiendo que las escrituras de capitulación sean la "ley fundamental del régimen económico conyugal", como los que interponen el recurso alegan en su favor, es evidente que esas capitulaciones no puedan ir en contra de lo dispuesto en la ley y ley, en este caso es la Ley Hipotecaria, que establece la constitución de la hipoteca en garantía de la restitución de la dote y el esponsalicio. Entregados una y otro, se produce una causa de extinción de la hipoteca por carecer de finalidad. De ahí que los hechos demuestren que se produjo la correspondiente cancelación. Pretender ahora que vuelva a constituirse esa hipoteca legal es violentar el ordenamiento hipotecario que sólo concede esta garantía cuando exista el supuesto que le da vida. Restituida la dote y el esponsalicio, desaparece la causa jurídica de la hipoteca legal. Por ello, la Dirección General dice que "la pretensión carece de todo fundamento legal, ya que la hipoteca que garantizaba la dote y el esponsalicio se inscribió a su debido tiempo e igualmente fue cancelada una vez que se hubo precedido a su restitución".

B) *Inscripción del heredamiento preventivo.*—BARTOLOMÉ GÓMEZ GONZÁLEZ ("Materias de Derecho civil en sus relaciones con el Registro de la Propiedad con especial referencia del Derecho catalán", 1927) decía que había de entenderse por heredamiento preventivo el que tiene por objeto

evitar la sucesión abintestato y que hacen los que van a contraer matrimonio en capitulaciones. En este heredamiento designan los futuros contrayentes cuál de los hijos que nazcan del mismo matrimonio ha de ser heredero universal de sus bienes, en el caso de que cualquiera de los contrayentes falleciera sin haber dejado testamento. Por regla general es designado como tal heredero el hijo primogénito.

Como se ve —sigue diciendo dicho autor— la efectividad de dicho heredamiento depende del cumplimiento de la condición a que se halla afecto, o sea, la de fallecer los otorgantes o cualquiera de ellos sin disposición testamentaria, y por eso la denominación de preventivos con que se les conoce. Si la condición no llega a cumplirse por haber fallecido el otorgante con disposición testamentaria, el heredamiento caduca, y, por consiguiente, no puede hacerse valer contra lo dispuesto en aquélla. No es, por tanto, inscribible el heredamiento preventivo cuando resulta que el otorgante del mismo falleció bajo testamento. Así lo declara la Resolución de 23 de marzo de 1900.

Es curioso cómo esta cita que hago viene a ofrecernos la solución precisa del caso en el mismo sentido que lo hace la Resolución comentada que, en los "vistos", no hace referencia a la de 23 de marzo de 1900. De esta última Resolución debe destacarse, a los efectos de este comentario crítico, el considerando segundo en el cual se dice: "Considerando que es requisito esencial en todo heredamiento preventivo, según la legislación no escrita o consuetudinaria de Cataluña, atestiguada por la unánime opinión de sus exponentes, y confirmada por la jurisprudencia de los Tribunales, que la eficacia del mismo depende de la no realización de una condición cuyo cumplimiento debe depender exclusivamente de la voluntad de la persona que instituye tal heredamiento, es a saber, que ésta fallezca sin haber otorgado testamento ni otra disposición de sus bienes por acto de última voluntad."

Y también resulta curioso la coincidencia entre el caso planteado en la resolución comentada y esa otra que como antecedente traemos a estas páginas, pues en ambas la cláusula *preventiva* viene redactada en los mismos términos, pues no en vano la tradición, la costumbre y la unidad formalista de estas capitulaciones repiten como cláusulas de estilo las que luego han de jugar en la dilucidación de los problemas. Las capitulaciones matrimoniales del matrimonio PONS-MATA decían: "Deseando prevenir el caso de una muerte abintestato, los futuros consortes declaran que en el supuesto de fallecimiento de cualquiera de ellos sin hacer testamento, es su voluntad que sea heredero del que fallezca intestado, el primer hijo varón que naciere de su proyectado enlace y, a falta de varón, la hija mayor..."

Por su parte, el supuesto de hecho que soluciona la Resolución del año 1900 disponía: "Para el caso de fallecer cualquiera de los futuros esposos, Don... y Doña..., sin hacer testamento ni otra disposición de sus bienes, y no de otro modo, heredarán los hijos que Dios se designe encomendarles, no a todos juntos, sino al uno después del otro, prefiriendo los mayores a los menores, y los varones a las hembras..."

Como en las alegaciones que en dicha Resolución del año 1900 se estableciese figuraba aquella de que debía prevalecer el heredamiento pactado en capítulos matrimoniales, por cuanto éste se dejó "para el caso de fallecer

cualquiera de los futuros esposos sin hacer testamento ni otra disposición de sus bienes" y de los supuestos de hecho, resultó que el padre falleció bajo testamento mientras la madre falleció sin otorgar el mismo, debiendo tener respecto de los bienes de esta última validez dicho heredamiento, la Dirección General contestó que "semejante interpretación es notoriamente errónea, ya que conduciría a dos conclusiones imposibles y, por tanto, falsas, con arreglo a la legislación privativa de Cataluña: dar validez a un heredamiento preventivo en el que el cumplimiento de la condición depende de la voluntad de una persona extraña al que lo instituyó y atribuir validez a la renuncia formulada por el cónyuge que sobreviviere, a la facultad de alterar o modificar la disposición de sus bienes hecha para después de su muerte por otro acto de última voluntad, en el caso de que el premuerto hubiera fallecido sin otorgar testamento...".

Las razones que aquí se alegan son las de que el Registrador no puede valorar los derechos en lucha y determinar los que sean preferentes, pues la cuestión depende de la decisión judicial, aparte de que el marido de la recurrente falleció bajo testamento abierto, pero su viuda vive en la actualidad. Lo paradójico, sin embargo, del caso es que la solicitud de inscripción se hace respecto de los bienes que en su tiempo fueron hipotecados en garantía de la dote y el esponsalicio, o lo que es lo mismo, bienes del marido que al otorgar testamento abierto provoca la caducidad y validez del heredamiento preventivo.

BARTOLOMÉ GÓMEZ GONZÁLEZ, en la obra antes citada, alude a una disposición fundamental contenida en la Constitución denominada "A foragitar frauds" que es la ley única, título 2.^º De promesa de dot y donatio per noses, libro 5.^º, vol. 1.^º de las Constituciones de Cataluña, según la cual son nulos, de ningún valor e irritos ipso iure, los instrumentos que se otorguen por los hijos a favor de los padres o de cualquiera otra persona en disminución, derogación o perjuicio del heredamiento o donación hecha por los padres a sus hijos o cualquier otro, en tiempo de bodas y prohíbe a los Notarios recibir tales instrumentos. De manera que, con arreglo a ello, no es permitido al padre derogar por última voluntad el heredamiento, sin tampoco puede llevar a efecto contrato alguno en perjuicio o menoscabo del mismo, aun cuando lo hiciere con beneplácito del donatario; todos esos actos o contratos son nulos y del propio modo carecen de validez los celebrados por el hijo a favor del padre o como renuncia o *retrodonación* del heredamiento, reconocimiento de deuda y otros análogos, por cuanto no es el hijo donatario el solo interesado en dicho heredamiento, sino también la nueva familia que se constituya con motivo del matrimonio, o sea, el otro cónyuge y los hijos que puedan tener del citado enlace (Sentencias de 13 de febrero de 1863, 19 de abril de 1865, 26 de mayo de 1876, 16 de marzo y 25 de septiembre de 1883, 7 de mayo de 1896 y 13 de mayo de 1902). Los documentos de cualquiera de la clase expresada, adolecen de un defecto insubsanable. (Resolución de 3 de abril de 1883.)

No hay que olvidar, sin embargo, que esta disposición y sus comentarios se están refiriendo a los heredamientos universales y no a los preventivos. Con la Compilación vigente en la mano no encuentro apoyo jurídico para aplicar la normativa de los artículos 75 y 76 de la misma a los heredamientos

preventivos, regulados por los artículos 89 y 90, ni aún estimando que en el heredamiento preventivo pactado podía destacarse existencia de uno mutual (por la referencia al usufructo de los bienes a favor del cónyuge sobreviviente) que conforme al artículo 95 de la Compilación se rige por las normas de los heredamientos simples.

La Dirección General, como hemos dicho, es clara en este punto: no cabe plantearse cuestión alguna dado que el causante ha fallecido bajo testamento en el que designa heredero universal a uno de los hijos habidos de su matrimonio. En forma indirecta alude a la posibilidad o no de haber tenido acceso al Registro en su día, dicho heredamiento preventivo. Sobre este punto me remito a lo que es nuestra opinión manifestada en la página 52 a 59 del tomo II de nuestra obra "Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral".

C Imposibilidad sustancial de inscripción.—Aparte de los argumentos ya comentados la Dirección General utiliza uno, primero en su enunciación, y último utilizado por el Registrador en su nota que justifica suficientemente el que la inscripción no pueda realizarse. Al amparo de los artículos 1º y 20 de la Ley Hipotecaria, debe rechazarse toda inscripción de derechos sobre bienes que estén inscritos a nombre de terceras personas.

Poco explícito es el resultando en el que se aclara la situación, ya que se limita a decir que las fincas que anteriormente estuvieron inscritas a nombre del difunto marido, figuran en la actualidad a nombre de terceras personas, circunstancia que, conforme a los artículos citados, impide que puedan practicarse las inscripciones solicitadas, llevando como consecuencia a la improcedencia del recurso.

En mi apreciación crítica creo que la doctrina de la Dirección no puede ser más correcta, aunque noto en ella poco elaborada su conclusión. No se refiere a la resolución de 1900 (claro antecedente del caso) y las citas de la Compilación habría que conjugarlas con el aspecto transitorio del problema, aunque el resultado viniera a ser el mismo.

DESCRIPCIÓN DE FINCA.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE EXTINCIÓN DE CENSO QUE NO PLANTEABA NINGUNA DUDA SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA AFECTADA, AUNQUE NO SE HACÍAN CONSTAR LA NATURALEZA DE LAS FINCAS COLINDANTES NI EL SEGUNDO APELLIDO DE LOS TITULARES DE ÉSTAS. (Resolución de 21 de marzo de 1973.)

Hechos.—"Resultando que por escritura otorgada en Rubí el 28 de abril de 1969 ante el Notario recurrente, doña Nieves Cañameras y otros declararon extinguido un censo consistente en la pensión anual de 8 pesetas, que tenía a su favor, vendiéndolo por el precio de 1.500 pesetas a don Luis Samuell Casanova, dueño de la finca gravada, descrita en el instrumento como "casa en estado ruinoso sita en Rubí, calle de San Pedro, número 11, compuesta de planta baja y un piso, con patio detrás, de superficie 180 metros cuadrados, de los que están edificados 90. Linda: frente, dicha calle; derecha saliendo con Aurora Martínez; izquierda, con Juan Roca; y espalda, con Magín Torres";

Resultando que presentada en el Registro primera copia del anterior

documento fue calificado con la siguiente nota: "Suspendida la inscripción del documento que precede por observarse los siguientes defectos: primero, no detallarse en la descripción de la finca la naturaleza de las fincas colindantes ni el segundo apellido de los titulares de éstas; segundo, no salvarse los sobrerraspados "su capital", y "tercera"; tercero, no salvarse en forma los enmendados que se realizan en la copia después del Doy Fe de la misma. Se consideran todos como subsanables, no tomándose anotación preventiva de suspensión por no solicitarse;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que desea en primer término hacer patente la poca entidad de los defectos señalados por el Registrador, que normalmente no son tenidos en cuenta en la práctica registral, lo que revela una clara intención de obstaculizar la función notarial por motivos que no son de interés público; que tiene planteado otro recurso basado en análogos defectos puestos por el mismo funcionario calificador; que las Resoluciones de 7 de enero de 1893, 26 de marzo de 1909 y 18 de octubre de 1911 declaran inscribibles las escrituras "aun cuando al designar algún lindero no se precise la naturaleza del predio colindante"; que el criterio de la doctrina científica es igualmente que en estos defectos el Registrador debe facilitar la inscripción y no obstaculizarla; que la descripción está tomada de títulos anteriores que fueron inscritos, lo que refuerza la práctica registral antes aludida; que los sobrerraspados a que se refiere el Registrador sólo afectan a parte de las palabras citadas, se debieron a simples errores mecanográficos y no altera el sentido de la frase; que además, la legislación notarial contiene normas sobre la salvadura de las enmiendas en las matrices, pero no en las copias; que aun en el supuesto de que la omisión de las salvaduras produzca la nulidad de lo enmendado, es lo cierto que el resto del documento sigue siendo perfectamente válido y con datos suficientes para poder inscribir la redención del censo de que se trata; y que, el último defecto señalado le parece totalmente intrascendente, no entendiendo lo que quiere decir el Registrador —que parece desconocer la existencia de los artículos 153 y 243 del Reglamento Notarial— con la expresión "no salvarse en forma", el cual debe ser condenado en costas por su ignorancia inexcusable.

Resultando que el Registrador informó: que prescinde de afirmaciones gratuitas del recurrente que están fuera de lugar; que el artículo 51 del Reglamento Hipotecario exige que se expresen en la descripción de la finca los linderos por los cuatro puntos cardinales y la naturaleza de las fincas colindantes, así como cualquier otra circunstancia que impida confundirla con otras que se inscriban; que la consignación de la citada naturaleza es una exigencia legal que hay que cumplir sin que se pueda estimar derogada por una corruptela tolerada a veces por especiales razones; que el no consignar el segundo apellido de los titulares de las fincas colindantes es otro defecto que impide la perfecta identificación de los predios; que el criterio de tolerancia seguido por otros Registradores no obliga al funcionario calificador, como tiene declarado la Dirección General en Resolución de 18 de noviembre de 1960; que aunque el Reglamento Notarial no establezca la nulidad de las copias en que no se salven los errores advertidos, el mis-

mo artículo 243 exige su corrección en igual forma que para la matriz; y que en cuanto al modo de subsanar los defectos advertidos, es indudable que debe ser expresándolo así en la nota de suscripción de la copia, y si fueron observados después del Doy Fe habrá que extender otra nota con nuevo Doy Fe, criterio recogido por la Resolución de 27 de noviembre de 1929 y artículo 243 del Reglamento Notarial, siendo también digna de mención en este punto la Resolución de 1 de febrero de 1890;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador por entender que con su extremo rigor, verdadera huelga de celo, entorpece la actividad notarial, habiendo rechazado más de un millar de escrituras al Notario recurrente, por lo que debe ser condenado en costas."

Doctrina.—"Considerando que en este recurso de escasa trascendencia jurídica, la primera de las cuestiones suscitadas aparece ya resuelta desde la lejana Resolución de este Centro de 7 de enero de 1893, reiterada en otras posteriores, de las que se desprende, que aunque para una más exacta determinación del inmueble debe expresarse la naturaleza de los predios colindantes y el segundo de los apellidos de sus titulares, tal como para lo primero se previene en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, el no hacerlo así no es motivo bastante para suspender una inscripción, sobre todo, si como en el caso precedente sucede, la descripción coincide con la de los libros registrales, y no puede surgir ninguna duda respecto de la identidad de la finca";

"Considerando que mucha menos trascendencia tienen los defectos segundo y tercero, donde ni casi como falta reglamentaria podría calificarse el sobrerraspado de alguna letra equivocada en las palabras "capital" y "tercero", que pueden ser subsanados a través de los medios establecidos en el artículo 243 del Reglamento Notarial, pero que en ningún caso ha de servir de justificación para obstaculizar el ingreso en el Registro del documento calificado, a cuyo contenido en nada afecta la nimiedad de la cuestión";

"Considerando que los funcionarios públicos deben desarrollar con presencia el servicio que tienen encomendado, sin plantear problemas intrascendentes en recursos gubernativos que, al retrasar artificiosamente la inscripción, mediante una especie de injustificada huelga de celo, como dice con acierto el Auto Providencial, pueden acarrear perjuicios a los interesados y al normal desenvolvimiento de la Oficina registral, haciendo intervenir por otro lado, con pérdida de tiempo, a otros funcionarios cualificados como son el propio Presidente de la Audiencia y los del Centro directivo, cuya atención debe ocuparse en cuestiones más importantes."

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado.

Consideraciones críticas.—Creo que fue en el Seminario de Derecho Hipotecario de la Audiencia de Albacete donde pronuncié una conferencia sobre la penetración de lo jurídico en el campo registral y, al afrontar el esencial principio de la calificación, destacaba las escasas excepciones que existían en las que el funcionario de turno descendía al detalle intrascendente que alejaba dicha función de lo que realmente debe ser su contenido: la auténticamente jurídico. Creo que citaba como lamentable caso el que se contenía en la Resolución de 16 de julio de 1971, al que hay que añadir el de la que ahora se comenta.

En la propensión a la finalidad —decía GONZÁLEZ PALOMINO (Estudios jurídicos de arte menor. Pamplona, 1964)— se diferencia realmente el jurista del leguleyo y del burócrata. El leguleyo es idólatra de la letra de la Ley; el burócrata lo es del requisito; el jurista, de la justicia jurídica del caso concreto, para lo que usa la ley instrumentalmente dándole cumplimiento funcional. Uno de los deportes favoritos del jurista de pura sangre es la “caza del requisito”, pero la caza del requisito en sentido venatorio: para “desrequisitar” los requisitos. Porque la mentalidad jurídica es anti-burocrática por esencia, presencia y potencia. El jurista se esfuerza en resolver los problemas. El burócrata en poner dificultades. Lo primero requiere estudio y talento. Lo segundo no.

Esas excepciones llegan, a veces, a descender a problemas tan secundarios como el de si cuando se rectifica un asiento debe ponerse un “confrontado” o un “confrontando”. Uno es realización de un hecho y otro es acción de realizar el hecho. El Reglamento de 1915 en su artículo 307 (Edición de Leyes de Medina y Maraño, pág. 232, 1943) habla de “confrontado”, mientras que el reglamento de 1947, artículo 321 (Edición de CASERO FERNÁNDEZ, Edit. Aguilar, 1960, pág. 323) añade la ene discutida, hablando de “confrontando”.

De ahí que la Dirección General en sus *considerandos* haga serias advertencias al funcionario calificador en forma indirecta estimando que el “recurso sea de escasa transcendencia jurídica”, que los defectos alegados en segundo y tercer lugar no pueden considerarse “ni casi como falta reglamentaria” y que los funcionarios públicos “deben desarrollar con presteza el servicio que tienen encomendado, sin plantear problemas intranscendentales en recursos gubernativos que, al retrasar artificiosamente la inscripción, mediante una especie de injustificada huelga de celo...”

Fundamentalmente son dos los defectos que el funcionario atribuye en su nota a la escritura presentada:

1.º *No detallarse en la descripción de la finca la naturaleza de las colindantes ni el segundo apellido de los titulares de éstas.*—Sin perjuicio de que, conforme al artículo 98 del Reglamento Hipotecario y del 18 de la Ley Hipotecaria, el Registrador debe penetrar en su calificación en la materia de los requisitos formales de los documentos que se presenten a inscripción y de “la no expresión o la expresión sin la claridad suficiente de cualquiera de las circunstancias que, según la Ley y el Reglamento, debe contener la inscripción, bajo pena de nulidad” es evidente que llevado el mismo en su letra y relacionándolos con el 30 de la misma Ley Hipotecaria, sería muy difícil hacer inscripciones que reuniesen todos y cada uno de los requisitos del artículo 9 de la Ley y 51 de su Reglamento, aparte de las especiales para ciertas inscripciones. Pero al lado de esta norma hay que tener en cuenta —por lo que a la naturaleza de las fincas colindantes se refiere— que la redacción del artículo 51, 2.º del Reglamento no parece dar a la falta de este requisito la sanción de nulidad, pues la frase “cualquier circunstancia que impida confundir con otra la finca que se inscriba” opera el milagro de ser circunstancia adicional cuando la “identidad del predio” está suficientemente comprobada, como en el caso presente.

Esta parece ser la doctrina emanada del Centro Directivo que ya el 7 de

enero de 1893 decía: "que si bien está en lo cierto el Registrador cuando entiende conduce mejor a la exacta determinación de un inmueble la expresión de la naturaleza de los predios colindantes, y así terminantemente lo previene la regla 2.^a del artículo 25 del Reglamento Hipotecario, el no hacerlo así y expresar tan sólo los nombres de los propietarios de esos predios, corruptela muy generalizada que quizá ha nacido de las propias palabras del artículo 12 de la Instrucción de 9 de noviembre de 1874, no es motivo bastante para suspender la inscripción..." La idea la repite la Resolución de 12 de abril de 1909 al decir que "no debe estimarse esta circunstancia como esencial" y la reitera la de 18 de octubre de 1911 al estimar que se pueden "también determinar los linderos por los nombres de los dueños de los predios colindantes".

La determinación de la naturaleza de los predios colindantes, expresando su carácter rústico o urbano, esta mediatisada por las ordenaciones y planificaciones a que están sometidas las diferentes clases de terrenos. La falta de unidad en la terminología de la finca, el empleo sucesivo de las expresiones terrenos, solares, predios, parcelas, así como las diferentes clasificaciones de terrenos, provoca en la actualidad excesivas dificultades en la matización descriptiva de las fincas que, en última instancia, han quedado simplificadas al nombre y apellidos de los colindantes, cuando no de los herederos de aquéllos. Habría que ir pensando en formas descriptivas más acordes con posibles métodos mecanizables, con la condición de que el legislador unificase criterios en orden a clasificaciones y denominaciones de terrenos.

2.^º *No salvarse los sobrerraspados y enmendados que se citan en la nota calificadora.*—De la redacción de la nota calificadora se deducen dos defectos por falta de salvaduras: uno, por los sobrerraspados y otro, por los enmendados. Quizá donde esté toda la esencia de la solución del recurso es en la falta de proporción que guardan los defectos con la transcendencia del mismo, pues esos tropiezos mecanográficos suelen ser de una gran frecuencia y se solventan en base de la buena relación notarial-registral sin que medie discusión alguna. En el caso presente, rota la relación, el único medio era el recurso. Bien claro resulta todo ello de los hechos y de los informes de los respectivos funcionarios, negándose el Notario a rectificar, sobre la base de que la legislación notarial contiene normas sobre salvadura de enmiendas en las matrices, pero no en las copias (cosa que el artículo 243 del Reglamento Notarial desmiente), pidiendo incluso la imposición de costas por "ignorancia inexcusable".

En el programa de oposiciones a Notarías del año 1945 y en el cuestionario sobre la materia hipotecaria, había una pregunta que decía así: "Defectos de los títulos que no tienen la consideración de faltas". Ya hice alusión a la misma y en estas páginas al comentar la Resolución de 16 de julio de 1971. A los casos que entonces se incluían al contestar la pregunta hay que añadir éste al que la Dirección no duda en adscribir a la categoría de "falta reglamentaria". Al desaparecer aquella pregunta de los cuestionarios sucesivos parecía que el concepto de "falta reglamentaria" había igualmente desaparecido, no siendo así. Por ello, el concepto de *defecto* que impide o suspende la inscripción y que tiene una doble proyección en

la Ley Hipotecaria a través de las *faltas* subsanables e insubsanables, debe ser entendido en forma extensiva englobando también aquellas "faltas reglamentarias" que no dificultan la registración.

Para precisar si las palabras no salvadas conforme al artículo 243 del Reglamento Notarial tenían esa consideración de "falta reglamentaria", habría que leerse el documento. Otra cosa hubiese sido, como suele producirse con frecuencia, la discrepancia en el nombre del adquirente que en la comparecencia el Notario asevera que lo conoce y en las estipulaciones se le alteran los apellidos, dando fe el Notario de todo ello. ¿Cuál debe prevalecer?

DESCRIPCIÓN DE FINCA.—**ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE COMPRA-VENTA QUE CONTENÍA NIMIOS DEFECTOS COMO NO HACERSE CONSTAR LA NATURALEZA DE LAS FINCAS COLINDANTES, EL NOMBRE DE UN CAMINO LINDERO O EL SEGUNDO APELLIDO DE LOS VECINOS, QUE EN NADA AFECTABAN A LA IDENTIDAD DE LA FINCA.** (Resolución de 22 de marzo de 1973.)

Hechos.—"Resultando que por escritura otorgada en Rubí el 13 de agosto de 1969 ante el Notario recurrente, doña Carmen Banal Bonavia, casada en régimen de separación de bienes, vendió a don Joaquín Sacristán Collado y su esposa, también casados en régimen de separación de bienes, una finca segregada de otra mayor, cuya descripción (de la parte segregada) era la siguiente: "Terreno edificable en término municipal de Rubí, paraje denominado El Carmelo, de superficie 639 metros cuadrados, 10 decímetros cuadrados, equivalentes a 16.915,84 palmos también cuadrados. Linda: frente en línea de 17,50 metros, como camino; derecha entrando, en línea de 44 metros, con fincas de doña Leonor Tarancón y resto de finca; izquierda, en línea de 46 metros y fondo en línea de 11 metros con resto de finca", agregándose: "la segregación se efectúa por el Este de la finca matriz, cuya superficie queda disminuida en la extensión de la porción segregada";

Resultando que presentada en el Registro primera copia de la mencionada escritura fue calificada con nota del tenor literal siguiente: "Denegada la inscripción del documento que precede por observarse los siguientes defectos: 1) no justificarse la toma de razón en el Ayuntamiento de Rubí, a efectos del arbitrio de plusvalía; 2) no detallarse en la descripción de la finca segregada y vendida, si el lindero del frente es un camino conocido por un nombre o es un camino que sirve de separación con otra finca y, en este caso, la naturaleza de la misma y el nombre y apellidos de su propietario; ni consignarse la naturaleza de la finca lindante por su derecha entrando ni el segundo apellido del titular de ésta; 3) no describirse el resto de la finca matriz en la forma preventiva en los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario que exigen como mínimo, además del lindero por donde se efectúa la segregación, como consta en la escritura, la modificación de su extensión, no bastando a este efecto decir: cuya superficie queda disminuida en la extensión de la porción segregada; 4) no salvarse en forma los añadidos y enmiendas que se realizan en la copia presentada después

de estampar el Doy Fe de la misma. Se consideran tales defectos como subsanables, no tomándose anotación de suspensión por solicitarse”;

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: que deja aparte el primero de los defectos señalados a pesar de que el propio Registrador ha inscrito centenares de escrituras sin tal requisito poniendo nota de afección del citado arbitrio; que en cuanto al segundo defecto, la Resolución de 11 de marzo de 1879 dice que está bien expresado el lindero cuando se indica que la finca linda con un camino sin mencionar el nombre de éste ni ninguna otra circunstancia; que sin embargo, el Registrador no sólo exige se diga el nombre del camino sino también la naturaleza de la finca y el nombre del titular de la situada al otro lado del mismo; que el criterio científico y jurisprudencial sobre este punto es de la máxima tolerancia como demuestran las Resoluciones de 7 de enero de 1893, de 26 de marzo de 1909 y 18 de octubre de 1911, entre otras; que el defecto tercero achaca a la escritura una supuesta infracción de los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario cuando precisamente se han cumplido con rigor sus normas como puede comprobarse a la vista de su texto y de la Resolución de 23 de octubre de 1965; que la práctica notarial y registral es constante en la admisión de segregaciones con menos requisitos que los contenidos en la escritura calificada; que la dureza de la calificación parece que no tiene más finalidad que obstaculizar la labor del Notario autorizante de la escritura; y que el modo de salvar las correcciones o enmiendas, está regulado por el artículo 243 del Reglamento Notarial y se han cumplido con exceso sin que entienda qué quiere decir el Registrador con su expresión de salvar “en forma”;

Resultando que el Registrador informó: que no es cierto que haya admitido centenares de escrituras sin la toma de razón en el Ayuntamiento a efectos del pago del arbitrio de plusvalía, y aunque este defecto no es objeto de recurso, quiere hacerlo constar; que en cuanto al segundo defecto, el artículo 51 del Reglamento Hipotecario no sólo exige que se expresen en la descripción de las fincas sus linderos por los cuatro puntos cardinales, sino también la naturaleza de las colindantes y cualquier otra circunstancia que impida su confusión; que el consignar como lindero un camino sin especificar nombre, no aclara lo suficiente por lo que es necesario señalar otras circunstancias que eviten con otra la finca que se inscriba; que la obligación de expresar la naturaleza de la finca colindante no es un capricho del calificador, sino una exigencia legal que no se puede considerar derrogada por una corruptela tolerada a veces por circunstancias especiales; que el no consignar el segundo apellido del dueño de la finca colindante es otro defecto que impide la perfecta identificación de la que se pretende inscribir; que el criterio de tolerancia seguido por otros Registradores no obliga al funcionario calificador, como tiene declarado la Resolución de 18 de noviembre de 1960; que en cuanto al tercer defecto, los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario exigen que se consignen como mínimo, en cuanto al resto de la finca matriz, no sólo el lindero por donde se efectúa la agregación, sino también la modificación en su extensión, y esta exigencia no puede estimarse cumplida con la manifestación de que la superficie de la

misma queda disminuida en la extensión de la porción segregada, sino que debe expresarse con arreglo al sistema métrico decimal, según el espíritu de la Resolución de 23 de octubre de 1965; y que, en cuanto al cuarto defecto, en el caso de subsanación de errores observados después de poner el Doy Fe, debe procederse como previenen las últimas palabras del artículo 243 del Reglamento Notarial cuando habla de nota posterior autorizada de igual modo que la copia, criterio seguido por la Resolución de 27 de noviembre de 1929, siendo también digna de mención en este punto la de 1 de febrero de 1890;

Resultando que el Presidente de la Audiencia revocó la nota del Registrador en cuanto a los defectos recurridos, por razones análogas a las expuestas por el Notario recurrente, considerando que el riguroso criterio registral se debe a motivos personales contra el fedatario, como pudo apreciar ya en otro recurso planteado entre los mismos funcionarios, lo cual puede provocar una corriente desinscribitoria, razón por la cual deben imponerse las costas al funcionario calificador."

Doctrina.—“Considerando que en el presente recurso se plantean algunas de las cuestiones que han sido ya resueltas por este Centro Directivo en la Resolución de 21 de marzo de 1973, en que se declaró que no es motivo suficiente para suspender una inscripción la circunstancia de que la descripción del inmueble contenida en la escritura calificada no se expresa la naturaleza de los predios colindantes, tal como se establece en el artículo 51 del Reglamento Hipotecario o se omitiese el segundo apellido de los titulares de las mismas —requisito no exigido en ninguna disposición legal o reglamentaria—, máxime cuando la descripción coincide con la de los libros registrales y no puede surgir ninguna duda respecto a la identidad de la finca, y lo mismo habrá igualmente de indicarse respecto al resto de este defecto segundo en relación a la constancia del nombre del camino que sirve de separación con la otra finca, así como a la naturaleza de ésta y el nombre y apellidos, en su caso, del propietario”;

“Considerando que en cuanto al defecto cuarto la indicada Resolución manifestó que en ningún caso podría calificarse como defecto que obstaculizarse el ingreso en el Registro de documento calificado, las enmiendas o sobrerraspados realizados en la copia presentada, que en último término podrían ser subsanados a través de los medios establecidos en el artículo 243 del Reglamento Notarial, y que en nada afectan al documento en sí”;

“Considerando por último, que en cuanto al defecto tercero, el propio funcionario calificador reconoce en la Nota que se ha cumplido con lo establecido en los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario, al indicarse en la escritura el lindero por donde se ha efectuado la segregación; y sin que pueda tomarse en consideración que no se haya hecho constar numéricamente la extensión superficial del resto, pues es indudable que al señalarse la superficie de la totalidad del inmueble, así como la de la porción segregada y expresarse que ha quedado disminuida la primera en esta última extensión, una simple operación de restar despeja la cuestión matemática que podrían plantearse.”

Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que re-

vocó los defectos segundo, tercero y cuarto de la Nota de calificación, únicos sobre los que se planteó debate.

Consideraciones críticas.—La presente Resolución aborda problemas similares a la anterior comentada de 21 de marzo de 1973, no ya sólo por ser la relación notario-registral la misma, sino los supuestos de hechos casi similares. La tirantez de relaciones sigue permaneciendo y es lógico que la única defensa del derecho —tozuda o inteligentemente sostenido— tenga el cauce del recurso gubernativo.

De todo ello se deduce que en este comentario crítico no vamos a abordar esa serie de problemas que antes exponíamos en torno a la descripción de las fincas y la naturaleza de las colindantes, así como la problemática de la salvadura de errores y enmiendas hechas en la escritura o copia que se presenta a registración. Es decir, de los cuatro defectos que se alegan, sólo tres de ellos son objeto de recurso, pues la falta de presentación al Ayuntamiento a efectos de plus valía no se incorpora al recurso y, de los tres restantes, sólo uno de ellos aparece como nuevo en el campo del comentario. Se refiere al caso de si en una segregación debe o no describirse el resto de la finca matriz en la forma prevenida en los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario que exigen como mínimo, además del lindero por donde se efectúa la segregación, como consta en la escritura, la modificación de su extensión, no bastando a este efecto decir: cuya superficie queda disminuida en la extensión de la porción segregada.

La Dirección General en este punto “abre manga” y estima que no debe “tomarse en consideración que no se haya hecho constar numéricamente la extensión superficial del resto, pues es indudable que al señalarse la superficie de la totalidad del inmueble, así como la de la porción segregada y expresarse que ha quedado disminuida la primera en esta última extensión, una simple operación de restar despeja la cuestión matemática que podría plantearse”.

Es curioso cómo en el momento de la calificación del acto de segregación y, a efectos de permitir su inscripción, se haga uso del cálculo matemático, que no es del todo ajeno a la legislación hipotecaria. Es decir, las matemáticas no suelen estar reñidas con el campo de lo jurídico y, de ahí, que la Dirección intente justificar su decisión a través de este campo que se presume fácilmente dominado por el funcionario calificador. Hay un precepto, de todos conocido, en el que a los efectos del pacto de intereses que pueden perjudicar a terceros el mismo no puede exceder de “cinco años” (artículo 114, 2º Ley Hipotecaria), permitiéndose en el artículo 220 del Reglamento Hipotecario que se pacte una “cantidad global para responder del pago de intereses”, pero que no podrá exceder del importe de cinco anualidades, lo cual obliga —como dice LA RICA— “al Registrador a un fácil cálculo matemático para comprobar si la responsabilidad global rebasa o no la autorización legal. En el caso de que excediera, procederá, a mi juicio, inscribir la escritura haciendo constar que la finca sólo queda responsable por intereses de la cantidad máxima autorizada por la Ley, cinco anualidades o la suma equivalente, y denegándose el pacto en cuanto al exceso, ya que estas denegaciones parciales de pactos o cláusulas aisladas está ex-

presamente autorizada hoy por el artículo 434, párrafo segundo, del Reglamento".

Analizando este precepto y la facultad de cálculo matemático del Registrador vemos que el cálculo debe hacerse a los efectos de hacer o no constar la cantidad global que figura en la escritura, mientras que en el caso de segregación, lo que parece obligar la Dirección al Registrador es a un cálculo, no para saber si es legal "el resto" que queda, sino para hacerlo constar así en la inscripción. Aunque la frase esté incluida en uno de los apartados del artículo 51 del Reglamento Hipotecario que para nada se refiere a las fincas (número 9 del mismo), es evidente que tiene un carácter general de prohibición para el Registrador extensivo a cualquier materia. Me estoy refiriendo a la frase: "sin que sea permitido al Registrador, ni aun con acuerdo de las partes, añadir ni quitar ninguna circunstancia".

Entiendo que ese argumento y el que la segregación es una de las operaciones más delicadas en las que el funcionario que autorice el documento debe poner su máxima diligencia, precisando extensiones superficiales totales, extensiones segregadas y restos, sobre todo en aquellos casos en los que sobre la parcela que queda se constituye cualquier derecho limitativo del dominio, son razones que me impiden admitir la doctrina de la Dirección General que no la encuentro muy apoyada por resoluciones anteriores ni por razones doctrinales de peso, aparte de estimarla enormemente peligrosa, ya que puede facilitar en su día "una alegre, confiada y viciosa" actuación notarial.

Podríamos citar, en un esquema comprimido, diversas Resoluciones de la Dirección General que no encajan con este argumento matemático que ahora la misma utiliza. Por orden cronológico cito la de 20 de junio de 1945 en la que se dice: "Para conseguir tal objeto, una buena práctica notarial aconseja la descripción hipotecaria no sólo de la parte segregada, sino del resto de la finca primitiva, sin perjuicio de que en el Registro se extienda la nota reglamentaria en términos claros y precisos; evitándose así que al operar sobre el resto de la finca no se identifiquen ésta". La de 14 de junio de 1963 en la cual se dice que "cuando con anterioridad al contrato de que se trate se haya efectuado alguna segregación de la finca a que se refiera, deberá de precisarse y actualizarse la descripción del resto de la finca matriz en la nueva escritura, conforme exigen los artículos 170 y 171 del Reglamento Notarial". Por último, la Resolución que utiliza el Notario en sus argumentos es otro a favor de la tesis que sostenemos, pues en la misma (23 de octubre de 1965) se dice que "se haga constar solamente la modificación en la extensión y el lindero o lindero por donde se haya efectuado la segregación" y de las circunstancias de hecho del supuesto resulta que en la escritura no se ha hecho constar la modificación de la extensión, sino que la misma ha de ser DEDUCIDA por el Registrador en base de los datos que se le suministran. Aparte de ser falsa la afirmación de que los artículos 47 y 50 del Reglamento Hipotecario prescriben que, en lugar de describir la porción restante, se haga constar solamente la modificación de la extensión, ya que el artículo 50 es claro que "aconseja", si fuera posible, la descripción de la porción restante, y no siendo posible la modificación

de la extensión. Es decir, todo lo contrario de lo que predica esa Resolución.

Todo ello, como es natural, con las necesarias reservas que las directrices del alto organismo me imponen, aunque en este caso mi sentido crítico y práctico hagan inclinar la balanza en contra de las mismas.

SUSPENSIÓN DE PAGOS.—AUNQUE FIGURE ANOTADA EN EL REGISTRO LA SUSPENSIÓN DE PAGOS DEL TITULAR DE UNA FINCA, ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA DE SEGREGACIÓN Y OPCIÓN DE COMPRA OTORGADA CON ANTERIORIDAD, AUNQUE SE PRESENTE DESPUÉS DE EXTENDERSE LA CITADA ANOTACIÓN. (Resolución de 14 de junio de 1973.)

Hechos.—“Resultando que por escritura otorgada ante el Notario de Madrid, don José Luis Martínez Gil, el 8 de julio de 1970, la Compañía Mercantil Construcciones Pujol, S. A., debidamente representada por su Administrador, don Ramón Pujol Planas, segregó de una finca mayor que pertenecía a la Empresa, conocida por “El Rosal” y comprensiva de las parcelas 101 y 111 del Polígono 5 en el término de San Sebastián de los Reyes, un trozo de tierra “al sitio denominado El Burrillo o Prado de San Juan, de una superficie de 15.312 metros cuadrados aproximadamente y que linda al Norte con fincas de Roque Crespo y Juan Ramón, al Sur con finca de herederos de Saturio Sivit, al Este con Juan Ramón y al Oeste con resto de la finca que se segregó; que en la misma escritura, Construcciones Pujol concedió a don Antonio Canal Aguilera “el derecho de opción de compra de la parcela de terreno segregada y descrita”, conviniéndose que la duración de la opción sería de dos años y el precio de venta 100.000 pesetas; y que, en virtud de providencia firme dictada el 5 de agosto de 1970 por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sabadell, se admitió la solicitud de suspensión de pagos de la Sociedad vendedora y librado mandamiento causó anotación preventiva en el Registro de Colmenar, el 17 de diciembre de 1970;

Resultando que presentada en el citado Registro, el 21 de mayo de 1971, primera copia de la referida escritura, fue calificada con la siguiente nota: “NO ADMITIDA la inscripción del precedente documento de segregación y opción de compra, por los siguientes defectos: 1) No constar que la segregación se haya efectuado con la oportuna licencia administrativa. 2) Y figurar ya anotada en el Registro la suspensión de pagos de la Compañía mercantil “Construcciones Pujol, S. A.”, con la consiguiente limitación real en función de los fines que tal procedimiento tiende a cumplir, lo que impide extender dicha inscripción, de conformidad con la Ley de 26 de julio de 1922, por estimarse insubsanable el último defecto”;

Resultando que el nombrado Procurador, en la representación que ostentaba, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que es improcedente la exigencia del Registrador de licencia administrativa para la segregación realizada, puesto que la finca afectada es rústica, sin que por otro lado se indique en la nota la norma legal infringida; que la suspensión de pagos supone una limitación de capacidad del suspenso, pero no implica una restricción real como parece pretender el Registrador; que ade-

más, las limitaciones que sufre una persona en estado de suspensión de pagos no puede ser calificadas de incapacidad absoluta, sino como restricciones que afectan sólo parcialmente a su capacidad; que no existe precepto legal alguno que equipare al suspenso con el incapaz absoluto como es el caso del loco o del menor de edad, disponiendo por el contrario la Ley de Suspensión de Pagos, en su artículo 6.º, que "el comerciante suspenso conservará la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios con las limitaciones que en cada caso fije el Juzgado"; que por ello entiende que: 1.º La iniciación de un expediente de suspensión de pagos no puede perjudicar derechos anteriores. 2.º Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. 3.º Aun cuando se tratara de actos del suspenso posteriores a la providencia judicial en suspensión, no existe fundamento legal para pensar que tales actos son nulos de pleno derecho, sin perjuicio, en su caso, de las acciones que pudieran corresponder a terceros. 4.º Es dudoso que la intervención de operaciones que prevé la Ley de Suspensión de Pagos alcanza a actividades no mercantiles; y que, como fundamentos de derecho señalaba los artículos 71 de la Ley Hipotecaria, 14 y 142 del Reglamento para su ejecución y 4 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922;

Resultando que el Notario autorizante de la escritura informó: Que el capítulo 3.º de la vigente Ley del Suelo y Ordenaciones Urbanas de 12 de mayo de 1956, dice en el título 2.º, artículo 77-1, que "se considerará parcelación urbanística la división de terrenos en dos o más lotes, cuando uno o varios de ellos hayan de dar frente a alguna vía pública o privada, existente o en proyecto, o esté situada en distancia inferior a 100 metros del borde de la misma"; que el artículo 79, número 2, agrega que "toda parcelación y reparcelación urbanística quedarán sujetas a licencia"; que el número 3 de este mismo artículo establece, en consecuencia, que los Registradores de la Propiedad exigirán para inscribir escrituras de división de terrenos, que se acredite el otorgamiento de la correspondiente licencia; que la lectura de los citados preceptos se deduce claramente su inaplicabilidad al caso debatido, ya que se trata de una finca rústica que no da frente a ninguna vía pública ni privada ni está situada a menos de 100 metros del borde de la misma; que a las fincas rústicas se refiere el artículo 69 de la citada Ley del Suelo que prohíbe los fraccionamientos de terrenos que rompan la unidad mínima de cultivo señalada en los planes generales; que por todo ello parece evidente que no puede aplicarse en el presente caso lo dispuesto en el artículo 79 de la mencionada Ley del Suelo ni la Circular del Área Metropolitana de Madrid de 17 de junio de 1966, sino que en todo caso surgiría un derecho de retracto conforme a lo dispuesto en la Ley de 15 de julio de 1954; que resulta claro que la segregación de una parcela rústica de 15.312 metros cuadrados no encubre ni puede encubrir una parcelación clandestina que es lo que la Ley del Suelo trata de evitar; que las anotaciones preventivas de resoluciones judiciales de suspensión de pagos, parece que son consideradas por el legislador como anotaciones de demanda de incapacidad y no como prohibiciones de disponer que es como parece las califica el Registrador; que de todos modos no procede el cierre del Registro ya se califique la anotación preventiva de una forma u otra; y que si se califica de inca-

pacidad, los efectos son que la anotación pesa como una amenaza para los posibles adquirentes posteriores del demandado que podrá, sin embargo, inscribir su adquisición sujeta a las contingencias de la resolución que en definitiva se dicte en el procedimiento, y si se califica de prohibición de enajenar, sus efectos son los de impedir el acceso al Registro de actos dispositivos otorgados con posterioridad a la práctica de la anotación de suspensión de pagos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 145 de su Reglamento, en relación con el 1923 del Código Civil;

Resultando que el Registrador informó: que dado el texto literal del artículo 77 de la Ley del Suelo, generalmente interpretado con amplitud y por estar la finca objeto del recurso en el término municipal de San Sebastián de los Reyes, expresamente sujeto a las normas dictadas por la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid, así como por implicar la segregación de que se trata una división de terrenos de secano en la que tanto la superficie de la porción segregada como la del resto de la finca matriz son inferiores a 2,5 hectáreas, el Registrador tiene obligación de exigir la oportuna licencia administrativa para poder practicar la inscripción, de conformidad con el número 2 del Acuerdo de dicha Comisión, de 20 de abril de 1966, comunicado a la Dirección General de los Registros y del Notariado y publicado por ésta en Resolución de 17 de junio del mismo año, por lo que la falta de tal licencia constituye un defecto subsanable; que la dificultad para la inscripción de la opción de compra no radica en que ésta no reúna los requisitos legales, sino en la oposición a un asiento registral vigente; que la suspensión de pagos es un procedimiento de ejecución universal que procura la igualdad de todos los acreedores salvo los que tengan la condición de especialmente privilegiados; que por ello quedan en suspenso hasta la terminación del expediente todos los juicios ordinarios o ejecutivos en que se persigan bienes del deudor, excepto aquéllos que estén especialmente hipotecados o pignorados; que, en consecuencia, el artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos impide la práctica de todos los embargos y administraciones judiciales una vez que se haya solicitado la suspensión, ordenando que sean los interventores nombrados quienes actúen a partir de ese momento, los cuales no podrán lícitamente satisfacer su crédito a ningún acreedor singular, como declaró la Resolución de 14 de noviembre de 1968; que la citada Resolución y la de 26 de los mismos mes y año confirmaron la denegación por el Registrador de anotaciones preventivas de embargos decretados con anterioridad a la fecha de la declaración del estado de suspensión de pagos del deudor, por oponerse a ello la naturaleza, efectos y consecuencias del expediente y el asiento registral de la suspensión; que el Registro de la Propiedad se rige por el principio "prior tempore potior iure" y cuando se presentó la escritura de opción de compra ya figuraba anotada la suspensión de pagos de la Sociedad otorgante de la opción; que sin necesidad de examinar la conocida distinción entre incapacidades y prohibiciones de disponer, aunque el artículo 142 del vigente Reglamento Hipotecario considera incapacidad la situación de suspenso, de la norma 4 del artículo 166 parece deducirse, como opina un ilustre comentarista, que "en el caso del suspenso no existe ningún

problema de capacidad, sino de simple limitación real en función de los fines que el procedimiento tiende a cumplir"; y que el artículo 71 de la Ley Hipotecaria, al disponer que los bienes inmuebles o derechos reales sujetos a anotación preventiva pueden ser enajenados o gravados, no establece una norma tan absoluta que carezca de excepciones, sino que establece una regla general que permite la inscripción de dichas enajenaciones o gravámenes, salvo que la anotación implique el cierre del Registro, impidiendo la inscripción de tales actos como sucede en la prohibición de enajenar o en el legado de cosa específica inmueble propia del testador o cuando refleja la suspensión de pagos del titular registral;

Resultando que el Presidente de la Audiencia, aceptando razonamientos de las partes contendientes, confirmó la nota del Registrador en cuanto al defecto primero, considerando subsanable (falta de licencia administrativa), revocándola respecto del segundo (anotación de la opción de compra) por haber sido otorgada la escritura con anterioridad a la anotación de suspensión de pagos;

Resultando que el funcionario calificador se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores argumentos."

Doctrina.—"Considerando que al haber sido confirmado por el Auto presidencial el primero de los defectos señalados en la nota calificatoria, sin que contra dicho pronunciamiento se haya recurrido, la única cuestión planteada en este expediente consiste en determinar si es inscribible una escritura de segregación y concesión de opción de compra otorgada en nombre y representación de una sociedad anónima cuando, con posterioridad al otorgamiento pero antes de ser presentada la escritura en el Registro, aparece extendida la anotación preventiva de suspensión de pagos de dicha sociedad";

"Considerando que la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922 procura proteger los intereses de los acreedores del comerciante suspenso y evitar que el mismo pueda realizar actos dispositivos en perjuicio de aquéllos, por lo que una de las limitaciones que expresamente se le impone, conforme al artículo 6.^o de la citada Ley, es la de necesitar el acuerdo de los interventores, o autorización del Juez, si éstos no hubiesen tomado posesión de su cargo, "para toda obligación que pretenda contraer y para celebrar todo contrato", con posible responsabilidad penal en caso de incumplimiento, y la sanción de nulidad para los actos que realice sin dichas intervención o autorización";

"Considerando que al quedar ampliamente afectada la situación patrimonial del comerciante declarado en estado de suspensión de pagos, el artículo 4.^o de la Ley Especial ordena que la providencia en la que se tenga por solicitada tal declaración se anote en el Registro de la Propiedad donde estén inscritos los inmuebles del suspenso, precepto que se reitera en el artículo 142 del Reglamento Hipotecario, sin que ofrezca dificultad la solución, que habrá de ser forzosamente negativa, en los supuestos de actos dispositivos otorgados con posterioridad a la anotación y que hayan sido realizados exclusivamente por el comerciante suspenso";

"Considerando que en cuanto a los actos verificados antes de producirse el estado de suspensión del comerciante, pero que acuden al Registro de la Propiedad una vez practicada la anotación que declara esta situación, han

de ser admitidos y producen su inscripción, y ello tanto si se estima —cuestión muy debatida— que se trata de una incapacidad y se aplica el artículo 142 del Reglamento Hipotecario al ser válidos los actos realizados por el incapaz antes de la fecha en que surte efectos hipotecarios la declaración de incapacidad, como si se considera que se está ante una prohibición de disponer, pues en virtud del artículo 145 del mismo Reglamento las anotaciones de este tipo no son obstáculo para que se practiquen las inscripciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho real objeto de la anotación”;

“Esta Dirección General ha acordado confirmar el Auto apelado que revocó el defecto segundo de la nota del Registrador, único que ha sido objeto de debate.”

Consideraciones críticas.—Las razones justificativas de la aparición de las suspensiones de pagos suelen venir motivadas por desequilibrios económicos de difícil diagnóstico. Hace algún tiempo —cuando aparecía en el campo español la figura de la suspensión de pagos con su amenaza de masividad— escribí un comentario en el “Boletín de Información del Colegio Nacional de Registradores” (número 92, junio 1974, pág. 335), sobre el aspecto fiscal de la suspensión, vaticinando la problemática que se iba a plantear con la profusión de la figura.

Simultáneamente el Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón estudió el aspecto hipotecario de las anotaciones preventivas al hilo de los pronunciamientos de la Dirección General y, posteriormente, afronté en otra publicación la naturaleza jurídica de la situación del suspenso en orden a sus posibles repercusiones hipotecarias. Sin embargo, quedaba marginado el problema que la Resolución actual plantea, pues el cierre o no del Registro, una vez anotada la situación de suspensión no se refiere a actos posteriores a la misma, sino a actos “anteriores”, que se presentan con posterioridad a la anotación preventiva dicha.

No hace mucho —en el ABC de mediados del mes de abril de 1975 y en sus páginas de economía— leía un artículo sobre el “Beneficio de la suspensión de pagos”, que firmaba JOSÉ LUIS CAÑAVATE, y en él se decía, con mucho humor, que la Ley de 26 de julio de 1922 fué promulgada para que los comerciantes privados de liquidez, pero con activo patrimonial superior al pasivo crediticio, se acogieran a sus beneficios, evitando así esa “ley de la selva” en que los acreedores con menos escrúpulos, mayor frialdad o mejor asesorados, se llamaran a la “parte de león” y con ejecuciones rápidas, fueran los únicos que cobrasen, dejando los “huesos” para los restantes acreedores. Con estas desenfadadas frases el autor citado viene a explicarnos el fundamento y la razón de la anotación preventiva que evita, por el juego de la publicidad registral, el que el Registro pueda servir de apoyo a esas posibles maquinaciones fraudulentas.

Quizá en ese fundamento de la anotación esté toda la esencia del pronunciamiento de la Dirección General, pues no cabe duda que la normativa legal en torno a la suspensión de pagos está ideada como un beneficio que trata de evitar —con actos posteriores— ciertos perjuicios. El mecanismo de la retroacción —típico de la quiebra— no entra, en principio, para la evaluación

de los actos "anteriores" y sólo se centra en lo que se refiere a los actos "posteriores".

Hemos centrado exclusivamente el comentario al problema de la suspensión, pues aun cuando el Registrador puso al documento que pretendía la inscripción dos defectos, sólo al que se refiere la inscripción del acto "anterior" a la suspensión se circunscribe la decisión de la Dirección. Como en la misma, sin embargo, se hace referencia, aunque no se soluciona el problema de la naturaleza de la anotación preventiva (si es de incapacidad o de prohibición de disponer), así como se hace referencia a la postura de las anteriores resoluciones que intentaron solucionar otros casos, creo que es oportuno plantear en este comentario tres apartados que van a esquematizar los puntos en los que se mueve la doctrina de la Dirección.

A) *Naturaleza de la anotación de suspensión.*—Notarialmente es conocida la evolución histórica legislativa, que con tanto acierto trató OLIVENZA RUIZ (*Publicidad registral de suspensiones de pagos y quiebras*, Madrid, 1963), y que va desde la legislación hipotecaria de 1861, en el que no se mencionaba para nada a los supuestos de suspensión de pagos y quiebras y que sólo por asimilación cabían dentro de la frase "modificaciones de capacidad" de que hablaba el Reglamento en su artículo 4.º, hasta la legislación actual, que "regresa" al buen camino iniciado por la legislación de 1861 al considerar a dichas anotaciones como de "incapacidad", sin perjuicio de la legislación de 1909 y, sobre todo, del Reglamento de 1915, en los que había argumentos para configurar dicha anotación como de "prohibición de disponer".

Doctrinalmente, la postura que priva es la de estimar que el vigente Derecho hipotecario deja de encajar el reflejo registral de situaciones concursales en los supuestos de prohibición de enajenar (número 4, del artículo 42 de la Ley Hipotecaria), y plantea nuestro tema en el plano de las modificaciones de la capacidad de las personas, volviendo con ello a la primitiva legislación de 1861. Así opina el autor antes citado —OLIVENZA RUIZ— y sostiene dicha postura ROCA SASTRE, estimando que la referencia que del artículo 42, 5.º, hace el artículo 142 del Reglamento Hipotecario es correcta, pues reiterada jurisprudencia tiene declarado que la quiebra entraña "incapacidad", como bien claramente dispone el artículo 878 del Código de Comercio al expresar que el declarado en quiebra queda inhabilitado para la administración de sus bienes. CAMY SÁNCHEZ CAÑETE sigue esta misma línea, diferenciando las llamadas prohibiciones de disponer de las declaraciones de prodigalidad, que sólo impiden al incapacitado la enajenación de sus bienes.

Frente a esta clara posición de la doctrina dominante, el Seminario de Derecho Hipotecario de Aragón, en el artículo antes citado, entiende que la doctrina, al perfilar la situación de incapacidad, se está refiriendo a la de quiebra, pero no a la de suspensión, pues no puede predicarse lo mismo de una y otra. Mientras la suspensión conduce a una conservación de la capacidad de administración y a una limitación de los actos de enajenación, la quiebra supone un supuesto de inhabilitación especial. De ahí que la suspensión de pagos deba encuadrarse más en el ámbito de las prohibiciones de disponer que en el de las incapacidades.

Mi posición es distinta de todas éstas. Entiendo que la suspensión de pagos coloca al suspenso en una situación semejante a la del emancipado,

que, conforme al artículo 318 del Código civil, está habilitado para ejercer todos los derechos sobre su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que no llegue a la edad de mayoría no puede tomar dinero a préstamo, gravar ni vender los bienes sin el consentimiento de su padre, madre o tutor. Las diferencias de ambas situaciones, perfectamente encajables dentro de la teoría del estado de las personas, es que la emancipación concede derechos antes inexistentes, mientras que la suspensión restringe los que antes se disfrutaban. Niego, por ello, que pueda tratarse de una prohibición de disponer y sí creo que se trata de un estado especial de la persona sujeta a unos controles para ciertos actos decisivos que puedan perjudicar la situación de los acreedores. De ahí que en la disyuntiva de adscribirse a una clase de anotaciones, debe inclinarse la balanza en razones de analogía por las de "incapacidad", en base del número 4.^º del artículo 2.^º de la Ley Hipotecaria que habla de "cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes".

Pero lo importante del caso es que, aun precisada la naturaleza de la anotación preventiva de la solicitud (pues luego de esta anotación cabe la práctica de la inscripción en el libro de incapacitados, artículos 386 y sigs. del Reglamento Hipotecario y la inscripción, en su día, de la declaración de suspensión, concurso o quiebra en los libros de inscripciones), lo cierto es que en nada influye para decidir la inscripción de los actos "anteriores" a la declaración de suspensión. Es la tesis que mantiene el Notario en su informe —con una ligera variante a la que aludiremos— y que recoge la Dirección General en su cuarto considerando: "... y ello tanto si se estima —cuestión muy debatida— que se trata de una incapacidad y se aplica el artículo 142 del Reglamento Hipotecario al ser válidos los actos realizados por el incapaz antes de la fecha en que surte efectos hipotecarios la declaración de incapacidad, como si se considera que se está ante una prohibición de disponer, pues en virtud del artículo 145 del mismo Reglamento, las anotaciones de este tipo no son obstáculo para que se practiquen las inscripciones basadas en asientos vigentes anteriores a la del dominio o derecho real, objeto de la anotación".

Entiendo que el razonamiento no puede ser más lógico, pues si con anterioridad a la solicitud de suspensión de pagos, el "futuro" suspenso era plenamente capaz y no quedaba limitada su actuación por ninguna clase de restricciones, es evidente que dichos actos eran plenamente válidos y susceptibles de producir toda clase de efectos, así como ser amparados por una publicidad registral que les diese su eficacia total. Negar la inscripción de dichos actos anteriores a la petición de suspensión es perjudicar a un posible "tercero" con un "derecho adquirido" y torcer el principio de voluntariedad de la inscripción que sufriría en este caso la dura sanción de que, por no haber acudido en su momento "oportuno", se ve relegado por la aparición de una anotación preventiva de solicitud de suspensión de pagos, cuya función fundamental es prevenir a los posibles adquirentes de la situación en que se encuentra el transmitente.

No encuentro muy afortunada la cita del artículo 1923 del Código civil, que hace el Notario en su informe —y me imagino que referida al número 4.^º de dicho artículo—, pues la situación "concursal" es diferente de la inter-

media de la "suspensión de pagos", aparte de que el artículo habla de "créditos anotados en virtud de "embargo, secuestros o ejecución de sentencias" y aquí lo único que hay es una solicitud de suspensión y un mandamiento judicial en el que se ordena al Registrador "anotar preventivamente" la solicitud de suspensión. Entiendo que la semejanza es peligrosa en cuanto estas asimilaciones entre suspensiones, concursos y quiebras pueden provocar la temeraria aparición de la "retroacción" de la quiebra, excepción al principio de fe pública registral (artículo 878 del Código de comercio y la conocida Sentencia de 17 de marzo 1958).

Pudiera ser que la solución del presente caso estuviese en una interpretación "abierta" del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, donde la frase "no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le *oponga o sea incompatible*", da pie para especular doctrinalmente sobre esa oposición o incompatibilidad que no parece encajar en el presente caso. Acaso tenga razón —y esto ya lo he dicho en otra ocasión— TIRSO CARRETERO cuando me reta a profundizar en la distinción entre prioridad sustantiva (artículos 32 y 145, 2.º, de la Ley Hipotecaria) y la prioridad formal (artículo 17 y 313 de la misma). El caso que se ofrece en este problema entra en eso que el autor citado llama "prioridad sustantiva", que supone una alteración del principio "prior tempore, potior iure".

B) *Doctrina de la Dirección General.*—Son varias las resoluciones que la Dirección General ha dedicado al problema de la suspensión de pagos, abordando fundamentalmente el problema de si son o no inscribibles las anotaciones de embargo posteriores a la anotación preventiva de la solicitud de la suspensión de pagos. Es curioso que los "vistos" de la Resolución no se cita más que una de ellas, haciéndose mención de otras que tratan de supuestos diferentes, aunque relacionados.

Así, la de 8 de marzo de 1943 (en los vistos erróneamente se dice que es de 2 de marzo de 1943) enfoca y resuelve un problema de "prohibición de enajenar" reflejada registralmente a través de una anotación y que excluye la aplicación del artículo 71 de la Ley Hipotecaria. La de 7 de febrero de 1959 referente al principio de prioridad y al juego de los actos anteriores a la anotación de prohibición de enajenar, conforme a la doctrina del artículo 145 del Reglamento Hipotecario. La de 24 de abril de 1959 se refiere al caso de una quiebra y el problema de la retroacción de la misma. Por último, la Resolución de 26 de mayo de 1965, aunque aborda el problema de la prioridad parte de un supuesto totalmente distinto del que ahora se plantea. En la Resolución existía pendiente de despacho la constitución de una hipoteca y antes de procederse a su inscripción llega al Libro Diario de presentación un mandamiento ordenando anotación por razones de incapacidad del titular registral. En el caso que contemplamos sucede todo lo contrario, ya que previamente consta la anotación de suspensión de pagos y posteriormente se presenta la escritura de segregación y opción de compra otorgada antes de la anotación.

Las Resoluciones que verdaderamente afrontan el problema de la suspensión de pagos en cuanto a la posible práctica de asientos posteriores de otras anotaciones, son las de 15 de febrero de 1962, que entiende que a pesar de la anotación preventiva de suspensión cabe la práctica posterior de la

anotación preventiva de embargo “dada la naturaleza cautelar y de garantía que el embargo supone, cabe estimar que la anotación podrá realizarse con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho”. La Resolución de 14 de noviembre de 1968 entiende todo lo contrario de la Resolución anterior y estima que no cabe la práctica de la anotación de embargo, pues es fundamental mantener el principio de igualdad de todos los acreedores al amparo de lo que dispone el artículo 9.º, párrafos 4 y 5 de la Ley de Suspensión de Pagos. Las Resoluciones de 14, 15 y 16 de diciembre de 1971 (citada la primera de ellas en los “vistos”) siguen la misma línea apuntada de admisibilidad de las anotaciones posteriores en base de la misma idea de aseguramiento. Por último, la Resolución de 23 de noviembre de 1973 intenta una posición conciliadora que resulta desconcertante: no se admite la anotación de embargo, pues estando anotada la suspensión de pagos, se observa el defecto subsanable de no contener el mandamiento la salvedad de no llegar a la ejecución mientras no se haya terminado el expediente de suspensión. Es decir, se esgrime la posibilidad de practicar la anotación, con el fin de permitir al interesado el aseguramiento de su derecho, pero sin que se permita la ejecución mientras no se solucione el expediente de suspensión. La solución no puede ser más híbrida, peligrosa y, en el fondo, llena de candidez.

Como vemos, es muy difícil extraer de la doctrina de la Dirección una solución para el caso presente, pues todos los supuestos se refieren a casos que surgen con posterioridad a la práctica de la anotación de suspensión, lo cual no quiere decir que esta doctrina deba ser aplicable al caso especial que la Resolución plantea.

C) *Solución para el caso de actos anteriores.*—El Notario en su informe vierte —tal y como lo extraigo del resumen oficial de que dispongo— una idea inexacta en torno a los efectos de la anotación de petición de suspensión, ya que dice que si la anotación se califica como similar a las de incapacidad “los efectos son que la anotación pesa como una amenaza para los posibles adquirentes posteriores del demandado, que podrá, sin embargo, inscribir su adquisición sujeta a las contingencias de la resolución que, en definitiva se dicte en el procedimiento”. Digo que esta frase es inexacta, pues tomada en un sentido literal parece que “cualquier” acto otorgado con posterioridad a la petición de suspensión puede inscribirse y quedar sujeto a esa especie de condición que la solución del expediente ha de despejar. Y no es así, ya que el Registro solamente debe permitir la entrada de los actos realizados por el suspenso con las debidas autorizaciones que la Ley de Suspensión de Pagos impone.

Aunque la semejanza de esta anotación es grandísima con las de demanda, aquí surge un “algo” que impide su plena asimilación. No hay que olvidar que la suspensión de pagos genera un estado especial en el que el suspenso queda sujeto a unas exigencias que limitan su capacidad dispositiva, cosa que no sucede en los casos de anotaciones preventivas de demanda, las cuales permiten la inscripción posterior de los actos, quedando los mismos sujetos a las posibles contingencias del pleito planteado. La anotación preventiva es —en las de demanda— el “farolillo rojo” que anuncia la existencia de un litigio que puede vincular al adquirente de los bienes, conforme a ingeniosa

frase de la más conocida doctrina hipotecaria. Así lo viene a reconocer la Resolución comentada, quitando la razón a ese argumento notarial y sentando una doctrina muy acorde con de los años 1968, anteriormente vistas, pues dice que "sin que ofrezca dificultad la solución, que habrá de ser forzosamente negativa, en los supuestos de actos dispositivos otorgados con posterioridad a la anotación y que hayan sido realizados exclusivamente por el comerciante suspenso".

En el último considerando es donde se perfila la doctrina nueva de la Dirección para el caso de inscripción de "actos anteriores". Sabemos ya la solución positiva que al caso se da, pero con ser justa la misma, carece, a mi entender, de apoyo doctrinal suficiente. Cerradas las puertas de la calificación jurídica de la anotación, pues se descarta que se trate de una anotación de incapacidad ni una de prohibición de disponer, queda la Dirección sin argumento de analogía, pues bien pudo pronunciarse por la calificación de incapacidad y aplicar extensivamente la normativa reglamentaria del artículo 145 del Reglamento Hipotecario. Y si esta posición pudiera estimarse como muy forzada, la solución estaba en el principio de prioridad desentrañando el sentido de esos *actos contradictorios* de que nos habla el artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

En suma, creo que aquí sí hubiera sido necesario profundizar en esa distinción de prioridades sustantivas y formales a que al comienzo nos referíamos y que, enlazada con el juego de fechas de presentación y de inscripción, podrían poner en claro la amplitud y límites del principio por el que se rige nuestro sistema: "prius tempore, potior iure".

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ES INSCRIBIBLE UNA ESCRITURA OTORGADA EN REPRESENTACIÓN DE LA JUNTA DE COPROPIETARIOS, EN QUE SE LLEVAN A EFECTO ACUERDOS TOMADOS POR AQUÉLLA Y REFERENTES A DESVINCULACIÓN DEL LOCAL DESTINADO A PORTERÍA, ATRIBUCIÓN AL MISMO DE LA CORRESPONDIENTE CUOTA Y SU VENTA A UN TERCERO. (Resolución de 15 de junio de 1973.)

Hechos.—"Resultando que la casa número 17 de la calle de Daganzo de Madrid, fué vendida por pisos con anterioridad a la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, por el sistema, entonces posible, de segregación y venta de cada piso separadamente; que previamente habían sido redactados unos estatutos de comunidad que fueron protocolizados por acta ante Notario recurrente; que en estos estatutos, inscritos en el Registro de la Propiedad, se citaba como elemento común la vivienda del portero; que la Junta de Propietarios de la casa, en sesión de 15 de noviembre de 1962, con la concurrencia de la totalidad de los propietarios, acordó por unanimidad la supresión del servicio de portería, la configuración de la antigua vivienda del portero como finca propia e independiente, fijando su descripción y cuota, la venta de la misma, la modificación de cuotas de los restantes pisos de la casa y la adaptación de los estatutos a la Ley de Propiedad Horizontal; que por no haberse podido realizar la venta, el referido acuerdo no fué llevado a efecto en ninguna de sus partes; que la propia Junta de Propietarios, en otra sesión celebrada el 25 de mayo de 1970, después de hacer

constar que no se habían podido formalizar los acuerdos de la anterior, acordó: 1.º Poner en práctica lo convenido en la sesión anterior en el sentido de desvincular la vivienda de portería que pasaría a ser un piso más de la casa, desprovisto de su carácter de elemento común y su venta a don Gregorio Rodríguez Castellano en el precio de sesenta mil pesetas. 2.º Rectificar las cuotas de los restantes pisos de la casa. 3.º Derogar los estatutos, estableciendo como normas de la comunidad, las de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960. 4.º Notificar a los propietarios de los pisos 1.º D, 3.º A y 3.º B, que no concurrieron a la Junta, los acuerdos recaídos a los efectos del artículo 16 de la Ley, y 5.º Facultar al Presidente para todos los actos necesarios en relación con los anteriores acuerdos, otorgando las correspondientes escrituras públicas o documentos que se precisen; que en cumplimiento del acuerdo cuarto que se acaba de relacionar, se notificó el Acta de la sesión a don Juan Mejías Aparicio o sus herederos (piso 3.º derecha, interior) y a doña María Sájara Martínez o sus herederos, sin que durante los treinta días siguientes a la notificación hicieran manifestación alguna en contrario; que respecto del otro piso que no estuvo representado en la Junta, su dueña, doña Fermina Jiménez Cura, prestó su consentimiento a los acuerdos de aquélla en escritura otorgada ante Notario recurrente, el 8 de julio de 1970; y que, en ejecución de lo acordado, el 16 de julio de 1970 se otorgó, ante el nombrado Notario, la correspondiente escritura, en la cual se procedió: 1.º A suprimir el servicio de portería y desvincular la vivienda de la misma, fijando su descripción y cuota. 2.º A rectificar las cuotas de los restantes pisos de la casa. 3.º A vender la vivienda desvinculada a don Gregorio Rodríguez Castellano, y 4.º A derogar los antiguos estatutos que regían la comunidad, estableciendo como normas de las mismas las de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960;

Resultando que, presentada en el Registro primera copia de la anterior escritura, fue calificada con la siguiente nota: "Denegada la inscripción del documento que precede, al que se acompañan los complementarios que se dirán, por observarse los siguientes defectos: 1.º En cuanto a la compraventa que en el mismo se comprende, falta de capacidad de la Comunidad de Propietarios para realizar la enajenación, toda vez que dicho acto no se halla comprendido en la Ley de Propiedad Horizontal por la que se rige. 2.º En relación con el defecto anterior, falta de previa inscripción a favor de quien proceda, con infracción del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria. 3.º Falta del consentimiento que previene el artículo 1.413 del Código civil para actos de disposición de bienes inmuebles de las esposas de los titulares registrales casados. 4.º Falta de autenticidad en las notificaciones hechas a dos de los propietarios no asistentes o sus herederos, no apareciendo en cuanto a los últimos justificado dicho carácter y si son uno o varios, a fin de determinar si pueden ostentar la representación de la herencia yacente y calificar su capacidad. 5.º Falta de previa inscripción a favor de doña Fermina Jiménez Cura, del piso primero exterior derecha, que aduce comprado en la escritura de consentimiento, a los acuerdos adoptados, así como la falta de previa inscripción a favor de los herederos de los dos propietarios notificados, caso de su fallecimiento. 6.º Infracción del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, en cuanto que procediéndose a una alteración en los elementos

comunes, el acuerdo adoptado no fija el titular o titulares del nuevo piso, que se ha desafectado de la condición que anteriormente tenía de elemento común, sino que directamente se procede a su venta. 7.º Tratándose, como se desprende de la cláusula quinta, de una adaptación de la propiedad horizontal a la Ley de 1960, falta de expresión de número correlativo a cada uno de los pisos, como preceptúa el artículo 5.º de dicha Ley. *Y siendo insubsanable* el primero de los defectos consignados, no procede anotación preventiva de suspensión, la cual tampoco se ha solicitado. Se acompañan como complementarios los siguientes documentos: Testimonio librado el 15 del pasado abril por el propio Notario, señor Sanz Fernández, comprensivo de las Actas de las reuniones celebradas el 15 de noviembre de 1962 y 25 de mayo de 1970 por la Junta de Condueños de la casa; copia autorizada por el mismo Notario del Acta, por él formalizada el 8 de junio último, por la que se notifica a don Juan Mejías Aparicio o sus herederos y a doña María Sájara Martínez o sus herederos, los acuerdos referidos de la Comunidad; y otra copia autorizada del Acta formalizada por el mencionado fedatario el 8 de julio próximo pasado, por la que doña Fermina Jiménez Cura presta su conformidad a los acuerdos repetidos de la Junta";

Resultando que el Notario autorizante del instrumento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que la Resolución de 25 de mayo de 1970, que fue tenida en cuenta y sirvió de pauta para el otorgamiento de la escritura calificada, resuelve prácticamente la cuestión al decidir un caso idéntico en líneas generales al planteado; que entrando en el análisis de los varios extremos de la Nota, prescindiendo de su ambigua redacción, es evidente que el poder dispositivo sobre los elementos comunes de una casa en régimen de propiedad horizontal, ha de corresponder a la Comunidad, entendiendo por tal el conjunto de propietarios de pisos del inmueble; que el problema estará en determinar qué órgano de la Comunidad es el legitimado para ejercer este poder dispositivo; que los órganos de gestión establecidos en la Ley de Propiedad Horizontal (artículos 12 y 13) son tres: El Administrador, el Presidente de la Junta con fines representativos y la Junta de Propietarios, Órgano Supremo con plena facultad decisoria; que teniendo en cuenta las peculiaridades de la propiedad horizontal y la legislación y jurisprudencia aplicables, hay que concluir que toda clase de asuntos que afecten al interés común son de la competencia de la Junta General, conforme al número 5 del artículo 13, cualquiera que sea su naturaleza, sin que quepa excluir, puesto que en él no se establece limitación alguna, los actos de disposición y enajenación de elementos comunes como es la vivienda de portería; que así lo ha reconocido la Dirección General en la Resolución de 5 de mayo de 1970 y el presente caso se presenta con caracteres aún más claros y terminantes, puesto que en aquél hubo dos acuerdos: uno de desafectar la vivienda del portero y otro de enajenación y aquí existe un acuerdo conjunto y un sólo instrumento para formalizarlo; que de no admitirse la venta por la Junta de Propietarios tendrían que realizarla éstos, lo que no se ajusta a la realidad, pues es la Comunidad la que vende y sería además contrario a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal que no faculta a todos los propietarios individualmente considerados para realizar ningún acto de interés general de la Comunidad; que en cuanto al segundo defecto

al relacionarlo con el anterior y carecer éste de fundamento conforme queda expuesto, cae por su base y queda también sin valor; que el artículo 20 queda cumplido al ser la vivienda portería un elemento común de la Comunidad, que al desafectarlo y venderlo pasa directamente de la misma al adquirente, mientras que si se pretendiese una inscripción intermedia, sería extraña, sin saberse a ciencia cierta a nombre de quién tendría que hacerse, como resulta de la propia nota que se limita a decir vagamente que debería practicarse "a favor de quien corresponda"; que debe tenerse presente que en la propiedad horizontal, la inscripción de las transmisiones separadas de cada uno de los pisos no supone la extinción de la inscripción general de aquélla, la cual subsiste con carácter permanente y en base para los actos dispositivos de elementos comunes desafectados, como lo prueba el hecho de que, aunque hubiesen concurrido a la venta, individualmente, todos los propietarios de pisos, no se habría exigido la previa inscripción a favor de la vivienda-portería; que en cuanto al tercer defecto, supone también una confusión relacionada con las anteriores, puesto que, como hemos dicho, no son los propietarios de pisos quienes venden, sino la Comunidad, razón por la cual el consentimiento de los cónyuges de los copropietarios no es preciso; que en cuanto al cuarto defecto, la notificación se ha hecho por correo certificado con acuse de recibo, de acuerdo con lo que preceptúa el artículo 202 del Reglamento Notarial confirmado por la Resolución de 1 de abril de 1965 y por lo que se refiere a la representación de un copropietario fallecido, insiste en que la propiedad horizontal no es un condominio romano, sino una comunidad de especiales características, cuya actividad no puede quedar paralizada por cuestiones que afecten privativamente a los titulares de pisos, como se aprecia claramente si se piensa en unas reparaciones urgentes que hubiese que realizar; que por ello procedió bien la Junta al dirigir la notificación a los respectivos propietarios o a sus herederos, de acuerdo con lo declarado en la repetida Resolución de 5 de mayo de 1970; que en cuanto al quinto defecto, doña Fermina Jiménez Cura prestó su consentimiento en la escritura de 8 de julio de 1970 y si el momento de la calificación no había llegado al Registro, al inscribirse desaparecerá toda cuestión, y respecto a los herederos de los propietarios fallecidos, se remite a lo dicho al hablar del defecto primero, invocando de nuevo como tantas veces, cierta perplejidad, pues contra lo que dice la nota del Registrador, en el acuerdo de la Junta de condueños se cumple exactamente el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, siendo claro que la persona a quien ha de corresponder el nuevo piso es don Gregorio Rodríguez Castellano, a quien se vende, constituyendo en un sólo acto la desafección de su anterior destino y la venta al adquirente; que en cuanto al séptimo defecto, su inconsistencia e inexistencia quedan patentes si se tiene en cuenta que la asignación de un número correlativo lo exige la Ley en su artículo 5.º, para el título constitutivo solamente, pero no para los Estatutos a cuya adaptación se refiere la misma Ley, y en la Junta de 1970, se acordó la derogación de éstos adoptando como normas por las que debía regirse la Comunidad, los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, acuerdo que se recoge en la cláusula 5.ª de la escritura calificada;

Resultando que el Registrador informó que, en toda la argumentación del

recurrente late la idea de que la Comunidad de Propietarios en la Propiedad Horizontal es un ente jurídico con personalidad propia distinta de cada uno de sus miembros componentes; que entiende por el contrario que tal Comunidad no es una persona jurídica, de acuerdo con lo que afirman la generalidad de los tratadistas, y no siéndolo, no puede ser titular del derecho de propiedad y por consiguiente no radica en ella el "ius disponendi", uno de los más importantes del dominio; que si se acepta esta orientación de la doctrina, confirmada en el artículo 3 de la Ley de Propiedad Horizontal, es indudable que la Comunidad de Propietarios carece de capacidad para vender por sí ninguno de los elementos comunes de la Propiedad Horizontal; que de los tres acuerdos de la Junta de Propietarios son de su indudable competencia los dos primeros (desvinculación de la vivienda de su destino a portería y modificación de las cuotas de copropiedad), pero no así la venta de la portería que es facultad exclusiva de los propietarios en quienes radica el poder dispositivo, y en este punto faltó un acuerdo para determinar a favor de quién o quiénes habría de inscribirse el piso que fue portería; que el recurrente pretende que el acuerdo de desafección y venta fue único o simultáneo, siendo así que debe considerarse anterior el de desafección y posterior el de venta; que las pesetas importe del piso son de exclusiva pertenencia de todos y cada uno de los dueños y si se depositan en poder de la comunidad se lucra de ellas el propio comprador que al comprar pertenece a la Comunidad; que las facultades de la Junta de propietarios se refieren a las cuestiones de interés general para la comunidad en los casos de uso común y si se enajena un local no puede decirse que sea para el mejor servicio de la Comunidad; que si una cosa deja de ser común pasará a ser privativa, en este caso de los condueños que son los propietarios colectivos de las cosas comunes; que en la propiedad horizontal, conforme a lo establecido en el artículo 8, apartados 4 y 5 de la correspondiente Ley, se practican dos clases de inscripciones: Por un lado los inmuebles sujetos a tal régimen de dominio y por otro los distintos pisos o locales que lo integran; que en la práctica registral se pueden presentar dos casos: El del Propietario único que inscribe a su favor el edificio y en folios separados cada uno de los pisos o locales que puede luego vender a distintos adquientes, y el de varios dueños que inscriben a nombre de los mismos y sus esposas si son casados, el edificio en régimen de propiedad horizontal y en folios separados a nombre de cada uno de ellos los pisos o locales que se les hayan adjudicado conforme al reparto estipulado; que esta última figura la llama la Ley Fiscal, cesación de comunidad y la líquida como disolución de sociedad, lo que nos hace ver con gran claridad que no existe una persona jurídica, sino distintos propietarios con derecho a una cuota sobre cosas comunes las cuales, para desafectarlas de su destino y venderlas como cosa propia tendrían que inscribirlas previamente a su nombre y si se entiende que es la Comunidad quien enajena, tendrían igualmente que inscribirse antes a nombre de la misma; que al calificar no se ha querido decir expresamente que falta la previa inscripción a favor de la Comunidad, por entender que tal inscripción es inviable puesto que dicha Comunidad no es persona jurídica y en consecuencia, resulta incapaz de ostentar un derecho dominical y figurar por tanto como titular de una inscripción de dominio,

por lo que se ha preferido utilizar la expresión "a favor de quien corresponda"; que persistiendo en la idea ya expresada de que la Comunidad de propietarios no es persona jurídica, la transmisión de la vivienda-portería no pueden hacerla más que aquellos que ostentan la cualidad de dueños, que son los copropietarios de los pisos o locales del inmueble en la parte que les corresponda; que a esta enajenación le son aplicables todas las normas legales en materia de transmisión y por consiguiente, también el artículo 1.413 del Código Civil sobre consentimiento de la mujer casada, así como toda la legislación referente a la transmisión sucesoria; que en cuanto a la notificación, existe falta de autenticidad respecto a las personas a quienes se verifica, ya que se dirige a doña María Sájara Martínez o a sus herederos y a don Juan Mejías Aparicio o sus herederos, firmando la primera María Luisa Solís y la segunda E. Mejías, no justificándose en la recepción de la misma el carácter de herederos de ninguno de ellos, ni si son uno o varios quienes pueden ostentar la representación de la herencia yacente, ni sus circunstancias personales para poder apreciar su capacidad; que de este modo se da una indebida beligerancia a la posesión, sufriendo un duro golpe el dominio titulado que debía constar en el Libro de Actas de la Junta, extrañando al calificador que si ha ocurrido el fallecimiento de los nombrados, haya pasado desapercibido para los convecinos; que en la propiedad horizontal la titularidad de todos los bienes pertenece a los condueños y si existiese una titularidad a favor de la Comunidad tendría su manifestación en un Acta de inscripción; que en cuanto al defecto quinto, como doña Fermina Jiménez Cura aparece como titular registral del piso adquirido y consiente en escritura presentada a los acuerdos adoptados, deja sin efecto en cuanto a ella la falta señalada, pero la mantiene respecto a los dos titulares fallecidos cuyos herederos deberán acreditar su personalidad y prestar su consentimiento con la participación de sus esposas; que en cuanto al defecto sexto, desvinculado el piso-portería de su normal destino y convertido en local de aprovechamiento independiente dejando de ser elemento común, el acuerdo adoptado debió fijar el titular o titulares del nuevo piso como determina el artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, y en forma alguna puede estimarse cumplido este requisito designando al futuro comprador, puesto que el derecho de éste nacerá en un contrato bilateral de realización jurídica posterior en el tiempo, siendo así que el titular del piso deberá tener un derecho sobre él, anterior al acuerdo, que este titular anterior a la enajenación no cabe duda de que son todos los propietarios individuales de pisos que integran la Comunidad; que en cuanto al defecto séptimo, trátese o no de una adaptación del régimen establecido con anterioridad a la Ley de 1960, es lo cierto que ésta, en su artículo 5.º, determina con carácter imperativo la asignación de número correlativo a cada piso o local y la disposición transitoria primera establece la obligatoriedad de adaptación de los Estatutos en lo que estuvieren en contradicción con sus preceptos, a lo dispuesto en ella, por lo que, al hacerse una modificación profunda del título constitutivo de la propiedad horizontal, no hay duda de que en esa modificación debió incluirse el citado dato del número, máxime cuando a los pisos existentes se ha añadido otro por desafección de la portería como elemento común y su conversión en espacio delimitado de aprovechamiento independiente;

y que con igual fundamento que se han modificado las cuotas de participación a que se refiere el artículo 3.º, debió consignarse el número a que alude el artículo 5.º, sobre todo teniendo en cuenta que en la escritura se describen todos los pisos primitivos y el nuevo desafectado y en la práctica no habría sido necesario más que consignar una numeración correlativa en todos los pisos descritos;

Resultando que el Presidente de la Audiencia confirmó la Nota del Registrador por estimar como éste que la facultad de enajenar un piso desafectado no corresponde a la Comunidad a la que represente el Presidente de la Junta de propietarios para administrar, pero no para disponer;

Resultando que el Notario recurrente se alzó de la decisión presidencial insistiendo en sus anteriores razonamientos, aclarando o desarrollando algunos extremos de su argumentación.

Doctrina.—“Considerando que en este expediente se plantea la cuestión de si la Junta de Copropietarios puede, con arreglo a la Ley de Propiedad Horizontal, en virtud de acuerdo unánime de sus miembros, desafectar la portería como elemento común del inmueble y proceder a su enajenación para que como vivienda separada e independiente se inscriba en los libros registrales con la correspondiente cuota de participación y demás circunstancias exigidas en la legislación vigente”;

“Considerando que como ha puesto de relieve reiteradamente la jurisprudencia de este Centro y se ha recogido ya en el artículo 3 de la Ley, en todo edificio constituido en régimen de propiedad horizontal hay que diferenciar la existencia de un derecho singular y exclusivo de su propietario sobre el piso o apartamento individualmente considerado por ser susceptible de aprovechamiento independiente, y además una copropiedad compartida con los restantes condueños, sobre los elementos comunes, y que en principio es susceptible de ser utilizada por todos”;

“Considerando que esta parte de copropiedad, en la que pueden distinguir unos elementos tan esenciales, como suelo, cimientos, paredes maestras, etcétera, que constituyen el soporte de la propiedad individual del piso o apartamento, y otros, que no lo son, pero que cumplen una finalidad comunitaria, y se encuentran al servicio de todos los propietarios individuales en su aprovechamiento y utilización, tanto unos como otros requieren de la existencia de un órgano que se encargue de su administración y régimen, y así lo ha reconocido la vigente Ley que en su artículo 12 y 13 establece las facultades que a la Junta de Propietarios corresponden”;

“Considerando que sin haber llegado nuestra legislación a atribuir personalidad jurídica independiente de la de los copropietarios a la mencionada Junta, ello no obstante, no cabe duda que la Ley de Propiedad Horizontal ha superado el clásico concepto de la copropiedad romana o por cuotas, de la que se aparta al no reconocer a los copropietarios la acción de división o el derecho de retracto y por eso ha tratado de que el régimen de esta comunidad —que al fin y al cabo constituye el núcleo básico para que pueda existir el de propiedad individual sobre cada piso—, tenga una regulación personalísima en la que los intereses comunitarios predominen sobre el individual y encuentren su debida protección jurídica a través del órgano competente y con las facultades y límites que la propia Ley señala”;

“Considerando que entre las facultades que corresponden a la Junta de Condueños se encuentra, según declaró este Centro Directivo en Resolución de 5 de mayo de 1970, la de poder desafectar un elemento común, como la portería, y proceder o bien a adjudicarlo a todos los propietarios del edificio que lo adquirirían en proindivisión y podrían inscribirlo a nombre de todos ellos en el Registro de la Propiedad o bien a enajenarlo directamente a un extraño, pero tanto en uno como en otro caso, una vez se haya hecho la previa redistribución de cuotas, ya que el número de copropietarios ha aumentado en una unidad”;

“Considerando que la posibilidad de que la Junta de Propietarios pueda enajenar directamente un elemento común que ha sido desafectado aparece fundamentada, según expresó la mencionada Resolución, en la verdadera naturaleza del acto realizado, ya que al no pasar dicho elemento común —portería en este caso— en ningún momento intermedio a la categoría de local privativo, han de aplicarse las normas sobre modificación del título constitutivo y funcionamiento de la comunidad en régimen de propiedad horizontal, o sea las establecidas en los artículos 12 y 13 y sobre todo el 16 de la Ley especial que entraña la concesión a la Junta de unas facultades que exceden de las meramente administrativas, ya que pueden suponer auténticos actos de disposición, y por eso precisamente se exige la unanimidad en la forma que dicho artículo ordena para que el acuerdo sometido a la competencia de la Junta sea válido”;

“Considerando que de lo expuesto aparecen resueltos algunos de los otros defectos de la nota calificadora que están íntimamente relacionados con el primero que acaba de estudiarse, como son el número 6.º en cuanto que al estar facultada la Junta de Propietarios para realizar la desafección y subsiguiente venta no ha habido infracción del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, por cuanto que no son los propietarios individualmente quienes enajenan el elemento común, sino la primera que es la que tiene el poder de disposición, ni tampoco infracción del artículo 20 de la Ley Hipotecaria —defecto segundo—, ya que no se vulnera por las mismas razones antes indicadas el principio de tracto sucesivo, y por ello no es procedente la previa inscripción del elemento común desvinculado a favor de los propietarios de los restantes pisos o locales en pro-indiviso, ni por último y por idéntico motivo se concluya el artículo 1.413 del Código Civil, ya que al no disponer individualmente cada uno de los copropietarios no se requiere el consentimiento de las, en su caso, respectivas esposas”;

“Considerando al examinar el defecto número 4 se observa que la notificación fue realizada en la forma prevista en el artículo 202 del Reglamento Notarial al ser remitida por correo certificado al titular del piso o a sus herederos en la propia finca, por lo que hay que estimarla como suficiente tal como ya declaró la Resolución de 1 de abril de 1965, y sin que sea necesario para no repetir la argumentación entrar en el examen del resto del defecto, así como en la parte del quinto del que no han desistido los funcionarios calificadores, ya que al no tratarse de un condominio romano, y dadas las facultades de la Junta de Condueños, el cumplimiento de las formalidades y requisitos establecidos en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, con la consiguiente unanimidad lograda, hacen que el acuerdo sea vin-

culante, y que pueda el Presidente en base a ellos otorgar la escritura de compraventa discutida”;

“Considerando, por último, que en cuanto al defecto 7.º hay que advertir que al haberse otorgado el título constitutivo antes de la entrada en vigor de la Ley de Propiedad Horizontal que no exigía que además de describir el inmueble en su conjunto se asignase a cada piso o local un número correlativo, y aunque podría haberse aprovechado al otorgarse la escritura calificada —al igual que se ha hecho para adaptar los Estatutos a la nueva Ley— para cumplir con lo prevenido en el artículo 5.º de la Ley y haber numerado correlativamente los distintos pisos del inmueble, no parece, sin embargo, que tal omisión —para un edificio inscrito con anterioridad— sea motivo suficiente para confirmar el defecto, máxime cuando la finalidad del precepto es procurar una mejor identificación de las fincas registrales y en el caso presente se encuentran plenamente identificadas.”

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.—Algún autor, como DE LA CÁMARA (“La insuficiencia normativa de la Ley de Propiedad Horizontal”. Conferencia pronunciada en el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad en el curso de 1973) ha puesto de relieve la serie de lagunas que la normativa sobre este punto tiene, diciendo que “Las leyes, en la hora en que vivimos, sobre todo si versan sobre materias muy concretas, vienen al mundo marcadas por un destino triste o, al menos, desairado. Se quedan rápidamente anticuadas. El ritmo vertiginoso a que evoluciona la Sociedad moderna determina la aparición continua de nuevos hechos. Surgen formas inéditas de relación, que, escaparon en su día a la previsión legislativa. El legislador, ante esta situación insoslayable, puede reaccionar de dos maneras distintas. O bien intenta ponerse rápidamente al día, a través de reformas totales o parciales dirigidas a cubrir los huecos que la disposición primigenia dejó al descubierto, o por el contrario, conserva la calma y abre un margen de confianza a los intérpretes, sobre todo a los juristas prácticos, para que éstos, mediante la utilización de todos los recursos técnicos a su alcance, busquen las soluciones apetecidas extrayéndolas de los principios que inspiran la ley especial o los más generales del ordenamiento jurídico”.

Esta opinión, recogida en su segunda disyuntiva, parece ser que es la que adopta la Dirección General de los Registros al solucionar en forma semejante a la Resolución de 5 de mayo de 1970 el presente caso que guarda cierta similitud con el que sirvió de base a la misma. Se trata, pues, de una jurisprudencia interpretativa, evolutiva y progresiva, aunque, por supuesto, alejada de la letra de la ley vigente y con el pensamiento de lo que “debe ser” la futura legislación sobre propiedad horizontal. La interpretación de la norma jurídica, forma evolutiva de su aplicación, entiendo que debe de tener un límite que no puede ser traspasado, pues en ese caso estaríamos en la primera disyuntiva que el autor nos plantea; la necesidad de una reforma legislativa.

En el comentario que hice a la Resolución de 5 de mayo de 1970 en estas mismas páginas (tomo XXVI, fascículo I) encabezaba el mismo con estas palabras: “Cuando los argumentos que se emplean para justificar una

decisión jurisprudencial no encajan plenamente en el ordenamiento vigente, se hace preciso pensar en razones de equidad o en técnicas de progresos jurídicos como ideales a conseguir. En el presente caso, creo que esta Resolución no pasa de ser un “ensayo de criterio progresivo” de lo que puede ser en su día la regulación de la propiedad horizontal, otorgando a la Junta de Propietarios unas facultades de disposición o sobre un elemento común de la comunidad o sobre un piso de propiedad de todos y cada uno de los partícipes”. La motivación y desarrollo del presente caso me obligan a repetir las mismas palabras y a lamentar que tenga que hacerlo. El progreso, la facilidad, la evolución, etc., tienen sus cauces, pero a su lado está el principio de legalidad y los recursos interpretativos que en ningún caso deben transformar lo que se denomina “*lege data*” por el anhelo de la “*lege ferenda*”.

Hace ya algunos años era una frase muy utilizada en Bilbao, referida a los Notarios existentes en la villa, de que en la misma sólo existían dos: Don Fulano de tal (hoy representado por sus hijos) y todos los demás. Con el mismo estilo la Dirección General ahora soluciona el fundamental defecto que el Registrador le atribuye a la escritura y, luego por deducción, soluciona todos los demás. Ello nos va a vincular a los efectos de este comentario, pues debemos solucionar, en primer lugar, si la Junta de Propietarios tiene o no la capacidad para realizar el acto que se declara inscribible y luego pasar revista a los demás defectos alegados. Debemos aclarar que el Registrador, en su profesión, procedió correctamente, pues aun existiendo una Resolución contraria a su criterio, lo que el mismo pretendía defender era la legalidad vigente, cosa que el Notario autorizante del documento no hizo, pues apoyándose en una interpretación de los textos legales, quiso transformar la “*lege data*” en “*lege ferenda*”.

A) *Facultades de la Junta y de la Comunidad de Propietarios*.—Dice LA CÁMARA, en el artículo antes citado, que “La Junta o asamblea general de los coopropietarios es el órgano soberano de la comunidad. Se trata, en rigor, de un verdadero órgano. Fundo esta afirmación no tanto en la propia terminología de la Exposición de Motivos, sino en la función que compete a la Junta. Ciertamente, la comunidad o conjunto de coopropietarios no constituye una persona jurídica, pero la Junta es el medio de expresión de la voluntad colectiva de aquellos. Todas las decisiones que los coopropietarios quieran adoptar sobre los elementos comunes han de expresarse precisamente a través de su reunión en una Junta o asamblea y merced a los acuerdos que en ella se adopten”. He traído aquí esta cita inicial de la opinión de un Notario prestigioso, y de Madrid como el autorizante de la escritura, para hacer resaltar más el carácter objetivo de este comentario, pues si bien el precedente de la Resolución de 5 de mayo de 1970 puede ser una buena excusa para el otorgamiento de la escritura, por encima de ello está el razonar jurídico. Resplandece el mismo en los argumentos notariales, pero lamentablemente falla en el considerando cuarto de la Resolución, donde parece querer atribuirse personalidad jurídica a la Junta de Propietarios, cuando en rigor a la que correspondería dicha distinción es a la Comunidad de Propietarios, pues no es lo mismo órgano (Junta) que persona (Comunidad).

Se me hace muy cuesta arriba admitir esa superación de que habla la Dirección ante la transformación de la propiedad romana de cuotas (al no

admitirse la acción de división ni el derecho de retracto) y el predominio que los intereses comunitarios tengan sobre los individuales. Todo ello contrasta un poco con el considerando segundo, en el que se habla de derechos "singulares y exclusivos" de cada propietario y comunidades sobre los elementos que sirven a la comunidad (esenciales y no esenciales). ¿Cómo es posible hablar de personalidades jurídicas cuando se parte de la base de propiedades individuales?

LA CÁMARA, en el trabajo, ya citado, partiendo de la distinción entre el necesario consentimiento y el "cuasi-consentimiento" (unanimidad y cuasi-unanimidad) del artículo 16, 1.^º, y regla segunda, estima que no es lo mismo consentir que "cuasi-consentir" y que, por ello, la Junta no es siempre omnipo-tente. Lo que la Junta no puede hacer, porque ningún precepto le atribuye esta facultad y porque la facultad de disposición corresponde al propietario, es, so pretexto de modificar el título constitutivo o los estatutos, otorgar verdaderos actos dispositivos sobre las partes privativas o sobre los elemen-tos comunes. Así lo confirma la propia Ley al exigir el consentimiento de los titulares afectados (y ya hemos dicho que consentimiento no equivale a "cuasi consentimiento") para ciertos actos, como son la división o agru-pación de pisos o locales. Pero el derecho de cada propietario no sólo com-prende las partes privativas, sino que, además, se extiende a los elementos comunes. Extravasa, por tanto, la competencia de la Junta (y será, por consiguiente, necesario el consentimiento de todos los copropietarios y no sólo el "cuasi consentimiento" del artículo 16, regla 1.^a, párrafo 2.^º) para la enajenación o gravamen de algún elemento común, con la singular excepción de que alguno de dichos elementos sea objeto de enajenación cuando se trate de "reemplazarlo" por otro similar, pues entonces la Junta actúa su facultad de alterar o modificar los elementos comunes, para lo que sí es competente, como resulta del artículo 11 de la misma Ley, precepto que se alega en el recurso y que no lo fue en el del año 1970.

La Junta de propietarios, inicialmente con unanimidad, y posteriormente con "cuasi-unanimidad" realiza dos actos jurídicos que son: la desafecta-ción de la vivienda del portero para convertirla en elemento privativo, sin sustituirla por otra similar, la estructuración de las cuotas y la enajenación de dicha vivienda a persona extraña a los copropietarios.

— En la Resolución del año 1970 había también una *desafecta-ción*, y entonces se me ocurrió comentar lo siguiente: desafectar algo, en términos administrativos, es alterar la naturaleza de los bienes que de estar sometidos al uso general o al servicio público se trans-forman en patrimoniales. Ello no supone un cambio de titularidad, sino una alteración del uso o destino a que estaban entregados. Cambia su régimen jurídico, pero no su titularidad. Si esto es así, al desafectar la vivienda del portero a ese servicio y convertirse en un bien patrimonial de la comunidad, la titularidad del mismo no ha debido cambiar: seguirá perteneciendo, en la parte proporcional, a cada uno de los partícipes en la comunidad. La desafectación ha pro-vocado, por así decirlo, el levantamiento de la prohibición que sobre este elemento común pesaba en virtud del artículo 396, 2, del Código

civil y 1,2 de la Ley de Propiedad Horizontal: las partes en copropiedad... sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte privativa de la que son anejo inseparable.

Ahora hay que repetir lo mismo. Entre los poco hábiles argumentos que la Dirección ofrece, éste figura en primera fila. Y es que siempre ha resultado dificultoso emplear terminologías ajenas a un derecho tratándolas como originarias. El quinto considerando de la Resolución acusa la endeblez del argumento, pues a la facultad de la "desafección" del elemento común se le da una posible alternativa que no tiene base en buena normativa jurídica: o bien adjudicarlo a todos los propietarios del edificio que lo adquirirán en proindivisión y podrían inscribirlo a nombre de todos ellos en el Registro de la Propiedad o bien enajenarlo directamente a un extraño. Todo ello, cae por su propio peso. La desafección no supone alteración de propiedad, sino de destino y, por ello, si cabría su inscripción en el Registro a nombre de todos los copropietarios para su posterior enajenación, pero lo que no cabe es que la Junta lo enajene sin estar inscrito a nombre de la misma, pues ello contraría el principio de tracto sucesivo, el de legitimación, etc. (artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria). Al carecer de personalidad jurídica la Junta (que como órgano nunca la podría tener) y la comunidad de propietarios, se hace necesario entender que los únicos legitimados para la enajenación son los copropietarios, aparte de que la pretendida vivienda del portero al ser desafeccionada nunca provocó "cambio de titularidad".

En igual sentido el considerando sexto incide en un nuevo error conceptual, pues aun admitiendo la "desafección", que no implica cambio de titularidad, sino de destino, se niega que la portería haya pasado en ningún momento a ser "local privativo". En pureza de conceptos eso es cierto, pero con matizaciones: la portería era elemento común perteneciente a todos en la parte proporcional de sus cuotas y al ser "desafeccionada" les sigue perteneciendo, pero no como elemento común, sino como privativo comunitariamente, pues de lo contrario no podrían inscribirlo especialmente, como reconoce el considerando quinto.

A parte de los posibles "avances" que en la Resolución se han pretendido, entiendo que la mayor laguna doctrinal es la de la precisión conceptual de este término administrativo que, aplicado a la Ley de Propiedad Horizontal —aparte de seguir esa inevitable dirección de desprivatización del Derecho— provoca desajustes en el razonamiento. En vez de "desafección" —término utilizado en el año 1970 y que nunca debió repetirse en el 1973— pudo bien emplearse otro de raigambre privatista, como el de "alteración de destino", "modificación" u otros semejantes y menos comprometedores.

— Como consecuencia de la "desafección" se hizo imprescindible la modificación de cuotas, realizando posteriormente la enajenación. ¿Por qué se hizo la modificación de cuotas si, como dice la Dirección General, la vivienda del portero no pasó nunca "en ningún momento intermedio a la categoría de local privativo"? Estamos de

nuevo en la gran contradicción que suponen los considerandos quinto y sexto, pues si el último de los citados hace la afirmación dicha el anterior exige el cambio de cuotas, pues tanto en el caso de que la finca se adjudique a los copropietarios como si se enajena a un extraño "el número de copropietarios ha aumentado en una unidad".

La argumentación que se utiliza para justificar la enajenación realizada por el Presidente de la Comunidad en base de un acuerdo tomado por unanimidad —y estoy reproduciendo cosas que ya dije en otra ocasión— se concreta a los artículos 12, 13 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal. Pero repasando la literalidad y el espíritu que informó la Ley de Propiedad Horizontal en los artículos que se citan, no cabe ver en ellos esas facultades de disposición que se pretende conceder. El artículo 12 habla de representación en juicio y fuera de él, siendo el artículo 13 el que enumera los actos que "fuera de juicio" pueden realizarse, siendo todos ellos de "gestión y administración", salvo el del número 5 que habla genéricamente de "demás asuntos interés general". Cuando la norma jurídica hace una enumeración y termina con un criterio de amplitud genérica para tratar de comprender aquellos supuestos no previstos en el momento de redactarla, lo hace siempre bajo fórmulas parecidas a éstas: "u otros cualesquiera reales" (artículo 2.º de la Ley Hipotecaria), "y otros de naturaleza análoga" (artículo 1.800, Código civil), etc. Todo ello sobre la base de referirse a actos semejantes o análogos o de la misma naturaleza enunciados anteriormente. Pretender contradecir esta norma interpretativa, es abrir un cauce de muchas dimensiones en el que pueda caber cualquier facultad onímoda que en el momento determino se quiera atribuir a la Junta. Por último, el artículo 16, al hablar del criterio de "unanimidad" lo refiere a los actos que enumera el artículo 13, entre los cuales no están los de enajenación. Por ello, ese sistema de notificaciones puede servir perfectamente para esos actos de gestión y administración, pero resulta peligrosísimo aplicarlo a los de disposición.

B) Restantes defectos alegados.—La Dirección General, consecuente con su solución, va excluyendo el juego de los demás defectos, y así entiende que no se infringe el artículo 20 de la Ley Hipotecaria ni su principio de trato sucesivo, cosa que sólo podría ser verdad si a la Comunidad de Propietarios se le concediese personalidad y fuese la Junta, como órgano temporal de representación, la que dispusiere. Por las mismas razones queda incumplido el requisito de las licencias del artículo 1.413 del Código civil, pues son los propietarios y no la comunidad la que "debió" proceder al acto dispositivo. En igual sentido hay que rechazar la argumentación que sobre la infracción del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal hace la Dirección.

Los dos últimos considerandos de la Resolución comentada se refieren a las notificaciones y su falta de autenticidad para el logro de esa "cuasi-unanimidad" de que habla LA CÁMARA, así como a la descripción actual de los pisos, conforme al artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Creo

que en estos puntos la Dirección sigue una línea más acertada, aunque podría, basándose en los argumentos que ofrece LA CÁMARA en el trabajo citado, profundizarse un poco para descubrir si hubo de verdad consentimiento, pues "sólo pueden llamarse acuerdos los que versen sobre temas que la asamblea puede resolver por mayoría o por "cuasi-unanimidad", aparte de su valor probatorio.

EXPEDIENTE DE DOMINIO.—NO ES INSCRIBIBLE EL TESTIMONIO JUDICIAL DE UN EXPEDIENTE DE DOMINIO PROMOVIDO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO INTERRUMPIDO, CUANDO NO HUBO REALMENTE INTERRUPCIÓN DEL MISMO, Y ADEMÁS NO SE HA CUMPLIDO CON LO ORDENADO EN EL ARTICULO 202 DE LA LEY HIPOTECARIA, NI SE ORDENA EN EL AUTO LA CANCELACIÓN DE ASIENTOS CONTRADICTORIOS. (Resolución de 16 de julio de 1973.)

Hechos.—"Resultando que la finca denominada Casaluenga y también La Cartuja, en los términos de la Rinconada y Alcalá del Río, con una cabida de dos mil quinientas cuarenta hectáreas, veinte áreas, diez centíreas aparecía por título de herencia inscrita a nombre de doña María de los Angeles Marañoñ Lavín; que dicha señora falleció sin sucesión directa el 9 de noviembre de 1950 bajo testamento otorgado en Sevilla el 7 de abril de 1954 ante el Notario de esta Capital, don Antero Iglesias Garrido y de un segundo testamento ológrafo que previos los trámites legales para su adversión fue protocolizado en virtud de acta notarial de 3 de diciembre de 1951, autorizada por el Notario don Rafael González Palomino; que practicada la liquidación de la Sociedad conyugal y las operaciones particionales se adjudicó en pleno dominio un 45,4 por 100 a su viudo don Miguel Sánchez-Dalp y Calogne de Guzmán, y el 54,6 por 100 restante de la finca descrita en primer usufructo a su mencionado viudo, para pasar este último a su fallecimiento, también en usufructo vitalicio, a los sobrinos carnales de la testadora, hijos de sus hermanos don José y doña María Josefa Marañoñ Lavín que sobrevivan a su marido, y la nuda propiedad la heredarán por estirpes los hijos legítimos que dejen los sobrinos usufructuarios, o sea, cada grupo de hijos de sobrino los correspondientes a su padre o madre, y si algún sobrino hubiere fallecido sin hijos su parte acrecerá en pleno dominio a la de los demás grupos de hijos de sobrinos que entonces existan;

Resultando que don Miguel Sánchez-Dalp y Calonge de Guzmán falleció el 21 de febrero de 1969 y sus herederos son don Javier, don Manuel y don Miguel Sánchez-Dalp y Marañoñ; que en virtud de acta de notoriedad de fecha 15 de febrero de 1962, autorizada por el Notario de Madrid don Alberto Ballarín Marcial, se acredita que con relación a la sucesión de doña María de los Angeles Marañoñ Lavín son herederos usufructuarios en segundo llamamiento doña Ana y don Ramón Sáinz de Rozas y Marañoñ, y en plena propiedad don Manuel, don Ildefonso, doña Carmen y doña Angeles Marañoñ y Sáiz Rozas, don José-Manuel Sáinz de Rozas, don Luis, doña Angeles, doña Dolores, don Juan y doña Teresa Lizarriturri y Sáinz de Rozas, doña María Josefa, doña Elvira, don Teodoro y don José Arana Sáinz de Rozas; don Manuel, doña María Dolores, doña Pilar y doña María de la Milagrosa

Sáinz de Rozas y Gallán, don Ramón Sáinz de Rozas y don Andrés y don José Laso de la Vega Marañón;

Resultando que, por escritura de 14 de mayo de 1969, otorgada ante el Notario de Sevilla don Angel Olavarria Téllez, doña Angeles, don José-Luis, doña Dolores, don Miguel, don Juan y doña María Teresa Lizarriturri y Sáinz de Rozas; doña Pilar, don Manuel, doña María Milagrosa y doña María de los Dolores Sáinz de Rozas y Gallán, y don Teodoro, don José-Ramón, doña Elvira, doña María Josefa y doña Angeles Arana y Sáinz de Rozas vendieron a la Sociedad Anónima Agrícola San Martín la hacienda rústica denominada "Hacienda de San Martín de Porres", que procede de la primitiva finca descripta Casaluenga y Cartuja, con una superficie de doscientas ochenta y ocho hectáreas, veintiséis áreas y setenta y cinco centiáreas, pero sin que la segregación se hiciera constar en el Registro de la Propiedad;

Resultando que la Sociedad compradora incoó expediente de dominio para reanudar el trácto sucesivo interrumpido de la anterior finca segregada, ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Sevilla, dado que la inscripción precedente a la de la fecha de la escritura de compra no tenía treinta años de antigüedad; que en dicho expediente se citaron a los herederos de don Miguel Sánchez-Dalp y Calonge de Guzmán y de doña María de los Angeles Marañón Lavín, a la persona a cuyo favor estaba catastrada la finca, a quienes pudiesen alegar algún derecho sobre la misma y, por último, a los titulares de las fincas colindantes; que los herederos de don Miguel Sánchez-Dalp y Calonge, que comparecieron personalmente, manifestaron que no existían otros interesados distintos a los citados; que los causahabientes de los titulares registrales del predio vendido manifestaron en el expediente que "La Sociedad actora es propietaria, por título de compra, de la hacienda vendida, que poseen de una manera pacífica, quieta e ininterrumpida, constándoles de antemano cuantos hechos se consignan en el escrito inicial, afirmaciones que hacen propias y no sólo se oponían a que la finca fuera inscrita a nombre de dicha Sociedad, sino que se avenían expresamente a tal petición"; y que el expediente de dominio terminó con Auto favorable a la inscripción si bien con la mención expresa de que en la misma se hiciese constar la condición suspensiva de que "no existen en el futuro hijos de doña Elvira y don José Marañón Jiménez, a más de los consignados según se ha solicitado por la parte actora y el Ministerio Fiscal";

Resultando que presentado en el Registro testimonio judicial del anterior Auto, fue calificado con nota del tenor literal siguiente: "No admitida la inscripción del presente documento, por los defectos siguientes: 1.º Que del contexto de la inscripción de la finca en el Registro se deduce una manifiesta falta de capacidad para disponer, de los transmitentes, que afecta tanto a la facultad para la segregación como para la venta que sirven de apoyo al expediente, con el que no es realmente una reanudación del trácto interrumpido lo que se obtiene, sino una cancelación de derechos inscritos cuya transmisión, de haber existido capacidad, no necesitaba de titulación supletoria inaplicable a la situación registral de esta finca. 2.º Que no teniendo la inscripción treinta años, sino que es bien reciente, no se ha cumplido en la tramitación del expediente las tres citaciones de todos los interesados, y una de ella personalmente conforme dispone el artículo 202 de la Ley

Hipotecaria, dada la existencia de herederos inciertos y posibles. 3.º No ordenarse expresamente la cancelación de los asientos contradictorios, conforme preceptúa el artículo 286 del Reglamento Hipotecario. Y siendo el primero de dichos defectos insubsanable, no procede la anotación de suspensión";

Resultando que la Sociedad "Agrícola San Martín, S. A.", representada por don Arturo Otero Castelló, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: Que los tres extremos de la nota calificadora infringen totalmente el contenido del artículo 99 del Reglamento Hipotecario, fundamental en esta materia, ya que ninguna de las razones en que se basa el Registrador su negativa a la inscripción del testimonio presentado, se refiere a la competencia del Juzgado, a la congruencia del mandato con el procedimiento, a las formalidades intrínsecas del documento —salvo un punto que luego rebatirá— ni a los obstáculos que surjan del Registro; que el Registrador, confunde capacidad con legitimación, ya que la primera no ofrece ninguna duda y lo más que podría hacer el funcionario calificador sería discutir su legitimación; que la redacción de la nota es oscura, puesto que no se entiende qué quiere decir cuando afirma que el expediente base del Auto no es realmente una reanudación del trácto sucesivo; que tampoco entiende qué se quiere decir cuando se afirma que de haber existido capacidad no necesitaba titulación supletoria; que el segundo defecto señalado infringe el contenido del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, ya que dicho precepto distingue claramente dos supuestos: uno el regulado en el párrafo segundo, donde establece la obligación fundamental de que el titular de la inscripción contradictoria o sus causahabientes sean oídos en el expediente, y el otro, regulado por el párrafo tercero, que indica que cuando no hubiesen sido oídos deberán ser citados tres veces, una de ella, al menos, personalmente; que en el presente caso los causahabientes han sido citados personalmente y oídos en el expediente, por lo que no hay razón para que se les cite más veces, de acuerdo con el precepto indicado y de la interpretación lógica que al mismo da la doctrina; que este extremo de la nota, cuando habla de que el incumplimiento de las citaciones está basado en la existencia de herederos inciertos y posibles, infringe totalmente la interpretación doctrinal del citado precepto legal y desconoce además el contenido del testimonio del Auto, cuya inscripción se deniega; que infringe la interpretación doctrinal de dicho precepto, puesto que por un lado el artículo 285, en relación con el 279 del Reglamento Hipotecario, establece que no es preciso para que se inicie un expediente de dominio de reanudación de trácto sucesivo, justificar documentalmente la cualidad de causahabientes de los citados y que se entenderá por causahabientes de la persona de quien procedan los bienes, sus herederos; que la doctrina más acreditada sostiene que basta con citar a los herederos del titular inscrito que lo sean al tiempo de la citación, prescindiendo de los postherederos, o sea, de los fideicomisarios o destinatarios, llamados en rango sucesivo; que, por tanto, no puede hablarse de la existencia de herederos inciertos y posibles cuando todos los existentes han sido oídos en el expediente, con lo que no influye para nada el requisito de las tres aludidas citaciones; que da la impresión de que la nota desconoce el contenido del testimonio presentado, en donde se

expresa que en la inscripción que se practique se haga constar la condición suspensiva de que no existan en el futuro hijos de doña Elvira y don José Marañón Jiménez", de acuerdo con la doctrina sentada en la Resolución de 14 de abril de 1969; y que en cuanto al tercer defecto, la nota vuelve a desconocer totalmente la doctrina hipotecaria, ya que en este expediente no se pretende cancelar nada, sino poner la titularidad inscrita a nombre del dueño actual:

Resultando que el Registrador informó: que el fundamento principal de su nota denegatoria arranca de la situación registral de la finca objeto del recurso, cuya transcripción literal recoge los nombres de todos sus titulares con indicación del título de su adquisición, de donde se deduce que no es para reanudar un trácto sucesivo interrumpido, por lo que se incoó el expediente, sino por las dificultades de una titulación que en algunos extremos puede aparecer dudosa, por lo que ha recurrido a este sistema supletorio, inadmisible en el presente caso; que como ha proclamado la Resolución de 30 de septiembre de 1925, el expediente de dominio es inaplicable a fincas y derechos cuya propiedad aparece inscrita en el Registro cuando se trata de obtener la extinción de asientos definitivos sin las garantías que el juicio declarativo ofrece a sus respectivos titulares; que la Resolución de 15 de enero de 1952 declara que no es inscribible un expediente de dominio en el cual, mediante una confabulación familiar se pretendió dejar sin efecto una prohibición de enajenar inscrita, lo que por analogía es aplicable al presente caso en que existe una condición suspensiva a favor de herederos inciertos y posibles; que en similar sentido se manifiestan las Resoluciones de 23 de julio de 1924, 31 de enero de 1931 y 19 de noviembre de 1960, de las que se deduce que no procede inscribir, aunque se dejan a salvo los derechos desconocidos; que todo lo expuesto se refiere al primer defecto señalado como insubsanable, de la nota; y que en cuanto a los dos siguientes se apoyan en concretos preceptos de la Ley y Reglamento Hipotecario;

Resultando que el Magistrado Juez de Primera Instancia, que intervino en el procedimiento describió en su informe los trámites seguidos en el curso del procedimiento incoado para la reanudación del trácto sucesivo, terminando con la transcripción de la parte resolutiva del Auto que estimó justificado el dominio de la finca y ordenó practicar la inscripción con mención expresa de la condición suspensiva a que ya se ha hecho referencia;

Resultando que el Presidente de la Audiencia estimó la capacidad jurídica y de obrar de los vendedores, por lo que, en todo caso, únicamente procedería apreciar la falta de legitimación motivadora del rompimiento e interrupción del trácto sucesivo que con el expediente de dominio tramitado intenta reanudar "Agrícola San Martín, S. A.", razón por la cual hay que tener por inexistentes el primer defecto de la nota calificadora; que lo mismo ocurre respecto al tercer defecto por cuanto los artículos 203 de la Ley Hipotecaria y 286 de su Reglamento disponen la inscripción de los expedientes de reanudación de trácto sucesivo interrumpido, aunque en el Registro aparezcan inscripciones contradictorias, lógicamente inevitables cuando se trata de reanudar el trácto; que en consecuencia estos dos defectos deben tenerse por inexistentes; y que en cuanto al segundo defecto es evidente su existencia, ya que del propio testimonio resulta que ni fueron oídos todos

los titulares de las inscripciones contradictorias o sus causahabientes ni practicadas las tres sucesivas citaciones —una al menos personal— que en tal caso exige el párrafo 3.^º del ya invocado artículo 202 de la Ley Hipotecaria, sin que tengan valor procesal alguno las manifestaciones hechas en nombre de los no comparecientes, en razón a que, no cabe que en actuaciones judiciales —art. 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— los represente quien no sea Procurador de los Tribunales y menos delegar el testimonio o cualquier género de manifestaciones sobre fundamentales hechos o circunstancias personales que han de tenerse en cuenta y producir efectos en resoluciones jurisdiccionales;

Resultando que tanto el Registrador de la Propiedad como la Sociedad recurrente se alzaron de la decisión presidencial en lo que no fueron estimadas sus respectivas pretensiones, añadiendo a sus anteriores alegatos el representante de “Agrícola San Martín, S. A.”, que el artículo 4.^º señalado por el Presidente de la Audiencia está encuadrado en la Sección 1.^a del título 1.^º de la Ley Procesal, que se titula “De los litigantes, Procuradores y Abogados”, por lo que no es aplicable a un procedimiento como el recurso gubernativo, que constituye más bien un acto de judicidación voluntaria.”

Doctrina.—“Considerando que el expediente de dominio, además de un medio inmatriculador puede servir de acuerdo con el artículo 200 de la Ley Hipotecaria para que los titulares de fincas que con anterioridad habían ingresado en el Registro, puedan reanudar el trámite sucesivo que se encuentra interrumpido por no haberse practicado alguna inscripción intermedia, y así obtener de esta manera un título que acredite su derecho y sirva de base para extender el correspondiente asiento en los libros registrales”;

“Considerando que como ya declaró la Resolución de 25 de mayo de 1948, la protección dispensada por nuestra legislación inmobiliaria a quienes pudieron inscribir sus títulos y dejaron de hacerlo durante mucho tiempo, no ha de servir para que tal desidia impida a quienes demuestren en el procedimiento adecuado y a juicio de la autoridad competente ser dueños de una finca, proveerse de la necesaria titulación a fin de reanudar el trámite sucesivo y concordar los libros del Registro con la realidad jurídica, si que el auto dictado conste para que se pueda incoar juicio contradictorio por cualquier persona que estime lesionado su derecho, conforme a lo preceptuado en el artículo 284 del Reglamento Hipotecario”;

“Considerando que en el presente expediente hay que resaltar como particularidades: a) que aparecen como vendedores de la finca —por cierto sólo una fracción de la que figura inscrita en el Registro— aquellas personas que en su día podrían ser dueños de parte del dominio del inmueble transmitido una vez se cumplan las previsiones que la causante estableció en su testamento y se encuentran reflejadas en los libros registrales dado que se inscribió la participación que a su fallecimiento se formalizó; b) que de la porción proindiviso que pertenece al otro titular —viudo de la causante— fallecido en 1969, se indica en el expediente de dominio que comparecieron sus herederos para no oponerse a su tramitación”;

“Considerando que como fácilmente se deduce de los resumidos hechos anteriores, en el presente caso, no hay ningún trámite interrumpido que restaurar, pues aparecen claras en el Registro las titularidades del inmueble, si

bien en una de las cuotas en pro-indivisión no quedarían determinados hasta que por el fallecimiento de los segundos usufructuarios se sepa a quién se atribuirá con carácter definitivo el pleno dominio de la misma, por lo que hay que concluir que el procedimiento utilizado no es el idóneo —sin que baste para salvarlo reserva de condición que se ordena—, sino que habrá que acudir a los medios normales para su inscripción y evitar así que por un procedimiento indirecto y no adecuado al caso, puedan quedar incumplidas las prevenciones ordenadas por la causante en su última voluntad”;

“Considerando que confirmado el primero de los defectos que tiene carácter de insubsanable, no sería necesario entrar en el examen de los otros dos, no obstante, sucede que en cuanto al segundo de los defectos señalados en la nota, no se ha cumplido con lo ordenado en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, pues como con acierto señala el Auto presidencial, gran parte de los interesados al no hacerlo por sí mismo deberían haber comparecido por medio del Procurador, como exige ineludiblemente el artículo 4.^o de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que no cabe en actuaciones judiciales se delegue en otra persona que no sea Procurador de los Tribunales para testimoniar o hacer manifestaciones sobre hechos o circunstancias personales que han de tenerse en cuenta y producir efectos en resoluciones judiciales”;

“Considerando por último en cuanto al tercer defecto, que salvo en la parte relativa al condicionamiento contenido en la inscripción de la finca matriz, no se ordena en el Auto la cancelación de los restantes asientos contradictorios, y por eso aparece como un obstáculo que es necesario salvar para que la inscripción pueda practicarse el que el inmueble se encuentra ya inscrito y que de conformidad con el artículo 20 de la Ley Hipotecaria hay que cumplir con el trato sucesivo.”

Esta Dirección General ha acordado que, con revocación parcial del Auto apelado, procede confirmar la nota del Registrador.

Consideraciones críticas.—La aparente sencillez con la que la Dirección resuelve el presente caso, en el que se demuestra la inaplicación del expediente de dominio cuando no existe trato sucesivo que reanudar, encubre una serie de cuestiones relacionadas con la calificación registral de los documentos judiciales, las facultades judiciales en orden a la aceptación de una tramitación de expediente de dominio, las facultades dispositivas de los titulares registrales cuando existe en el Registro una condición suspensiva y la observancia de formalidades en la tramitación del expediente citado. De todas ellas voy a elegir, pues el resto vienen relacionadas, tres solamente: la que se refiere a la amplitud de la calificación registral, el problema de la disposición cuando la titularidad está afectada a una condición suspensiva y lo que se refiere a la observancia o no de las formalidades que citaremos.

A) *Calificación registral de documentos judiciales.*—Con cierta insistencia se está intentando aislar el documento judicial del minucioso examen a que la calificación registral obliga, sin pensar que muchas veces el encaje de las vías de actuación que señala el artículo 99 del Reglamento Hipotecario resulta desmentido por la práctica y la realidad.

Es curioso como una de las primeras alegaciones del que interpone el recurso es precisamente esa: la calificación registral no encaja en este caso dentro de los moldes del artículo 99 del Reglamento Hipotecario. Pero el

Registrador en este caso no se excedió, pues dentro de las facultades calificadoras de los documentos judiciales —como he demostrado en otros lugares— está la de la determinación del título hábil para la práctica de la posible inscripción. Y en el presente caso el testimonio del auto en el que termina el expediente de dominio con la finalidad de reanudar el trámite sucesivo no resultó ser documento bastante para ello, entre otras cosas, porque no había necesidad de reanudar el trámite sucesivo, pues “aparecen claras en el Registro las titularidades del inmueble, si bien en una de las cuotas en pro-indivisión no quedarían determinados hasta que por el fallecimiento de los segundos usufructuarios se sepa a quién se atribuirá con carácter definitivo el pleno dominio de la misma, por lo que hay que concluir que el procedimiento utilizado no es el idóneo —si que baste para salvarlo la reserva de la condición que se ordena—, sino que habrá que acudir a los medios normales para su inscripción...”. He aquí cómo la Dirección plasma efectivamente la amplitud de la calificación registral que rechaza el auto judicial, pues en el presente caso la titulación ordinaria basta para lograr lo que a través de este procedimiento no se obtuvo.

Sería muy difícil llegar a conclusiones procesales en torno a la posición judicial de admisión o no de dicho expediente, pues la finalidad del mismo es el logro de un enlace registral de titularidades, justificándose las adquisiciones intermedias realizadas, pero no documentadas hábilmente a esos efectos. Pero donde el Juez ya nunca pudo pronunciarse —pues con ello se excedía en sus funciones— es en “imponer la mención expresa en la inscripción de la condición suspensiva de que no existan en el futuro más hijos de doña Elvira y don José Marañón Jiménez”, pues con ello ataca la titularidad registral y altera su contenido, traspasando los límites del expediente que sólo a la reanudación del trámite debe referirse. Lo que en el expediente de dominio se pretendía era suprimir la posible adquisición de los hijos nacidos de los usufructuarios segundos, cosa que en el Registro estaba patente. Traspasados esos límites conceptuales del expediente y su finalidad esencial, queda claro que el auto no podía nunca ser inscrito, pero porque el procedimiento en que se dictó no era el idóneo para dicha finalidad.

B) *Titularidad y capacidad dispositiva*.—Se ataca por el que interpone el recurso la nota calificadora, alegando que el Registrador desconoce la distinción entre capacidad y legitimación. Cosa que posteriormente recoge el Presidente de la Audiencia en su decisión.

Creo que sería preciso aclarar algún punto a este respecto. En el Registro figuraban una serie de titulares con capacidad y legitimación para disponer, pero también se dice que existe “una condición suspensiva a favor de herederos inciertos y posibles”. Es decir, estamos dentro de la figura del “nondum concepti” y sus posibles derechos eventuales, de los que no se puede predicar ni capacidad ni legitimación.

El problema de la enajenación de esos bienes afectos a esa condición ha sido tratado con reiteración por la Dirección General en una serie de Resoluciones de las que se pueden citar, apoyando la decisión ahora comentada, la de 23 de julio de 1924, 31 de enero de 1931, 15 de enero de 1952 y 19 de noviembre de 1960.

Las situaciones provocadas son muy semejantes al viejo problema de la enajenación de los bienes sujetos a fideicomiso que con tanto derroche de inteligencia han tratado en la doctrina española LA CÁRAMA ("Partición, división y enajenación de bienes sujetos a sustitución fideicomisaria". Reverendo D. P., 1948), GONZÁLEZ PALOMINO ("Enajenación de bienes pseudo usufructuados", A. A. M. N., vol. II), LACRUZ BERDEJO ("Derecho de sucesiones" de Julius Binder en pág. 239) y DÍEZ-PICAZO ("Estudios sobre la Jurisprudencia Civil". Tomo II, pág. 713).

Conforme a las conclusiones del último de los autores citados hemos de concluir estas notas entendiendo que, por ahora, la aplicación analógica de los artículos 164 del Código civil y los artículos 804, 185 y 186 del mismo, no son viables totalmente, pues en el caso del 164 la autorización judicial de bienes de menores, no suple el obstáculo de la "falta de consentimiento", pues los "nondum concepti" no existen. Por su parte, los artículos 804 y 185 del Código civil presuponen una puesta de la herencia en administración y una facultad para enajenar atribuida al administrador, cosa que es de fácil encaje en estas situaciones de condiciones suspensivas.

C) *Formalidades incumplidas*.—Según el relato de los hechos, el auto del Presidente de la Audiencia, las notas calificadoras y los dos últimos considerandos de la Resolución, en las formalidades llevadas a cabo para la tramitación del expediente de dominio se incumplió el requisito de las tres citaciones del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, ya que a los no nacidos, ni siquiera concebidos, no se les pudo citar personalmente.

Para el Presidente de la Audiencia y el recurrente no se hace preciso el cumplimiento del artículo 386 del Reglamento Hipotecario que ordena que el auto contenga la decisión de cancelación de las inscripciones contradictorias. Sin embargo, el Registrador y la Dirección, entienden necesario el cumplimiento de este requisito. Si la reanudación del trámite sucesivo trata de salvar un espacio jurídico no reflejado en el Registro y a él se opone una inscripción contradictoria, es evidente que se hace precisa dicha cancelación, pues de otra forma no quedaría plenamente clara la conexión de transmisiones base y razón del trámite.

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

La validez de una cláusula estabilizadora de la renta en el contrato de arrendamiento de un local de negocio.

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 diciembre 1973)

SUMARIO: 1. El arrendamiento de un local de negocio con cláusula de revisión a la renta según “la variación habida en el índice del costo de la vida” y la posición de los Tribunales.—2. El fundamento legal de la validez y eficacia de la cláusula de estabilización de la renta.—3. Las condiciones de bilateralidad y posibilidad de actualización rentística.

1. El arrendamiento de un local de negocio con cláusula de revisión de la renta según “la variación habida en el índice del costo de la vida” y la posición de los Tribunales.

Las partes contratantes de un arrendamiento de local de negocio que habría celebrado el primero de noviembre de 1969, es decir, bajo la vigencia de la Ley de Arrendamientos de 24 de diciembre de 1964, establecieron una cláusula contractual en donde se pactaba que, después de pasados dos años de vigencia, la renta se revisaría “en más o en menos”, de acuerdo con la variación habida en el índice del costo de la vida.

Pasados los dos años, el arrendador, después de obtener el certificado correspondiente del “Instituto Nacional de Estadística”, donde se constata que la variación habida en dicho coste de la vida se plasmaba en un aumento del 20,5 por 100, exigió del arrendatario el aumento correspondiente que repercutía en la cuantía de la renta, quien se negó a pagarla.

Entablado pleito ante el Juez de Primera Instancia, el 14 de julio de 1972 dicta sentencia diciendo que “debo declarar y declaro no válida e ineficaz la supuesta cláusula de estabilización de la condición segunda del contrato de arrendamiento, condenando como debo condenar al actor a estar y pasar por la declaración que se dicta”.

El propietario o arrendador interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia ante la Sala de lo civil de la Audiencia Territorial, la cual, el 10 de marzo de 1973, dicta sentencia fallando en su parte dispositiva que “revocando, como revocamos, la sentencia dictada... y estimando la demanda formulada... debemos declarar y declaramos válida y obligatoria para ambas partes la cláusula de revisión o actualización de la renta contenida en la condición particular segunda del contrato de arriendo del local”.

Entonces, el arrendatario no satisfecho del fallo formaliza recurso de injusticia notoria por infracción de precepto legal ante el Tribunal Supremo contra

la sentencia pronunciada por la Audiencia, basándose en los artículos 136 y 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 21 de diciembre de 1973, desestima el recurso en base a los siguientes considerandos: "Que la sentencia recurrida funda el fallo exclusivamente en la interpretación de la cláusula segunda del contrato de arrendamiento concertado entre las partes que litigan, sentando, en consecuencia, que ella reúne las condiciones necesarias para su validez y eficacia, toda vez que no se pretende con su contenido una elevación de manera fija, constante e indefinidamente de la renta, sino que reúne las condiciones de bilateralidad y posibilidad de actualización rentística en "más" o en "menos", ya que el módulo ha de ser siempre único, que unas veces será de aumento, y otras supondrá una baja, y que como cualquiera puede instar la revisión, en caso de que señale un descenso, podrá el arrendatario solicitarla conforme al mismo...". Además "que la fijación del módulo establecido por las partes, haciendo uso de la facultad que el artículo citado otorga a las mismas para convenir de modo expreso el sistema de actualización que eligieron, lo ha sido ponderadamente, y como ha de tenerse en cuenta, a mayor abundamiento, que la resolución impugnada sostiene y se ampara en toda doctrina jurisprudencial que cita el recurrente en su motivo segundo, desde el momento que proclama, que la cláusula especial discutida no solamente comprende los casos de "aumento", sino también los de "disminución", o lo que es lo mismo, tanto las "alzas" como las "bajas" que puedan producirse respecto al módulo que para ello se adopte, y ello a los efectos de elevación o reducción de la renta que prevé el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos".

Una vez más, el Tribunal Supremo viene a confirmar y ratificar cuál es su postura interpretativa respecto al artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, en cuanto se refiere a la posibilidad que tienen los contratantes de poder convenir de un modo expreso "otro sistema de actualización", o de revisión voluntaria de la renta, pactada libremente, que no sea el de la revisión legal, así como las condiciones de bilateralidad necesarias, o de recíproco efecto, en cuanto a su contenido patrimonial, reflejado en la cuantía de la renta, a causa de las alteraciones monetarias y, por tanto, que no se trata de una elevación de una manera fija, constante e indefinida de la renta.

Dos son, pues, las cuestiones fundamentales que el Tribunal Supremo resuelve con rotundidad y claridad: a) La del fundamento legal de la validez y eficacia de una cláusula de estabilización de la renta en un contrato de arrendamiento urbano. b) La condición de bilateralidad del efecto patrimonial de una cláusula de estabilización en cuanto a la actualización de la renta.

2. *El fundamento legal de la validez y eficacia de la cláusula de estabilización de la renta.*

Las cláusulas de estabilización de la renta en un contrato de arrendamiento, al igual que las añadidas a otros contratos de trácto sucesivo o a largo plazo, cuyo objeto de la prestación es el dinero, lo que traten es de que la cuantía

pactada no resulte fija o bloqueada, sino que pueda alzarse o rebajarse según sucedan las alteraciones que sufra el poder adquisitivo de la moneda objeto de pago. Se trata, pues, de un convenio privado establecido por las partes en su contrato, mediante el cual, si bien se determina la cuantía inicial de la moneda de curso legal a pagar, como equivalente de lo que reciben, dicha cuantía puede ser revisada, o determinable posteriormente, paragonando el poder o valor adquisitivo concreto que la moneda al momento inicial de la contratación con el que tenga años más tarde, referido o reflejado en un índice de valor material, ya de un producto (oro, plata, trigo, aceite, etc.), bien de otra moneda (la moneda extranjera) o incluso de un coste económico (el del nivel de vida, el laboral, el industrial, etc.).

La primera cuestión que plantean dichas cláusulas, establecidas en un contrato que contiene obligaciones pecuniarias, es la de su legitimidad; es decir, si el ordenamiento jurídico positivo permite a las partes que puedan pactar cláusulas de estabilización, tanto por lo que respecta a la movilidad de la cuantía de dinero a pagar en consideración al poder adquisitivo de la moneda de curso legal, y, de un modo más general, si el pacto no es contrario a las leyes, a la moral, ni al orden público, tal como se prescribe concreta y determinadamente en el artículo 1.255 del Código civil.

La segunda cuestión que plantea, muy unida a la anterior, es la de la validez o invalidez, eficacia o ineficacia de estas cláusulas llamadas de "estabilización" o de "actualización".

No vamos a entrar ahora en el examen detallado de la primera cuestión, que, como todos sabemos, ya cuentan con una abundante y prestigiosa bibliografía nacional (1) e internacional (2), que estudia sus motivaciones y funciones como consecuencia de las alteraciones monetarias. Lo que sí se puede concluir, dentro del panorama legislativo comparado actual, es que los distintos ordenamientos vigentes tanto las legitiman como las excluyen. Por regla general, los ordenamientos positivos europeos y anglosajones suelen excluir las cláusulas de estabilización en base a un criterio nominalista del dinero, mantenido expresa o implícitamente en sus normas públicas y constitucionales, o en sus normas privadas y civiles; es el caso de Italia, Francia,

(1) Entre otros, cfr. PELAYO HORE, *Cláusulas de estabilización*, en "Anales de la Academia Matritense del Notariado", II (1946), pp. 39 ss.; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *Cláusulas de estabilización*, en "Estudios de Derecho Privado", I (1948), pp. 251 ss.; MARTÍNEZ SARRIÓN, *Las cláusulas de estabilización monetaria*, en "Estudios de Derecho Privado", I (Madrid, 1962), páginas 520 ss.; HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de obligaciones*, I (Madrid, 1960), páginas 171 ss. y 341 ss., y *El problema del nominalismo en el pago de las deudas de dinero y su corrección*, en "Dictámenes", I (Madrid, 1968), páginas 427 ss.; SOTO NIETO, *Las cláusulas de estabilización y el contrato arrendatario urbano*, en "Derecho vivo. Jurisprudencia comentada", I (Madrid, 1970), pp. 397 ss.

(2) Entre una vasta bibliografía, cfr. HUGENEY, *Des clauses qui tendent à remédier à l'instabilité monétaire*, en "Lois Nouvelles" (1926), pp. 206 ss.; CAPUTO, *Le clausole di garanzia monetaria*, Milán, 1939; VASSEUR, *Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique*, en "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 51 (1952), pp. 431 ss.; HUBRECHT, *Wertsicherungsklauseln im französischen Recht*, en "Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters", 11 (1964), pp. 346 ss.; DÜRKES, *Wertsicherungsklauseln*, 8.^a edición. Heidelberg, 1972.

Alemania Federal o de Inglaterra. En cambio, la nueva normativa española las acepta y consagra en su articulado, como ocurre para los arrendamientos con renta actualizada (art. 100 de la LAU vigente) (3), o para los préstamos hipotecarios (art. 219 del Reglamento Hipotecario) (4).

En cambio, es distinto el panorama del ámbito jurisprudencial comparado (5), donde esos mismos países que formalmente mantienen el principio nominalista del dinero, sus tribunales, ante las alteraciones monetarias, no dudan en derogar dicho principio en base a fundados argumentos interpretativos que lo excepcionan, bien sea en base a la buena o mala fe de los contratantes, al establecer los pactos estabilizadores, bien por el carácter imperativo o potestativo del principio nominalista, o ya por la diversa naturaleza de la deuda dineraria, según sea una obligación pecuniaria o bien se trate de una deuda de valor. Todos estos argumentos fundamentales se han esgrimido para deducir la legitimidad de las cláusulas estabilizadoras y tenerlas por válidas y eficaces ante las graves alteraciones monetarias.

Nuestro Tribunal Supremo (6), ante la inflación que aquejó a nuestra economía desde los años cuarenta hasta la actualidad, fue consciente del daño que se causó a los acreedores a largo plazo, o de trato sucesivo, en todas sus modalidades contractuales, por lo que no dejó de admitir las cláusulas de estabilización "valor oro o plata", "valor moneda extranjera" y de "escala móvil".

Más diversa fue la suerte de estas cláusulas de actualización en el ámbito de los contratos de arrendamiento urbano, en base a su legislación especial, concretamente por la concesión al arrendatario de los llamados "beneficios", como el de la prórroga forzosa en su favor y el de la renta legal o bloqueada, donde para ciertos contratos, como el de vivienda y para los establecidos en determinados períodos, las cláusulas estabilizadoras resultaban inoperantes, sancionándose por el Tribunal Supremo como nulas (SS. 13 noviembre 1952, 25 enero 1955, 31 enero 1962, 3 marzo 1962, 23 febrero 1963 y 27 febrero 1974). En cambio, a partir de la legislación vigente de arrenda-

(3) Cfr. BONET CORREA, *La legislación de arrendamientos urbanos y las cláusulas de estabilización de la renta*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 220-2 (1966), pp. 213 ss.

(4) Cfr. BONET CORREA, *Los préstamos hipotecarios con cláusulas de estabilización*, en "Revista de Derecho Notarial", XXIX-XXX (1960), páginas 43 ss.; MARTÍNEZ DE LA CUEVA, *La cláusula de estabilización del valor de la hipoteca*, en "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", 392-393 (1961), páginas 273 ss.

(5) Sobre la jurisprudencia en el ámbito anglosajón, cfr. MANN, *The Legal Aspect of Money*. London, 1938, y su traducción alemana y aumentada *Das Recht des Geldes*. Frankfurt am Main y Berlin, 1960. Para el Derecho comparado, en su más amplio alcance, cfr. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, art. 1.277-1.284. Bologna y Roma, 1959. En cuanto a los países de lengua alemana, cfr. VON MAYDEL, *Geldschuld und Geldwert*. München, 1974.

(6) Cfr. RAJOY SOBREDO, *Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos*, en "Anuario de Derecho Civil", XXVI-4 (1973), pp. 1027 ss.; BONET CORREA, *Arrendamientos urbanos con renta actualizada (Cláusulas de estabilización y de elevación ante el Tribunal Supremo)*. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1974.

mientos urbanos, las cláusulas de estabilización vendrán incluidas implícitamente por el artículo 100, número 1, *in fine*, cuando se permite que las partes puedan convenir de modo expreso un "sistema de actualización".

En este último sentido, la Sentencia de 21 de diciembre de 1973 dice concretamente que la "fijación del módulo establecido por las partes, haciendo uso de la facultad que el artículo citado otorga a las mismas para convenir de un modo expreso el sistema de actualización que eligieron, lo ha sido ponderadamente, y como ha de tenerse en cuenta, a mayor abundamiento, que la resolución impugnada sostiene y se ampara en toda la doctrina jurisprudencial que cita el recurrente en su segundo motivo". Efectivamente, nuestro Tribunal Supremo viene reconociendo así la validez y eficacia de estas cláusulas estabilizadoras, o de actualización, añadidas a los contratos de arrendamiento de locales de negocio (SS. 28 noviembre 1966, 8 febrero 1967, 26 noviembre 1968, 15 febrero, 7 julio y 22 diciembre 1972).

3. *Las condiciones de bilateralidad y posibilidad de actualización rentística.*

Dentro del ámbito estrictamente privatístico, las cláusulas de estabilización presentan dos cuestiones concretas: a) el de la variabilidad del *quantum*, de la suma o precio del contrato, y b) el de su efecto bilateral y comunitativo.

a) La determinación de la cuantía o precio del contrato, cuando se trata de un pago en dinero, se hace respecto de una suma que se da en moneda de curso legal. Ello responde a la condición básica, en cuanto requisito esencial de todo contrato (art. 1.261 del Código civil), que haya un objeto cierto que sea materia del contrato; no obstante, la indeterminación de la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes (artículo 1.273, *in fine*, del Código civil). A este aspecto responde el mecanismo de las cláusulas de estabilización cuando las partes contratantes, arrendador y arrendatario, pactan que la renta de su contrato parta de una cantidad fija, pero que con el paso del tiempo (uno, dos, tres o más años) dicha cuantía se vaya adecuando, o sea, determinable, en más o en menos, conforme a las alteraciones de valor que vaya sufriendo un índice económico previamente elegido. Las posibilidades de determinación de la cuantía o renta que puedan hacerse sucesivamente, según las cláusulas de estabilización, lo son sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, tal como queda previsto por el Código civil.

b) Las cláusulas de estabilización, además, han de reunir las condiciones de bilateralidad y posibilidad de actualización de la renta, tanto al alza como a la baja. Este requisito de la bilateralidad es esencial en las cláusulas de estabilización, en el sentido de que han de favorecer o equilibrar el valor económico de las prestaciones según el signo de las alteraciones monetarias que se produzcan perjudicando al acreedor o al deudor. Una cláusula que sólo trate de tener un efecto exclusivo para una de las partes contratantes dejará de ser de estabilización. Es este efecto bilateral el que las distingue de otro tipo de cláusulas o pactos de elevación o reducción de la renta. El propio Tribunal Supremo ha tenido buen cuidado de diferenciar las autén-

ticas "cláusulas de estabilización" o de "actualización" (según las denomina ahora), que funcionan en beneficio de ambas partes, de aquéllas otras puestas en beneficio exclusivo de una sola de las partes; tal es el caso de las cláusulas de elevación de la renta de una manera fija, constante e indefinidamente en favor sólo del arrendador. A este respecto, el Tribunal Supremo comenzó por distinguir ambas cláusulas y concluyó con la declaración de nulidad de aquellas que carecían de esta condición de bilateralidad (SS. 31 enero 1962, 23 febrero 1963, 1 abril 1965, 9 febrero 1967, 3 octubre 1968, 7 febrero y 21 diciembre 1970, 18 febrero y 24 junio 1971, 16 junio 1973 y 9 febrero 1974).

La sentencia actual viene a confirmar esta última doctrina legal, al decir que la cláusula añadida por las partes a su contrato de arrendamiento urbano de local de negocio "reúne las condiciones necesarias para su validez y eficacia, toda vez que no se pretende con su contenido una elevación de manera fija, constante e indefinidamente de la renta, sino que reúne las condiciones de bilateralidad y posibilidad de actualización rentística en "más" o en "menos", ya que el módulo ha de ser siempre único, que unas veces será de aumento y otras supondrá una baja, y que como cualquiera puede instar la revisión, en caso de que se señale un descenso podrá el arrendatario solicitarla conforme al mismo"; y, añade, "que la cláusula especial discutida, no solamente comprende los casos de "aumento", sino también los de "disminución", o lo que es lo mismo, tanto las "alzas" como las "bajas" que puedan producirse respecto al módulo que para ello se adopte, y ello a los efectos de elevación o reducción de la renta que prevé el artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos".

Además de estos requisitos esenciales, e imprescindibles, para que una cláusula de estabilización sea válida y eficaz, se deben considerar otros matriciales, entre los que destaca el de la elección del índice; la sentencia del Tribunal Supremo, que comentamos, tan sólo se refiere a que la fijación del módulo establecido por las partes lo ha sido "ponderadamente", es decir, que la elección del "índice del coste de la vida" contiene y expresa la buena fe de las partes, no es abusivo ni fraudulento. El criterio de nuestros tribunales es más amplio que el adoptado por los franceses (7), donde los módulos de valor económico elegidos por las partes han de estar directamente relacionados con la esfera de actividades en las que el contrato de arrendamiento urbano se desenvuelve, como sería el del precio del metro cuadrado de la construcción, el nivel de salarios de este sector, el precio de los materiales que en ella se emplean, etc. Si falta la adecuación y existe una desconexión entre el índice del valor y la naturaleza del contrato, la cláusula estabilizadora se considera como nula; otra cuestión, también planteada por la jurisprudencia, fue si la nulidad afectaba a la totalidad del contrato o solamente a la cláusula; solución esta última que prevalece para evitar el fraude.

José BONET CORREA

(7) Cfr. SERRES, *Conflits dans les baux commerciaux*, en "Journal des Finances", 16 abril 1974, p. 356.

II. SENTENCIAS

A cargo de María Angeles CALZADA CONDE, Jesús DIEZ DEL CORRAL, Juan de Dios DOVAL DE MATEO, Gabriel GARCIA CANTERO, Tomás DE LAS HERAS LORENZO, José MACIAS MARTIN, José PERE Y RALUY, José POVEDA DIAZ e Ignacio QUINTANA CARLO.

DERECHO CIVIL

I. Parte general.

1. ABUSO DE DERECHO EN LA L. A. U.: *La finalidad que pretende alcanzar el artículo 9 de la Ley, que propugna la buena fe y trata de evitar los casos de abusos del derecho, es la de impedir que el texto literal de la Ley pueda ser eficazmente utilizado para consagrar, como legales, actos injustos, dejando la apreciación de sus principios, en relación con el caso concreto, a la apreciación de los Jueces y Tribunales.*

FRAUDE DE LEY Y RECURSO DE CASACIÓN: *Sin llegar a la tajante afirmación de que el fraude de ley es de libre apreciación de la instancia, lo que sí se puede afirmar es que, cuando no se han combatido los hechos afirmados por la primera instancia, a ellos hay que atenerse para estimar o no la alegación de fraude. (Sentencia de 9 de noviembre de 1972; no ha lugar.)*

J. P. D.

2. RECURSO DE NULIDAD: INTERPRETACIÓN A FAVOR DEL LAUDO: *Las dudas que pudieran existir en la interpretación del plazo deben resolverse en el sentido más favorable para la validez del Laudo, pues no es misión de los Tribunales complicar o crear dificultades al móvil de paz y equidad que preside el arbitraje privado, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza.*

CÓMPUTO CIVIL: *Se concedió un plazo de tres meses sin designarlos por sus nombres y de acuerdo con el cómputo civil; habrá de atribuirse a los meses completos que quedan comprendidos en el plazo la duración de 30 días. (Sentencia 21 de enero de 1975; no ha lugar.)*

NOTA: Esta Sentencia mantiene la doctrina de que el antiguo artículo 7 Código Civil no significaba que un mes, sin designar por su nombre, fuere un período de 30 días, sino que, al transcurrir meses completos, éstos se han de computar como de 30 días, aunque en realidad fuesen 28, 29 ó 31 los días transcurridos. Albaladejo califica este criterio de inadmisible "por ser tanto como decir, contra lo que establecía el artículo 7, que un mes no era un período de 30 días, sino un período de 30 ó de más ó de menos, según que en el plazo marcado en abstracto (es decir, no pensando en meses determinados) cayesen en concreto meses de 30 días o de más o de menos. Albaladejo: Derecho Civil, tomo I, volumen II, página 443. La nueva redacción del artículo 5 Código Civil, al ordenar "si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha", elimina la dificultad que se

producía con la derogada redacción del artículo 7, al no coincidir la fecha final del plazo señalado por meses (sin designarlos por su nombre) con la inicial del mismo.

J. D. M.

3. FUENTES DEL DERECHO: USO: CUESTIÓN DE HECHO: *La cuestión acerca del uso de cargar los intereses bancarios en el importe de la mercancía o en la letra de cambio es meramente de hecho.* (Sentencia de 22 de mayo de 1973; no ha lugar.)

M. A. C. C.

4. TÍTULO NOBILIARIO: CARÁCTER CASTELLANO O PORTGUÉS: PRESUNCIÓNES: *Teniendo en cuenta la falta de aportación a los autos de la Reai Carta de creación, frente a la simple creencia que alega el demandado de haber sido otorgado por Felipe IV como III de Portugal, a favor del caballero portugués Vasco de Mascareñas, en contemplación a su matrimonio con doña Jerónima de la Cueva y Mendoza y como dote de ésta, se da por contradicha por los hechos probados de ser el título concedido por Felipe IV de España y no como III de Portugal, siendo aquél el correspondiente a la dinastía española, así como que después de la independencia de Portugal dicho caballero quedó al servicio de la independizada nación y a la de sus nuevos reyes portugueses, mientras que los de España titularon Condes de Obedos a varios descendientes españoles de aquel matrimonio, de cuyo título se concedió Carta de sucesión al causante del demandado, por lo que no precisa ser sometido a la revisión y tramitación correspondiente a títulos extranjeros.*

INALIENABILIDAD E IMPREScriptIBILIDAD: POSEEDOR ÓPTIMO: *Conforme a la legislación secular restablecida por Ley de 4 de mayo de 1948, son notas características de los títulos nobiliarios las de su inalienabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820, e imprescriptibilidad a través de su transmisión por ministerio de la ley, conforme dispone la Ley 45 de las de Toro, por la que al óptimo poseedor corresponde el mejor derecho frente a cualquier poseedor de hecho, al que no cabe calificar, sino de precaria y, por tanto, sin poder usucapir cualquiera que fuera el tiempo de posesión.*

ACCIÓN DECLARATIVA: EXCESO DE JURISDICCIÓN: NO LO HAY EN LA CONDENA "A GUARDAR PERPETUO SILENCIO": *La Sentencia emplea esta fórmula un tanto arcaica y anacrónica si se quiere, que tuvo su origen en las acciones "ad silentium imponi" para la imposición de silencio perpetuo, y no constituye sino un estadio en la evolución de la acción declarativa que se recoge en nuestra Ley de Partidas, en su forma de acción de jactancia o provocatoria, para que aquel que se vanagloria de una situación o difama la de otro promoviese el correspondiente procedimiento, condenándole, en otro caso, a perpetuo silencio; pero hoy no es otra cosa que mera fórmula de rancio medievalismo que ha venido manteniéndose, no obstante, su ociosidad dado el grado y eficacia que tiene la acción declarativa, sin más significación que la tutela jurídica que se reconoce a la situación que se declara en la sentencia, implícitamente equivalente a que al demandado no le asiste el derecho que venía ejercitando,*

siendo éste el único sentido y alcance en el que puede admitirse dicha parte dispositiva del fallo de la sentencia recurrida, sin que pueda decirse constituya extralimitación de jurisdicción. (Sentencia de 18 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

NOTA: Merece destacarse el esfuerzo realizado por esta sentencia (de la que ha sido ponente el excelentísimo señor don Manuel González-Alegre) para, de una parte, salvar la fórmula poco técnica utilizada por la Sentencia recurrida (condenando "a guardar perpetuo silencio"), enmarcándola atinadamente dentro de la finalidad perseguida por la moderna acción declarativa, al mismo tiempo que se adoctrina a los Tribunales inferiores para no utilizar en el futuro dichas fórmulas arcaicas y anacrónicas, de rancio medievalismo. En el presente caso la causa parece estar en no haberse deslindado claramente la antigua acción de jactancia de las Partidas, y la moderna acción declarativa, desoyéndose las voces de quienes, como Fraga Iribarne y Plaza Navarro, postulaban la radical desaparición de la primera de nuestro ordenamiento procesal. Cfr. sobre el tema: FRAGA IRIBARNE, *La acción de jactancia*, en *Rev. de la Facultad de Derecho de Madrid*, enero-junio 1943, pp. 70 ss.; PLAZA, *Derecho procesal civil español*, vol. I, 3.^a ed. (Madrid, 1951), p. 118. Por otro lado, ¿no parece llegado el momento de eliminar de nuestra praxis procesal un sintón de fórmulas arcaicas y anacrónicas, impregnadas de rancio medievalismo, todo ello en aras de la simplificación y racionalización del proceso?

G. G. C.

II. Derechos reales.

1. TERCERÍA DE DOMINIO: IDENTIFICACIÓN DE LOS BIENES REIVINDICADOS: *Para que pueda prosperar la tercería de dominio que se interponga a fin de reivindicar los bienes que hayan sido embargados a instancia de un acreedor ejecutante, debe acreditarse por el tercero la propiedad de aquéllos y también la identidad de los que fue desposeído por aquella actuación judicial, por lo que, si la sentencia recurrida, al aceptar plenamente los fundamentos de la dictada en el primer grado de la instancia, declara el pleno dominio por parte de la accionante sobre el conjunto patrimonial que fue objeto de embargo origen de la tercería, es obvio que se ha cumplido con el requisito esencial que para la eficacia de la acción reivindicatoria exige la Ley.*

VÍA DE APREMIO: CARÁCTER INCIDENTAL DE LA TERCERÍA DE DOMINIO Y DE MEJOR DERECHO: CUESTIONES INTRASCENDENTES: *En la tercería de dominio y en la de mejor derecho, como pleitos incidentales de la vía de apremio, no pueden plantearse ni resolverse otras cuestiones que las específicas de su objeto legal —dominio de los bienes embargados, y preferencia de cobro entre varios créditos contra el mismo deudor, respectivamente—, por lo que habiendo quedado justificados los requisitos necesarios para la prosperabilidad de la acción dominical, no resultan eficaces los argumentos empleados por el recurrente respecto de infracciones de normas probatorias referidas a circunstancias que, relacionadas con los balances, conceptos de los débitos que originaron el embargo, cuantía de ellos y otras similares, resultan totalmente intrascendentes a los efectos de la acción de tercería de dominio ejercitada.*

PERSONALIDAD JURÍDICA INDEPENDIENTE DE DOS SOCIEDADES: INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL A QUO: *No puede prosperar el motivo del recurso que, al amparo del artículo 1.692, 2º, de la L. E. C., denuncia infracción de Ley, por violación de los artículos 1.281 y 1.911 del Código Civil y pretende mantener el criterio de que las dos sociedades litigantes constituyen una sola y la misma entidad, contrariando de este modo la interpretación que de los documentos fundamentales hace el Tribunal sentenciador, en cuanto declara que ambas entidades sociales tienen personalidad independiente, sin que la existencia de relaciones económicas entre ambas pueda significar dependencia o comunidad de bienes, ni permita considerar a los bienes propios de una como formando parte de la otra.* (Sentencia de 27 de junio de 1974; no ha lugar.)

NOTA: Para entender el alcance de la sentencia extractada conviene esclarecer brevemente el supuesto de hecho. Se trataba de una sociedad constituida en 1923 con el nombre de Manufacturas Carol, S. A., y domiciliada en Sabadell, que cambió de denominación social en 1947, adoptando el de Carol, S. A., manteniendo su domicilio. Los socios de ésta, al parecer miembros de una misma familia, crearon otra sociedad con el primitivo nombre, domiciliándola en Bilbao, donde se inicia contra ella la vía de apremio, que se prosigue en Sabadell, por débitos fiscales. La Recaudación de Hacienda embarga bienes de Carol, S. A., que entabla tercera de dominio contra la Recaudación y Manufacturas Carol, prosperando en las tres instancias.

A. L. C.

2. PROPIEDAD HORIZONTAL: CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS COMUNES: NORMAS ESTATUTARIAS Y ACUERDOS DE LA JUNTA: *El artículo 9, párrafo 5º, de la L. P. H., impone a los copropietarios la obligación de "contribuir con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización", lo cual quiere significar que la primera regla a que ha de atenderse para la distribución de los gastos comunes es la del coeficiente o cuota de participación, pero que ello es susceptible de alteración y de acomodación por acuerdo posterior, acuerdo que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 16 de la referida Ley, requiere la unanimidad o conformidad de todos los copropietarios, la cual puede prestarse mediante el asentimiento expreso de los asistentes a la Junta, o bien de manera tácita, dejando de impugnar judicial y eficazmente el acuerdo adoptado, los que disientan de él.*

EFFECTOS DE LA FALTA DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS SOBRE SISTEMA DE REPARTO DE LOS GASTOS COMUNES: *Adoptado en 25-11-62 el acuerdo de que el reparto de ciertos gastos comunes se haga por partes iguales y no por coeficientes y no habiendo sido impugnado eficazmente por los discrepantes en los plazos y forma que la Ley señala, ha quedado firme y ejecutivo a los treinta días de adoptado, y debe regir hasta el 30-6-68, toda vez que en 30-5 anterior se acordó su modificación y la vuelta al sistema del coeficiente respecto a esos determinados gastos comunes, sin que la circunstancia de que tampoco se hubiese obtenido la requerida unanimidad, para tal acuerdo innovador, sea motivo para privarle de eficacia, por cuanto los discrepantes tampoco lo impugnaron en tiempo y forma y, por consiguiente, dejaron que adquiriera firmeza para todos.* (Sentencia de 22 de abril de 1974; ha lugar.)

NOTA: Junto a la cuestión de fondo debatida en el presente caso y a la que aluden los extractos arriba expresados, se ventila también un problema de reclamación de cantidades entre las partes litigantes, pues cada una formula una liquidación distinta como consecuencia del sistema de reparto de gastos que cree debe aplicarse (el de coeficiente o el del acuerdo posterior de la Junta). Ello explica que en la *segunda sentencia* se aluda al tema en un considerando que, por su posible interés, se transcribe íntegramente a continuación: **CONSIDERANDO** que nuestro ordenamiento jurídico, previendo supuestos en los que en el proceso aparece acreditada la existencia de una deuda, pero no precisada su cuantía, en vez de prescribir la denegación del fallo de fondo y remitir a las partes a otro proceso, permite que se dicte una sentencia definitiva parcial, o *Grundurteil*, que proclama la existencia de aquella deuda en abstracto, y defiera, para una ulterior fase del mismo proceso, la concreción y fijación de dicha deuda, con arreglo a unas bases o límites que han de quedar ya determinados en la sentencia.

A. L. C.

3. ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE: CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE DISCONTINUA: *Tratándose de una pretendida servidumbre discontinua, al no constar la existencia de título constitutivo de la misma ni que la falta de ese título haya sido suplida por los medios determinados en el artículo 540 del Código Civil, hay que llegar a la conclusión de que está libre la finca de la actora de la servidumbre de paso de camiones y demás vehículos de motor.* (Sentencia Tribunal Supremo de 14 de octubre de 1974; ha lugar.)

A. L. C.

4. CORRALIZA EN NAVARRA: ACCIÓN NEGATORIA DE DOMINIO: *La acción ejercitada por el Ayuntamiento de Azagra, en el sentido de que se declare que el contrato celebrado en 1827 entre el Ayuntamiento y un acreedor supuso únicamente la transmisión del derecho de hierbas y agua sobre la corraliza, y no la propiedad del terreno, podría calificarse de acción negativa del dominio.*

DEFECTUOSA FORMULACIÓN DE LA DEMANDA: *Tal acción se formula de un modo condicional y de difícil inteligencia, porque admitiendo la posibilidad de que se declare que los demandados habían adquirido la plena propiedad (cosa procesalmente imposible, porque no puede concederse lo no pedido), no se comprende cómo se añade que, en tal caso, se condene al anterior o anteriores vendedores a satisfacer al Ayuntamiento el valor del terreno, excluido el del aprovechamiento, lo cual implica una "contradiccio in terminis", porque es impropio que se produzca la transmisión del pleno dominio en pago de deudas sin que se haya satisfecho el importe del mismo (artículos 1.175 y siguientes del Código civil).*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Los contratos no se identifican por la denominación que las partes les atribuyen, sino por el conjunto de su contenido obligacional, a cuyo efecto es de recordar que la sentencia recurrida destaca la rotundidad y claridad de los términos empleados en el documento de 1827, en los que se habla de "apropio en propiedad y posesión para poder libremente gozarlas, arrendarlas, etc..."; y a esta interpretación de la Sala hay que estar, según reiteradísima jurisprudencia, mientras no sea absurda o inveterosímil.*

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN NAVARRA: *No puede invocarse el Código civil cuando existen en Derecho foral navarro preceptos específicos, como el artículo 490 de la Compilación, conforme al cual hay que atenerse a la voluntad declarada, la cual, según lo dicho, ha quedado perfectamente conocida.* (Sentencia de 18 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

J. D. C.

III. Obligaciones y contratos.

1. EFICACIA PROBATORIA DE UN CONTRADOCUMENTO: *Las llamadas "contradeclaraciones" o "contraescrituras", con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.230 del Código civil, "a contrario sensu", tienen plena eficacia entre los interesados, aunque no produzcan efectos contra terceros.*

LITISCONSORIO PASIVO NECESARIO: *No hay por qué demandar a la entidad J. S. G., S. L., ya que la resolución combatida en nada le afecta, pues el pleito no versa sobre los beneficios que haya producido la entidad, ni sobre el acuerdo social de ésta de no repartir beneficios entre los socios, sino que tiene por objeto compelir a las demandas para que cumplan la obligación que han asumido formalmente en los documentos privados citados, satisfaciendo a su madre una cantidad equivalente a los beneficios que hayan producido las 279 participaciones que generosamente cedió a sus hijas en escritura pública.*

CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS: *Si se aceptase la tesis que propugnan las recurrentes se vendría a dejar a voluntad de éstas el cumplimiento de la obligación contraída, pues les bastaba adoptar el acuerdo social de no repartir dividendos —ya que tenían mayoría en la sociedad— para burlar a su generosa madre, lo cual chocaría con el precepto contenido en el artículo 1.256 del Código civil que prohíbe que el cumplimiento de los contratos se deje al arbitrio del obligado.*

USUFRUCTO DE PARTICIPACIONES SOCIALES: *No hay violación del artículo 24 de la Ley de S. R. L., puesto que la demandante no ejerce los derechos que le corresponden como usufructuaria de participaciones sociales frente a la entidad J. S. G., S. L., contra la cual ninguna acción procesal ni de derecho material ostenta, sino que reclama de las demandadas el cumplimiento de la obligación que han reconocido formalmente en documento privado.* (Sentencia de 19 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

NOTA: Por escritura pública otorgada en 1959, la madre vendió —en rigor, se encubría una donación— 279 participaciones de una sociedad limitada a tres hijas suyas, poseedoras también de otras participaciones que, en su conjunto, agotaban casi su totalidad. El mismo día y en sendos documentos privados, cada una de las hijas reconocía que la cedente se había reservado el usufructo de las participaciones transmitidas. Frente a la reclamación de la madre de que se le abonen los beneficios de tales participaciones, las hijas oponen que en determinado ejercicio económico no hubo beneficios y que en otro se acordó no repartirlos, aparte de que, en todo caso, habría que haberse dirigido la acción también contra la propia sociedad.

El Tribunal Supremo resuelve elegantemente la cuestión, para llegar a la solución justa, en base a la doctrina que ha quedado extractada, para sentar

la cual saca partido inteligentemente de ciertas expresiones utilizadas en los indicados documentos privados, que daban pie para interpretar que la obligación de las cesionarias consistía en entregar "el equivalente" de los beneficios que hubieran podido producirse. Además, uno de los considerandos, recongiendo la idea expuesta en la Sentencia impugnada, apunta la posibilidad, más que probable, según los hechos probados, de que el acuerdo de no repartir beneficios se adoptó con dolo.

J. D. C.

2. "EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS": *Para que pueda ser acogida es preciso que el actor no haya cumplido su prestación ni ofrecido realizarla; no puede alegarse cuando el no cumplimiento por el actor es imputable al demandado.* (Sentencia 3 de marzo de 1973; no hay lugar.)

J. P. D.

13. ARTÍCULO 1.124 C. DE C.: *Para que pueda aplicarse este precepto es preciso que las obligaciones sean recíprocas y de carácter principal, no dándose este supuesto cuando una de las partes incurrió en un mero retardo, sólo parcialmente imputable a la misma, en el cumplimiento de una obligación accesoria.*

PRUEBA: LIBROS DE LOS COMERCIANTES: PAPELES PRIVADOS: *El artículo 48 del C. de c. no hace otra cosa que establecer reglas de criterio para graduar la prueba de los respectivos libros de los comerciantes cuando litigan unos con otros y se trate de contratos esencialmente mercantiles, y si bien el artículo 1.228 del Código de c. establece que los asientos, registros y papeles privados hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad, habiendo de aceptarlos en la parte que le perjudiquen quien quiera aprovecharse de ellos, y la regla primera del repetido artículo 48 del Código de comercio preceptúa que los libros de los comerciantes tienen fuerza probatoria contra ellos, es indudable que tales preceptos carecen de aplicación cuando no hay asientos en los que tenga exteriorización el hecho que se dispute, ya que no puede admitirse que la falta de anotación suponga por sí sola la inexistencia del acto o contrato en litigio, y además una de las partes no actúa en el pleito como comerciante.* (Sentencia de 10 de marzo; no ha lugar.)

J. P. D.

4. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO: ARTÍCULO 1.124 C. C.: ABANDONO DE OBRA: *Tal y como está redactado el recurso, no conduce a otra cosa que a dar paso a la aplicación del párrafo primero del artículo 1.124 del C. c., aún dado el carácter excepcional con que se ha concebido esta medida de resolución unilateral de un contrato, como ocurre en el caso de autos, en que el término "abandono", que con acierto de la Sala emplea, supone la cesación en la ejecución de la obra y el propósito (plenamente confirmado por los términos del "suplico", empleado en el recurso) de no continuarla, dándose todas las condiciones necesarias, según la jurisprudencia, para la efectividad de lo dispuesto en el referido artículo.* (Sentencia de 4 de junio de 1974; no ha lugar.)

A. L. C.

5. PRECONTRATO: PROMESA BILATERAL DE COMPRAVENTA: DOCTRINA GENERAL: *En torno a la interpretación del artículo 1.451 Código civil es doctrina de*

esta Sala, sobre todo a partir de la Sentencia de 1.º de julio de 1950, seguida en línea de principio por las Sentencias de 27 de febrero de 1954, 2 de febrero de 1959 y 5 de octubre de 1961, resumida y comentada en la de 7 de febrero de 1966, y reiterada en las de 1.º de junio de 1966 y 11 de noviembre de 1969, que cuando en el contrato preliminar han quedado determinados de manera total y completa los elementos y circunstancias de la prometida compraventa, y consta de un modo indubitable en aquel contrato la decidida voluntad de las partes de llegar a celebrar una auténtica compraventa, la resistencia de una de ellas a concluir ésta no da lugar simplemente a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento no sólo de la promesa, sino también del contrato definitivo.

CONSIGNACIÓN: NECESIDAD DE ANUNCIARLA AL ACREDOR: *Conforme al artículo 1.177, párrafo 1.º, Código civil, para que la consignación de la cosa debida libere al obligado deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación, y entre ellas al acreedor.* (Sentencia de 28 de junio de 1974; ha lugar.)

NOTA: Aunque no constituye doctrina nueva, sí hay que señalar la firmeza con que se reitera la que ya puede considerarse doctrina consagrada por la Sala 1.ª en materia de eficacia de la promesa bilateral de compraventa. Sigue siendo fundamental DE CASTRO: *La promesa de contrato*, en *ADC*, 3 (1950), 1133 ss. Algunas de las sentencias que se citan se encuentran en DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, 2, vol. I (Madrid, 1973), pp. 348 ss.

G. G. C.

6. COMPRAVENTA DE INMUEBLES EN DOCUMENTO PRIVADO: VALOR DEL ARTÍCULO 1.280 C. C.: *La falta de cumplimiento de la formalidad rituaria que el artículo 1.280 establece, no desvirtúa la fuerza de obligar que tienen los contratos entre las partes que los otorgan y sus herederos, tratándose del cumplimiento de un requisito de forma que no es obligación, sino facultad de las partes contratantes, y sin que el hecho de no haber hecho uso de ella enerve la acción que les corresponde; así lo tiene declarado esta Sala en Sentencias de 9 de abril de 1908, 13 de marzo de 1928, 11 de marzo de 1932, 30 de abril de 1955 y 9 de mayo de 1970, entre otras.*

ACCIÓN DECLARATIVA DE LOS EFECTOS DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA: *La pretensión deducida en la demanda tiende a lograr pronunciamiento judicial por el que se declare que el contrato de compraventa reflejado en el documento privado de 8 de octubre de 1939, celebrado por el padre de los demandados y recurrentes, es válido, lícito y surtió sus naturales efectos de transmitir al comprador, causante de los actores, los derechos de dominio sobre la cuarta parte indivisa de la finca descrita en el hecho primero de la demanda y, en su virtud, es llano que tal acción deriva del referido contrato de compraventa y es de naturaleza personal.* (Sentencia de 17 de febrero de 1975; no ha lugar.)

NOTA: A efectos dialécticos, la Sentencia acepta la calificación de acción real defendida por los demandados, sin que estime la prescripción extintiva de la misma, ya que fija el *dies a quo* en 1969 —o sea, treinta años después

del otorgamiento del documento privado indicado—, al otorgarse una escritura de manifestación de herencia en la que se incluye como de la propiedad del vendedor la finca litigiosa que había salido de su patrimonio.

G. G. C.

7. COMPROVACIÓN DE VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL: INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: PREVALENCIA DEL SENTIDO LITERAL: *Reiterada doctrina jurisprudencial viene estableciendo que, siendo los términos del contrato claros y no ofreciendo dudas sobre la intención de los contratantes, se estará —por imperativo del artículo 1.281, 1, Código civil— al sentido literal de sus cláusulas; disposición primordial cuya observancia se impone siempre que el texto contractual ofrezca esa claridad que la ley exige, lo cual sucede en el presente caso en el que los términos del contrato-base son, por sí mismos, lo bastante lúcidos para ser entendidos en un mismo sentido, sin dar lugar a dudas, y sin necesidad para su comprensión de razonamientos susceptibles de impugnación, por lo que no caben interpretaciones que alteren su sentido natural y recto.*

CONTRATO CONTENIDO EN FORMULARIO IMPRESO: NECESIDAD DE INTERPRETARLO COMO TODO UNITARIO: *No ofrece dificultad alguna extraer de la simple lectura de las condiciones contractuales todas las circunstancias que deriven de las mismas, sin que pueda ofrecer dudas al sentido e inteligencia de lo convenido, el simple hecho de estar redactado en forma impresa, y el haber completado los espacios en blanco con las diversas circunstancias personales y materiales, esenciales todas ellas del pacto, pero en todo unitario y completo, que lleva en sí una armonía contractual que ha de respetarse, por lo que no es admisible tergiversar el texto de lo convenido con la eliminación de las cláusulas 3.^a y 4.^a para deducir de las restantes un precio cuya oportunidad y cuantía no aparecen como cierta y definitiva en el texto del contrato.*

DETERMINACIÓN DEL PRECIO VERDADERO: *Del texto claro y terminante del contrato se deriva que se ha convenido un precio en la cláusula 2.^a, pero teniendo en cuenta que éste siempre quedará acomodado en su cuantía, a lo que resulte de la "calificación definitiva" otorgada por el Ministerio de la Vivienda, como así se hace constar en la cláusula 3.^a, la que hay que respetar en todo momento, porque lo contrario supondría llevar a cabo una interpretación arbitraria, al pretender aislar una de las cláusulas del contrato —la segunda—, desgajándola de sus complementarias —tercera y cuarta— que están en correcta conexión con aquella otra, y ello cuando tanto una interpretación literal de las mismas (artículo 1.281) como la derivada de la aplicación conjunta (artículo 1.284) evidencia que el contrato no expresa en modo alguno la renuncia por parte del vendedor al importe del total precio, fijado por la Administración, que, según la Ley, ha de especificarse en la cédula de calificación definitiva. (Sentencia de 18 de noviembre de 1974; ha lugar.)*

NOTA: La presente Sentencia es digna de resaltarse por cuanto da lugar al recurso de casación por violación del párrafo 1.^o del artículo 1.281 del Código civil, en relación con los artículos 1.284, 1.285 y 1.288 del Código civil, aunque la cuestión litigiosa puede estimarse de mínima cuantía de entre las que tienen acceso al Tribunal Supremo. Había que dilucidar si el precio convenido en la venta de un piso de protección oficial era de 220.000 pesetas como sostenía el comprador, o de 311.997,60 pesetas como entendía el ven-

dedor. La Sentencia de la A. T. había declarado que la 2.^a de las cláusulas del contrato especificaba clara y concretamente un precio determinado y cierto sobre el que recaía el consentimiento de las partes, sin atribuirle provisionabilidad alguna, mientras que las demás cláusulas, por formar parte de un impreso que reviste las características de un contrato de adhesión, su interpretación no debe favorecer a la parte. El T. S. realiza una encomiable labor interpretativa, refutando acertadamente los argumentos de la sentencia recurrida, recordando una doctrina que, no por reiterada, puede ser desconocida a veces por las instancias inferiores. Sobre las últimas orientaciones jurisprudenciales, cfr. CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, III, *La obligación y el contrato en general*, 11.^a ed., revisada por García Cantero (Madrid, 1974), pp. 516 ss.

G. G. C.

8. PERMUTA DE SOLAR POR LOCAL Y VIVIENDA: INCUMPLIMIENTO: EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *El negocio jurídico básico es un contrato de permuta, cuya diferencia y efectos de la compraventa son tan evidentes que basta la simple lectura comparativa de los artículos 1.445 y 1.538, y de sus respectivos concordantes del Código civil, para comprobarlo, y la previsión que la sentencia, de acuerdo con la demanda, hace no permite intercambiar arbitrariamente las dos figuras jurídicas, sino sólo de un modo, subsidiario, en defecto de las cosas objeto de la permuta y con las circunstancias allí expresadas.*

PRUEBA DE LA IMPOSIBILIDAD DE ENTREGA: *La asociación demandada estaba obligada a demostrar, en primer lugar, qué las fincas que debían ser dadas en permuta estaban poseídas, y precisamente a título de compraventa, por un tercero, y en el caso presente, no se alegó tal posesión al plantearse la demanda o, en todo caso, antes de su anotación en el Registro de la Propiedad cuya finalidad es asegurar la efectividad de la retroacción de los pronunciamientos de la Sentencia correspondiente, como recuerda la Sentencia de 12 de junio de 1951.*

NO HAY LITISCONSORCIO PASIVO CON EL OCUPANTE DE HECHO: *Como al ser requerida la entidad demandada no hizo manifestación alguna, ni mención de ningún ocupante, ni naturalmente del título de su ocupación y de su fecha, lo cual hace presumir la posterioridad, si la hubiera, que todavía se ignora, ya que cuando el actor, para facilitar el cumplimiento de una providencia de ejecución de lo juzgado, descubre que en el piso elegido hay un ocupante que designa, no basta con ello para estimar la necesidad de un litisconsorcio pasivo, porque puede tratarse de un simple servidor de la posesión (Sentencia de 21 de abril de 1965), por lo cual es procedente estimar el recurso. (Sentencia de 15 de noviembre de 1974; ha lugar.)*

HECHOS: La Sentencia, de cuya ejecución se trata, había declarado: 1.^o Es válido y de plena eficacia jurídica el contrato de permuta concertado entre las partes, y por el cual la Asociación Civil San Antonio recibió 465 metros cuadrados, a cambio de entregar un local en la construcción, una vez terminada, con diez metros lineales entre pilares y con una superficie equivalente al 40 por 100 de la superficie edificable, y un piso de 76 metros cuadrados, aproximadamente, de superficie, que será elegido por la otra parte. 2.^o En el caso de que por haber sido vendidos los locales no quede espacio libre o no haya posibilidad de dar cumplimiento a lo convenido, se abonará a don S. P. el precio del terreno ocupado por la edificación, el cual se determinará en ejecución de Sentencia.

NOTA: Parece claro que la obligación de la asociación no era de naturaleza alternativa, regida por los artículos 1.131 y ss. Código civil, sino que el contrato de permuta tenía prevista una forma subsidiaria de cumplimiento en el caso de imposibilidad jurídica sobrevenida. Se trata de un contrato cuya naturaleza, en cierto modo, es fungible. En el caso resuelto parece claro que al solicitar el cedente del solar el cumplimiento del contrato de permuta no se habían vendido los locales que debían entregarse a cambio, reforzándose su pretensión con la anotación preventiva de la demanda.

La relativa frecuencia con que se producen contratos de este tipo debe ser un incentivo para que la doctrina profundice en su problemática, a la que no siempre es fácil adaptar la normativa vigente.

G. G. C.

9. DERECHO DE OPCIÓN: TRANSMISIÓN: *No es transmisible sin el consentimiento del optatario el derecho de opción de compra concedido en un contrato cuya finalidad fue la de dar efectividad a una compleja posición jurídica, integrada por derechos y obligaciones recíprocos, ya que al optatario podía no serle indiferente la persona del comprador, titular pasivo de unas obligaciones que para ser cedidas requerían el consentimiento del concedente de la opción.*

RECURSO DE CASACIÓN: *No se da contra los considerandos de la resolución impugnada que no constituyen fundamento del fallo.* (Sentencia 6 de marzo de 1975, no ha lugar.)

J. P. D.

10. EJECUCIÓN DE SENTENCIA: LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR: INFRACCIÓN DEL ARTÍCULO 1.061 C. c.: *El artículo 1.061 C. c. no se refiere a que todos tengan que participar de los mismos objetos, sino que lo que se entregue a cada uno deberá reunir aquellas condiciones, que es precisamente lo que aquí hicieron los juzgadores de instancia con la adjudicación particularizada de cosas específicas a cada uno de los socios; siendo ajustado a los más elementales principios legales y de equidad el que el recurrente, que sólo aportó a la sociedad la suma de 107.430 pesetas y cuyo crédito se le reconoce, se le adjudiquen bienes suficientes para cubrirlo, mientras que a la otra parte se le atribuye la propiedad de una finca adquirida con el dinero por ella aportado, no para conseguir un aumento del capital social, sino para con él realizar en concreto dicha adquisición, que vendría a integrar el patrimonio societario.* (Sentencia de 7 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

G. G. C.

11. PACTO DE EXCLUSIVA SIN FIJACIÓN DE PLAZO: VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE RESOLUCIÓN UNILATERAL: *No es posible asignar al pacto de exclusiva de venta de un producto el carácter de perpetuidad.*

A ello se oponen los siguientes argumentos: 1.º El que dicho pacto, examinado por la Jurisprudencia de esta Sala a partir de su Sentencia de 23 de marzo de 1921, y definido en las de 29 de octubre de 1955 y 31 de diciembre de 1970, al orientarse en el sentido de evitar la concurrencia en el mercado, entraña una restricción a la libertad comercial de los contratantes

que, como tal, no debe interpretarse en sentido amplio, sino limitado, en virtud del aforismo jurídico “odiosa sunt restringenda”, recogido, entre otras, por la Sentencia de 22 de febrero de 1958. 2.^º El que, dado el “intuito personae”, que juega en los contratos de distribución de productos con pacto de exclusiva, por la repercusión que en el patrimonio de cada contratante puede ocasionar la inactividad o falta de diligencia del otro, se le suele acompañar en la práctica mercantil, cuando se concierta sin fijación de plazo, de una cláusula de resolución “ad nutum” con exención de resarcimiento de daños y perjuicios, que actúa como válvula de seguridad para compensarles del riesgo que mutuamente corren. 3.^º El que, éste es el criterio seguido por nuestro Código civil, para todos aquellos supuestos en que, entre los interesados, median relaciones obligacionales por tiempo indefinido, según se infiere de sus artículos 400, 1.052, 1.705, 1.733 y 1.750, e incluso otros textos legales, como el artículo 279 del C. de c. 4.^º El que tanto las legislaciones extranjeras como las disposiciones vigentes en nuestro país que tratan de materia, adoptan medidas para evitar la prolongación “sine die” de los pactos de exclusiva estipulados por tiempo indefinido, bien concediendo a ambos contratantes la facultad de desistimiento unilateral, con requisitos análogos al que es objeto de este recurso, como sucede con el artículo 1.569 del C. c. italiano, ya señalando un plazo máximo de duración para los mismos, cual ocurre con el párrafo 2.^º del artículo 13 del Reglamento para los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de 6 de abril de 1951. 5.^º El que la jurisprudencia de esta Sala también proclamó en sus Sentencias de 18 de marzo y 28 de mayo de 1966 la necesidad de que dichos pactos no fueran “ilimitados en el tiempo ni en el espacio”, razones todas ellas que dan lugar a que no se haya infringido el mencionado artículo 1.256, y a que el empleo de la denuncia unilateral del contrato, por parte de la recurrida no implique el abuso en el ejercicio del derecho a que el motivo se contrae, por no darse éste cuando la persona a quien se atribuye no traspasó los límites de la equidad y buena fe, sino que se redujo a ejercitar las acciones que estimó corresponderle (Sentencias de 27 de febrero de 1958, 4 de marzo de 1959 y 7 de junio de 1970), conforme a la máxima “quo iure suo utitur neminem laedit” (Sentencias de 12 de febrero de 1966 y 28 de noviembre de 1967). (Sentencia de 14 de febrero de 1973; no ha lugar.)

NOTA: Transcribimos literalmente el tercer Considerando de la Sentencia, de la que fue ponente don Federico Rodríguez Solano y Espín, por la importancia y riqueza de sus argumentos.

J. P. D.

12. RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: PRUEBA DEL DAÑO: DOCTRINA GENERAL: *De toda lesión injusta de un derecho ajeno, como consecuencia del principio general de que quien causa daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce de una obligación pre establecida que cuando proviene de culpa o negligencia no referidas a vínculo contractual, nace la responsabilidad que deriva de los artículos 1.101 y 1.902 del Código civil, con sus concordantes y aparte sus peculiares características tienen como denominador común el que los daños y perjuicios resulten probados a juicio del Tribunal sentenciador, de tal modo que no basta, en cada supuesto, la prueba de aquella culpabilidad o negli-*

gencia o del incumplimiento de la obligación, si no resulta acreditado la realidad de los daños y perjuicios reclamados.

CONTRATO DE FLETAMIENTO: INCENDIO FORTUITO DEL BUQUE: DAÑOS Y PERJUICIOS: INCOLPABILIDAD DEL FLETADOR: *Como consecuencia del incendio declarado en la bodega número 1 del barco, se dio lugar a que éste no se cargase en la totalidad convenida en la póliza, permaneciendo en puerto mayor número de días del previsto, pero de dicho suceso no fue culpable el fletador, por lo que no puede hacérsele responsable del defecto de embarque y de las estadías.* (Sentencia de 10 de febrero de 1975; no ha lugar.)

G. G. C.

13. CULPA EXTRACONTRACTUAL: ACCIDENTE DE AUTOMÓVIL CON MUERTE DEL CONDUCTOR: NO HAY RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO DEL VEHÍCULO: *La responsabilidad extracontractual o aquiliana presupone la conjunción de los siguientes requisitos: la realidad de una lesión o daño a tercero, una acción u omisión culpable o negligente por parte del que lo produce y una relación de causalidad entre esa conducta y el daño, y de los hechos declarados probados no aparece cuál fuere la conducta del demandado —propietario del vehículo—, ni por tanto poder derivarse relación alguna de causa a efecto, faltando dos de aquellos requisitos para la prosperabilidad de la acción; siendo de notar que la parte actora pretende derivar la responsabilidad indemnizatoria de la relación laboral existente entre el demandado y el fallecido, por lo que no resulta aplicable el artículo 1.902 ni, en su caso, el 1.903 del C. c.* (Sentencia de 11 de febrero de 1975; no ha lugar.)

Parece clara la desestimación del recurso: la jurisdicción civil no es competente para declarar la posible responsabilidad por accidente de trabajo (se alega que el demandado no había dado de alta en la Seguridad Social a la víctima); el 1.902 no es invocable por no haber incurrido en culpa el demandado; tampoco el 1.903, por referirse a un supuesto diferente (responsabilidad del empresario por daños causados a tercero por sus dependientes).

G. G. C.

IV. Arrendamientos.

1. ARRENDAMIENTO URBANO SOMETIDO A L. A. U.: EDIFICACIÓN DE CARÁCTER PROVISIONAL: *La doctrina de esta Sala viene pronunciándose respecto a la provisionalidad de las edificaciones que señala el artículo 91 de la L. A. U., en el sentido de que la enumeración que hace en su párrafo 2.º dicho precepto es meramente enunciativa, pudiendo calificarse de provisionales otras edificaciones probando que lo sean; y esta calificación no depende del tiempo transcurrido desde su construcción, ni de la posibilidad de su permanencia, ni de la falta de dirección técnica, sino que ha de determinarse por las circunstancias concurrentes en cada caso, entre ellas la inadecuación al lugar en que radica en relación con las ordenaciones urbanas y capacidad de ocupación en ellas asignada a la superficie sobre la que está construida, con el valor de sus propios solares* (S. 7 mayo 1969). (Sentencia de 15 de abril de 1974; no ha lugar.)

G. G. C.

2. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: DONDE LA LEY NO DISTINGUE, NO ES LÍCITO DISTINGUIR: EXTINCIÓN DEL SUBARRIENDO POR EXTINCIÓN DEL ARRIENDO: EXTINCIÓN DE ARRIENDO POR CONFORMIDAD DE LOS INTERESADOS: COMPETENCIA: *Como la LAU no establece distinción, la extinción del subarriendo por extinción del arriendo se produce aunque el arriendo originario se extinguiera por conformidad de los interesados, correspondiendo el conocimiento de la acción concedida por el artículo 117 de la LAU al propietario del local de negocio, al Juez de Primera Instancia y debiendo seguirse la primera instancia por el trámite de incidentes.*

DECRETOS DE ALQUILERES DE 1931 Y 1936: SUBARRIENDOS: *Aun cuando la derogación de los indicados Decretos por la LAU no impide su aplicación a los derechos nacidos bajo su régimen, ello puede afectar a la prescripción del derecho del arrendador para obtener la resolución del arriengo con base en esta causa, pero no implica el decaimiento de la acción que el artículo 117 de la LAU concede al arrendador, porque aquellos decretos no admitieron la pervivencia del subarriendo una vez extinguido el arriendo que lo originaba, sino que, por el contrario, regía el principio resolutivo "jure dantis, resolvitur jus concessum".* (Sentencia de 23 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

EXPROPIACIÓN FORZOSA: CUÁNDO PRODUCE EFECTO TRASLATIVO DE LA PROPIEDAD: *La expropiación forzosa no surte efectos traslativos de la propiedad del bien expropiado hasta que se ha efectuado el pago del precio.* (Sentencia de 24 de enero de 1975; no ha lugar.)

J. P. R.

CONTRATO DE OBRA: ENTREGA EN FORMA DISTINTA DE LA PACTADA: *La entrega de la cosa objeto del contrato de obra en forma distinta de la pactada, supone tanto como la no realización.*

CONGRUENCIA: CASACIÓN: *Debe ser desestimado el recurso en que se alega la incongruencia de la resolución recurrida, sin hacer referencia alguna a una posible infracción del artículo 359 de la LEC.*

CASACIÓN: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *La alegación del error de hecho en la apreciación de la prueba exige, en su aplicación a un caso concreto, que el alegado esté respaldado con algún documento específico de carácter auténtico, que ponga de manifiesto, por sí sólo y sin ulterior razonamiento, lo contrario de lo sostenido por el juzgador.*

CASACIÓN: CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN DE LEY: *La violación de norma, al no especificarse el sentido de la misma y de acuerdo con la reiterada doctrina jurisprudencial equivale a no aplicación, noción distinta de la aplicación indebida.* (Sentencia de 10 de diciembre de 1974.)

J. P. R.

4. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: LOCAL DE NEGOCIO O ALMACÉN: *Si lo arrendado fue el piso bajo y la cochera, arrendados en un solo contrato con renta*

única y destinados por el arrendatario primero a cochera de los camiones que dedicaba a un negocio de transporte y luego a la guarda de dos taxis para el servicio público, habiendo en la cochera instalación de teléfono para atender a las llamadas del negocio, el arriendo lo es de local de negocio y no de mero depósito o almacén.

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR CIERRE: *Si el arrendatario vendió uno de los taxis que guardaba en la cochera y al caer enfermo y con el hijo único prestando el servicio militar, dio lugar a que por más de un año no se sacara el taxi a rodaje, incidió en la causa de denegación de prórroga por cierre.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN LA COSA ARRIENDADA: *Al dar por probado la sentencia recurrida la introducción de un tercero en el uso de la cosa arrendada, toda vez que uno de los hijos del demandado casado y con domicilio independiente, de profesión taxista, lo venía cerrando en el local litigioso, por lo que el órgano de instancia estimó de aplicación la causa 5.^a del artículo 149 LAU, debe ser desestimado el recurso en que se alega aplicación indebida de la misma, al no dar por demostrada la posesión del local por su hijo, tratando, con ello, de combatir el resultado probatorio a que llega el juzgador.* (Sentencia de 22 noviembre de 1954; no ha lugar.)

J. P. R.

5. ARRIENDO DE INDUSTRIA O DE LOCAL DE NEGOCIO: CALIFICACIÓN: *Si en una misma fecha el propietario de un terreno en el que había edificado una estación de servicio arrendó el local a otra persona, al tiempo que vendía a la misma el conjunto de aparatos, enseres, útiles y herramientas que integraban la estación de servicio, el arriendo es de local de negocio y no de industria, pues mal puede constituir la cesión —en arriendo— de una unidad patrimonial, aquella a la que se despoja, por haber sido vendidos los elementos precisos para su esencial actividad.* (Sentencia de 25 de enero de 1975; no ha lugar.)

J. P. R.

6. ARRIENDO DE INDUSTRIA: NEGOCIO DE ESPECTÁCULOS: *El párrafo 1.^o del artículo 3 de la LAU establece en términos generales el principio de que el arriendo de industria queda excluido de su ámbito y sometido a la libertad de contratación, por lo que las excepciones que la propia ley estableciera habrían de interpretarse en sentido restrictivo, sin consecuencias que no se deduzcan de sus propios términos, y esto mismo ha de entenderse en la única excepción, la referente a la industria de espectáculos, pues siendo normalmente su explotación por temporada, la acumulación de las que caben en dos años o más, revelan la voluntad implícita de estabilizar la explotación, pero si, por el contrario, no sólo no aparece voluntad implícita, sino que expresamente se pacta un plazo menor de arriendo, si antes de cumplirse el plazo de dos años al arriendo concedido a una persona individual se da por terminado y se transfiere a una persona jurídica y se pacta un nuevo contrato, distinto del anterior, tal reiteración es demostración explícita de la voluntad de las partes expresiva de su deseo contrario a la voluntad de pró-*

rroga básica de la excepción legal indicada, lo que es lícito, válido y normal. (Sentencia de 7 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

7. ARRIENDO DE INDUSTRIA: CALIFICACIÓN: *Si el objeto del contrato lo constituyó la entrega, por tiempo determinado y precio cierto, del goce de un complejo de elementos materiales, coordinados y adecuados entre sí, por su estructura y disposición, para ser destinados a un uso industrial específico y concreto, en estado de funcionamiento, por haber sido creado por el arrendador y estar explotado por él en el momento de la estipulación, el arriendo es de industria.*

REEMPLAZO DE ELEMENTOS DEL COMPLEJO ARRENDADO: CALIFICACIÓN: *El que durante la relación arrendaticia se inutilizaron unos elementos de la fábrica, indispensables para el cernido del trigo molturado, que fueron sustituidos por otros de propiedad del arrendatario, no supone alteración esencial del contrato primitivo, pues la novación precisa, para ser válida, acuerdo de voluntades y probar con toda claridad el "animus novandi" y la jurisprudencia ha dicho que el simple cambio o reemplazo de parte de la maquinaria menaje o mobiliario de la industria arrendada, por otros elementos análogos o las aportaciones o mejoras hechas por el arrendatario, no alteran la calificación del contrato ni modifican su naturaleza si subsisten los demás elementos esenciales.* (Sentencia 8 noviembre 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

8. DURACIÓN DEL ARRIENDO: ARRIENDO POR TIEMPO INDEFINIDO: DURACIÓN DE SUBARRIENDO VINCULADA A LA DEL ARRIENDO: *Si bien la jurisprudencia de la Sala I ha declarado con reiteración, que el pacto por el que se conviene la duración de un contrato de arriendo por tiempo indefinido, es incompatible con la naturaleza jurídica de estos convenios. (SS. de 15 de octubre de 1924, 3 de diciembre de 1954 y 24 de junio de 1969), por implicar una verdadera desmembración del dominio, equivalente a la enfitéusis o al antiguo "ius perpetuae conductio" del Derecho romano y por oponerse la falta de temporalidad, a los términos en que está redactado el artículo 1.543 del C. c. (S. 3 noviembre 1973), no menos exacto es, que si se pactó un subarriendo con la previsión de que su duración será la misma que tuviera el contrato de arriendo que le sirvió de base, su duración quedó perfectamente determinada al supeditarse a la locación de que dependía, sin que quepa la aplicación al caso del artículo 1.581 C. c., que sólo contiene una norma supletoria para cuando la voluntad de las partes no se haya manifestado, sin que quepa distinguir, si no distinguieron los interesados, entre el caso de vigencia del arriendo por razones contractuales o por prórrogas obligatorias.*

CONGRUENCIA: *Las sentencias absolutorias resuelven, por lo general, todos los problemas planteados en el pleito.*

CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS: *Al estar encomendada a los Tribunales de instancia la interpretación de los negocios jurídicos, la*

decisión a que lleguen, al hacer uso de semejante facultad, debe respetarse en casación, salvo que sea ilógica, desorbitada o absurba. (Sentencia de 6 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

NOTA: Es sin duda acertado el criterio de la Sentencia en orden a la validez del pacto en cuestión, aunque en la práctica, dado el sistema de prórroga forzosa del arriendo, la duración del subarriendo será "bastante poco definida" si no indefinida. En rigor el hecho de proclamar la ineficacia de los pactos de duración indefinida del arriendo obedece a un trasnochado conceptualismo y a una obsesión por defender al propietario aun de las limitaciones que el mismo haya creído oportuno hacer de su derecho. Dentro del sistema general de autonomía de la voluntad en materia contractual no veo inconveniente alguno en admitir la eficacia de un negocio jurídico que sea cual sea la calificación que se le dé suponga por parte del propietario la cesión a un tercero del uso de una cosa de su propiedad por precio cierto y duración indefinida.

J. P. R.

9. ADQUIRENTE "INTER VIVOS" DE FINCA ARRENDADA: TRANSMISIÓN DEL CONTENIDO OBLIGACIONAL: *El principio, según el cual, el adquirente "inter vivos" de una finca arrendada sujeta a la LAU se subroga en todos los derechos y obligaciones del arrendador y transferente, tiene aplicación cualquiera que sea tiempo en que se celebraron las estipulaciones entre el inquilino y el transmitente (anterior arrendador), o sea, tanto las convenidas al celebrarse el contrato locativo, como las pactadas en el transcurso de la relación arrendaticia; por ello no hay litisconsorcio pasivo necesario entre adquirente y cedajenante en el proceso en el que se pretende, por el arrendatario, que por acuerdo con el primitivo arrendador quedó modificada la renta.*

IMPUGNACIÓN DEL PRECIO DE VENTA DE FINCA ARRENDADA: *Como base de la capitalización a que se refiere el artículo 53 LAU ha de tomarse la renta anual que al tiempo de la transmisión pague el inquilino y por ello, si nada se pagaba por aplicación de una cláusula de estabilización ni por razón de prestación de servicios, sólo lo efectivamente abonado ha de servir de base a la capitalización.* (Sentencia de 26 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

10. TANTEO DE ARRENDADOR CON ARREGLO A LA LAU: CÓMPUTO DEL PLAZO: *No es admisible el criterio de que el plazo de treinta días del artículo 35 de la LAU, ha de ser de días naturales, ya que es bien cierto, y así lo impone y regula el artículo 39 de la LAU, que ha de contarse por días hábiles.* (Sentencia de 17 de febrero de 1975; no ha lugar.)

J. P. R.

11. TANTEO Y RETRACTO DE INQUILINO: DIVISIÓN Y ADJUDICACIÓN DE COSA COMÚN: DONACIÓN: *Si bien el párrafo 3, en relación con el 1 del artículo 47 de la LAU, concede al inquilino un derecho de adquisición preferente en caso de adjudicación de vivienda por división de cosa común y sólo exceptúa, en cuanto ahora importa, los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado sin aludir a la donación, tampoco excluida por otros fines en el artículo 54, 2º de la LAU, la Sala I del T. S.*

en S. de 20 enero 1962 ha declarado que, cuando el propósito de los comunitarios no fue burlar o desviar el derecho del inquilino, sino ejecutar o dar cumplimiento a la donación hecha por los padres en forma conjunta a favor de todos los hijos, de la finca urbana que dividían, adjudicándose cada uno de ellos un piso, esto es, cuando ambos negocios, donación y división estaban enlazados, el acto de división y adjudicación individual no puede considerarse aisladamente sino en conexión o como consecuencia de la donación, en cuyo supuesto no encuadra el artículo 48 de la Ley referida, pues al dividir la casa no se hizo con el propósito de privar al inquilino del derecho de retracto; además, de seguirse criterio contrario, se desposeería al adjudicatario de un bien que adquirió por acto de liberalidad de los padres y la retribución económica que se le diera no sería reintegro de cantidad desembolsada, pues no pagó precio, sino que sería indemnización, fallando los presupuestos básicos en que apoyar el retracto.

INJUSTICIA NOTORIA: CUESTIONES NUEVAS: *Es causa de inadmisión y, en su caso, de desestimación, el fundar el recurso en cuestión nueva no suscitada en la instancia.* (Sentencia de 4 de febrero de 1975; no ha lugar.)

ACCIÓN CAUTELAR DEL INQUILINO POR VENTA DE PISO A PRECIO SUPERIOR AL LEGAL DE CAPITALIZACIÓN: SUPUESTO DE TRANSMISIÓN DE LA NUDA PROPIEDAD: La alegación de que el artículo 53 LAU no comprende el supuesto de que el vendedor del piso alquilado se haya reservado el usufructo de aquél, carece de fundamento, ya que, como declaró la Sala I del T. S. en S. de 12 de junio de 1958, que hoy se ratifica, al ejercicio de la acción del artículo 53 no es obstáculo el que lo vendido no sea el pleno dominio del piso, sino la nuda propiedad y el actor, como titular del derecho de retracto sobre el piso objeto de venta, puede ejercitarse la acción de impugnación —mejor de constatación— del precio, por exceso del mismo.

VENTA DE NUDA PROPIEDAD CON RESERVA DE USUFRUCTO VITALICIO: *La venta de la nuda propiedad de una finca con reserva del usufructo vitalicio no supone una desintegración del dominio, pues éste pasa totalmente al nudo propietario y el usufructo reservado constituye mero gravamen o derecho real de una cosa de ajena pertenencia.*

ACCIONES DE DECLARACIÓN DE FUTURO DERECHO O DE CONDENA A PRESTACIÓN FUTURA: *Aunque lo normal es que el actor sólo pueda demandar cuando su derecho se ha hecho exigible o esté muy próximo a serlo, sin embargo existen algunos supuestos en que se puede pedir que se declare un derecho futuro o se condene a una prestación que en el momento presente no puede exigirse; tal sucede en los procesos sobre alíments, en los que se suscitan al amparo del artículo 1.129 del C. c. y más típicamente en los que se ejerce la acción del artículo 53 de la LAU, fundada en venta por precio excesivo.*

GANANCIALES: POTESTAD DE DISPOSICIÓN; LEGITIMACIÓN PASIVA: *Según unánime doctrina legal del T. S. recogida por diversas resoluciones de la DGRN,*

la modificación del artículo 1.413 del C. c. —por ley de 1958— no ha introducido un régimen de codisposición a título oneroso para los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, sino que la potestad de disposición sigue perteneciendo al marido, único al que corresponde la iniciativa de realizar dichos actos en que la mujer no es parte, aunque los consienta, teniendo también declarado, la Sala I, que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales con las amplias facultades que le están reconocidas para adquirir bienes, enajenarlos y defenderlos en los pleitos que se suscitan en relación con los bienes gananciales, puesto que al no tener la mujer dominio "in actu" ni derecho que ejercitar sobre los bienes, no tiene por qué ser demandada, máxime cuando al coincidir sus intereses con los de su marido, al defenderse éste defiende, a la vez, a aquélla.

LEGITIMACIÓN PASIVA: POSICIÓN DEL VENDEDOR EN LA ACCIÓN IMPUGNATORIA DE VENTA DE PISO: *El vendedor no tiene por qué ser llamado al proceso provocado por la acción del artículo 53 de la LAU porque en tal proceso no tiene nada que defender, ya que el triunfo de la acción no afecta a la validez del título traslativo ni al vendedor.* (Sentencia de 5 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

NOTA: Es sensible que la Ley de 2 de mayo de 1975, que ha reformado el régimen legal de la mujer casada, no haya llevado a sus últimas consecuencias el principio de igualdad de derechos del marido y la mujer.

J. P. R.

12. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: "NUMERUS APERTUS" DE CAUSAS DE NECESIDAD: *El artículo 63 LAU, en su apartado 2.º, núm. 1.º, contiene una enumeración de presunciones o supuestos no exhaustivos que pueden justificar la resolución por necesidad, pero tal enunciación no excluye otros supuestos o razones que pueden ser apreciados por el Tribunal como causa de necesidad:*

NECESIDAD POR JUBILACIÓN: TRASLADO DE LUGAR DE RESIDENCIA: *No es pretexto fútil o caprichoso de necesidad el que el arrendador, residiere en la capital de la provincia, por razón de su cargo, al jubilarse (hecho que trae consigo una disminución de ingresos) pretenda trasladarse a una localidad rural en que es propietario de una vivienda y que está cercana a un pueblo en donde posee algunas fincas con cuya atención y cuidado puede obtener algunos frutos que le ayuden a compensar la disminución de ingresos, unido a un coste de vida inferior al de la capital de la provincia.* (Sentencia de 8 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

13. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA POR CAUSA DE NECESIDAD: ORDEN DE SELECCIÓN: VENTA O DONACIÓN DE LA TOTALIDAD DE PISO ALQUILADO: *La jurisprudencia de la Sala I dice que el artículo 64 de la LAU señala unas preferencias de permanencia de inquilinos para el caso de que el propietario ejerza el derecho que le confiere el artículo 62 LAU y sean varios los pisos alquilados, con objeto de que no quede a merced del propietario la elección*

del arrendatario que haya de ser desahuciado cuando se venda o done sólo alguno de entre sus pisos de igual calidad, pero dicho precepto no ha de ser aplicable cuando lo que se venda o done es la totalidad de los pisos alquilados. (Sentencia de 20 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

14. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO PARA DERRIBO Y REEDIFICACIÓN: DERECHO DE RETORNO: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 86 LAU: *Si el local atribuido al arrendatario, de planta baja y exterior, es de superficie inferior a la del local que ocupaba en el edificio derruido, aunque la reducción sea de menos de la cuarta parte del primitivo local y se demuestren, además, los perjuicios derivados de la reducción de la extensión superficial, por la casi imposibilidad de desplazar al sótano, por la angostura de la escalera, las mercancías, es aplicable el artículo 86 de la LAU y no el 83.* (Sentencia de 21 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

15. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO PARA DERRIBAR Y REEDIFICAR INMUEBLE: LEGITIMACIÓN DE CONDUEÑOS: *No puede prosperar la excepción de falta de legitimación activa o, en su caso, de personalidad del actor, fundada en que la demolición del inmueble para construir otro de mayor número de viviendas debe adoptarse por acuerdo de todos los condueños del edificio y no tan sólo por los que lo llevan en administración, ya que: a) las cuestiones relacionadas con la propiedad o dominio de la finca no pueden plantearse ni decidirse en los procesos resolutorios de arriendo, debiendo sustanciarse por los trámites del juicio ordinario que corresponda; b) de acuerdo con la jurisprudencia no es alteración de la cosa común, a efectos del artículo 397 C. c., por estar facultado cualquiera de los copropietarios para desempeñar tal cometido, siempre que lo hagan en beneficio de la comunidad, y c) no puede invocar la excepción dilatoria de falta de personalidad quien extrajudicialmente tenía reconocida la personalidad de su adversario.*

NOTIFICACIÓN DEL ARRENDADOR AL ARRENDATARIO: DATOS DE LA MISMA: *No es indispensable que, en la notificación a que se refiere el artículo 78 número 2 de la LAU, se indique el día, mes y año en que ha de iniciarse la demolición del inmueble, por ser suficiente que se haga constar que tal acto se llevará a efecto dentro de los dos meses siguientes al desalojo de la finca por el arrendatario, al no depender el comienzo de las obras de reconstrucción exclusivamente de la voluntad del propietario.* (Sentencia de 2 de enero de 1975; no ha lugar.)

J. P. R.

16. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA POR CIERRE DE LOCAL: CONCEPTO: CIERRE CESADO AL TIEMPO DE EJERCITARSE LA ACCIÓN: *El cierre es concepto contrario al de establecimiento abierto al público, que es nota característica de los locales de negocio en sentido específico, aunque no sucede igual con los locales asimilados a los de negocio por vía legal del artículo 5, 2.º, de la LAU, ya que en ellos se puede desarrollar actividades de comercio de in-*

dustria o enseñanza con fin lucrativo, aunque no se hallaren abiertos al público. Es inadmisible que, tras haberse hallado cerrado el local durante el tiempo señalado por la ley, por el hecho de que el arrendatario lo haya abierto de nuevo, al tiempo de plantearse la demanda, ésta no pueda prosperar. (Sentencia de 14 de diciembre de 1975; no ha lugar.)

J. P. R.

17. DENEGACIÓN DE LA PRÓRROGA ARRENDATICIA POR CIERRE DEL LOCAL, UTILIZACIÓN ESPORÁDICA: *La doctrina de la Sala I del T. S. proclama con reiteración: que al no estar el local de negocio a disposición y servicio del público en general, de manera regular y normal, se incide en la infracción del número 3 del artículo 62 LAU; que el hecho de que esté abierto el local durante la jornada laboral es compatible con el de que en el local se desarrolle una actividad esporádica y circunstancial, hallándose en oposición con la doctrina de la Sala, la tesis de que para que pueda estimarse el cierre, precisa que haya cesado en el local toda actividad; que no obstante la realidad del cierre el que el local se utilice de forma o modo anormal en relación a como anteriormente se había venido utilizando y que el no uso es equiparable al cierre, sin que sean admisibles las ficciones encaminadas a sostener una mera apariencia de actividad.*

RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: NATURALEZA: *Tiene carácter extraordinario y ha sido configurado por el legislador con carácter rigurosamente técnico y formalista al igual que su análogo de casación.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *Tiene que ser desestimado el recurso en que no se señala, de manera clara y precisa, el concepto de la infracción que denuncia.*

COSTAS: TEMERIDAD: *La circunstancia de recurrir contra una Sentencia de apelación que confirmaba otra de primer grado perfectamente fundada y ajustada a derecho, revela una notoria temeridad en la parte recurrente, que le hace acreedora a la imposición de las costas del recurso. (Sentencia de 3 de febrero de 1975; no ha lugar.)*

J. P. R.

18. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CIERRE DE LOCAL: CIERRE PARCIAL: *Si hay un único contrato de arriendo de dos locales con precio unitario, no cabe estimar que la cesación de las actividades en una parte de la finca arrendada constituya el cierre o cesación en la totalidad, que es lo que sanciona el número 3 del artículo 62 de la LAU, norma que, por otra parte, no exige que la actividad tenga que ser desempeñada por el arrendatario, ya que puede serlo por subarrendatario, si el primero fue autorizado para subarrendar.*

RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CESIÓN DE DERECHOS SUBARRENDATICIOS: *No procede la resolución si no consta que tal cesión ha tenido lugar con conocimiento del subarrendador y, en todo caso, el arrendador no puede obtener la resolución sin el previo requerimiento que establece el artículo 114 LAU,*

regla 4.^a, en relación con la causa 2.^a del apartado a) del artículo 117 de la propia LAU. (Sentencia de 10 de febrero de 1975; no ha lugar.)

J. P. R.

19. INCREMENTOS DE RENTA: PLURALIDAD DE NOTIFICACIONES: CADUCIDAD: *No se ha producido la caducidad si tras la primera notificación se produjo otra de contenido no idéntico, ya que, aunque en una y otra se pretende el incremento en la misma proporción, la segunda es mucho más explícita y detallada, se indica que se tenga por nula la primera y se modifica la forma de cobrar el incremento, fraccionándolo, a diferencia de lo que se hacía en la primitiva, habiendo tomado en consideración el arrendatario la segunda notificación a la que se opuso por razones sólo en parte coincidentes en su primera contestación y sin hacer objeción a la dualidad de notificaciones ni aludir para nada a la caducidad, a la que sólo se ha referido en la contestación a la demanda.*

DURACIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL: ENTRADA EN PERÍODO DE PRÓRROGA LEGAL: *Celebrado el arriendo en 1 de marzo de 1958, sin fijarse el plazo del arriendo, pero estipulando el pago por meses, el contrato, según el artículo 1.581 del C. c., se entenderá hecho por meses, y entró en período de prórroga legal el uno del siguiente abril.*

RESOLUCIÓN DEL ARRIENDO POR NEGATIVA AL PAGO DE INCREMENTOS: *No procede la resolución con base en el artículo 101, número 2, regla 5.^a, de la LAU si el demandado consigna, antes de contestar a la demanda, las diferencias reclamadas, ni tampoco cuando no es temeraria la oposición, sin que quepa calificar la oposición de temeraria, esto es, de caprichosa o injusta, cuando se produce frente a la actuación fluctuante de los arrendadores que realizaron varias notificaciones discordantes. (Sentencia de 30 de noviembre de 1974; ha lugar.)*

J. P. R.

20. INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: PAGO POR CONCEPTO DE SERVICIO DE PORTERÍA: ANTECEDENTES CONTRACTUALES: *Si en el contrato de arriendo nada se pactó respecto al pago, por el arrendatario, de servicios de portería, si durante ocho años nada reclamó el arrendador al respecto y si en los estatutos del régimen de propiedad horizontal del inmueble se declaró exento de contribuir a los gastos de portería el local objeto del arriendo, es lógico deducir la falta de obligación del arrendatario de contribuir a tales gastos.*

PRESUNCIOS: CASACIÓN: *Sólo puede prosperar en casación la impugnación de presunciones cuando se impugne la existencia y realidad del hecho base o cuando la deducción no se sujete a las reglas del criterio humano, resultando absurda, ilógica o inverosímil.*

CONGRUENCIA: *Según reiterada doctrina de la Sala I del T. S., no es incongruente la Sentencia que, en su parte dispositiva, declara no haber lugar a ninguna de las peticiones deducidas en la demanda. (Sentencia de 5 de diciembre de 1974; no ha lugar.)*

J. P. R.

21. ARRENDAMIENTOS URBANOS: OBRAS DE RECONSTRUCCIÓN: SERVICIOS HIGIÉNICOS EN LOCAL DE NEGOCIO: *La Sentencia de instancia que condena al arrendador a reconstruir los servicios higiénicos con que contaba el local al tiempo de su arrendamiento, rehaciendo lo que existía inicialmente y que, por entender que facilitaba las inundaciones que se producían en el sótano fueron retirados, pero que, por su propia necesidad, ante las más elementales y mínimas normas de higiene y salubridad fueron retiradas provisionalmente hasta su adecuada nueva instalación, aplica debidamente la norma que obliga al arrendador a realizar las reparaciones para mantener la cosa arrendada para el uso al que se la destinaba.*

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR PRIVACIÓN TEMPORAL DEL USO DE PARTE DE LA COSA ARRENDADA: *Aplica correctamente las normas del Código civil —artículos 1.554, 1.556 y 1.103— la Sentencia que condena al arrendador a indemnizar al arrendatario los perjuicios derivados de la privación de la utilización de un sótano por la demora en la realización de la obra de reparación debida.* (Sentencia de 11 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

22. ARRENDAMIENTO URBANO: REPARACIONES A CARGO DEL ARRENDADOR: POSIBLE RUINA: *La circunstancia de que las obras de reparación de un edificio excedan del 50 por 100 del valor del mismo, que puede equivaler a la destrucción total o dar lugar a la declaración de ruina de la finca, no libera al arrendador del cumplimiento de su obligación de realizar las obras de reparación mientras el contrato esté vigente y sólo cesa la obligación de reparar cuando se obtenga la declaración judicial resolutoria de él; si el arrendador quiere hacer valer aquella circunstancia contra el arrendatario que le reclama la ejecución de esas obras de reparación, tiene que esgrimirla, bien por vía de reconvenCIÓN —si cabe—, bien ejercitando la correspondiente acción en otro proceso y solicitando la acumulación o bien invocando, en su caso, la excepción de litis pendencia.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: PLURALIDAD DE INFRACCIONES ALEGADAS EN UN SOLO MOTIVO: *La alegación, en un mismo motivo, de varias supuestas infracciones que no guardan relación entre sí lo hace desestimable.* (Sentencia de 27 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

Véase siguiente Sentencia de 20 de febrero de 1975.

J. P. R.

23. PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA Y LICITUD DE CAUSA: NATURALEZA: *La presunción del artículo 1.277 C. c. exonerá de la carga de la prueba a los favorecidos por ella, pero por ser presunción "iuris tantum" admite la prueba en contrario por cualquiera de los medios probatorios admitidos en derecho.*

24. CASACIÓN: DOCUMENTO AUTÉNTICO PARA ACREDITAR ERROR: *No basta con que los documentos reúnan los requisitos intrínsecos necesarios para su legitimidad si no acreditan inequívocamente, por su contenido, lo que mediante ellos*

pretende justificar el recurrente. (Sentencia de 26 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

25. OBLIGACIÓN DEL ARRENDADOR DE REALIZAR REPARACIONES: NO ALCANZA A UNA VERDADERA RECONSTRUCCIÓN DEL INMUEBLE: *La obligación del número 2 del artículo 1.554 C. c., de reparar el arrendador la cosa arrendada, no puede tener otro alcance que el de realizar las operaciones necesarias dentro del arrendamiento, mas no el de reconstruir o reedificar, ya que estas obras son de mayor importancia y no se pueden confundir con los simples reparos, criterio coincidente con el de la LAU, al establecer, en el párrafo 2.º del artículo 118, la equiparación a la destrucción de la cosa arrendada del supuesto en que para la reconstrucción se haga precisa la ejecución de obras cuyo costo exceda del 50 por 100 del valor real de la cosa arrendada.* (Sentencia de 20 de febrero de 1975; no ha lugar.)

NOTA: Contrástese el criterio de esta Sentencia con el de 27 de diciembre de 1974 extractada con anterioridad; la lectura íntegra de ambas Sentencias, aunque existan ligeros matices diferenciales entre los supuestos de una y otra, no permite explicar la flagrante e insalvable contradicción entre las mismas.

J. P. R.

26. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR SUBARRIENDO NO CONSENTIDO: AUTORIZACIÓN TEMPORAL PARA SUBARRENDAR: *Autorizado el arrendatario para subarrendar durante el plazo de un año —autorización que se fue prorrogando tácitamente— si el arrendador, oportunamente, requirió al arrendatario para que al finalizar la prórroga anual tácita desalojara el local la persona que lo ocupaba como subarrendatario, sin que el subarrendador pusiera término al subarriendo, procede la resolución del arriendo por subarriendo inconsentido.*

COSA JUZGADA: CAUSA DE PEDIR: *No procede la excepción de cosa juzgada si en un primer proceso se invocó el inconsentimiento del subarriendo, y en segundo el subarriendo mantenido tras la expiración del plazo de autorización, ya que con ello se ha variado la causa de pedir.* (Sentencia de 26 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

27. RESOLUCIÓN POR INTRODUCCIÓN DE TERCERO EN EL LOCAL ARRENDADO: SUPUESTA RELACIÓN LABORAL: *No cabe justificar el que se haya insertado el nombre de un tercero en los impresos de correspondencia del arrendatario el hecho de que el primero sea un agente comercial del segundo, que trabaja a comisión, con un tanto por ciento en las ventas realizadas, si tal extremo no se acredita en el proceso y la persona en cuestión no figura inscrita en el Colegio de Agentes Comerciales, ni se acredita la existencia de relación laboral alguna con el demandado.*

LA PRUEBA DE INJUSTICIA NOTORIA: *No puede calificarse de manifiestamente errónea la apreciación de la prueba hecha a través de la valoración de la mis-*

ma en el ejercicio de la función jurisdiccional en la instancia y que por ello debe prevalecer. (Sentencia de 20 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

28. RESOLUCIÓN POR TRASPASO ILEGAL: CAMBIO DE TITULARIDAD: CONVERSIÓN EN SITUACIÓN DE APODERAMIENTO EN TRASPASO: *El cambio de titularidad del establecimiento y del negocio no tienen explicación si no se toman en sentido y significación normal, es decir, el de convertir una anterior situación de apoderado o factor mercantil al servicio ajeno, en otra situación distinta y autónoma, propia del cessionario de local de negocio, formalmente acreditada ante diversos organismos oficiales, en cuyos centros el cessionario hubiera podido seguir gestionando lo necesario a nombre y representación del titular del arrendado, dada la amplitud del poder, todo ello robustecido por la imposibilidad de acreditar el supuesto factor la natural retribución de su trabajo, si como afirma era por cuenta ajena.*

TRASPASO: PRECIO DESCONOCIDO: *El precio del traspaso, cuando no se conozca, ha de existir, porque sólo es lícito el traspaso realizado conforme a lo dispuesto en el artículo 32, párrafo 2.º, y cumplimiento de los restantes requisitos de la LAU.* (Sentencia de 9 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

29. RESOLUCIÓN POR SUPUESTO TRASPASO: EJERCICIO DEL NEGOCIO POR EL HIJO EN REPRESENTACIÓN Y NOMBRE DEL PADRE: *Declarado por la Sala de Instancia que, no obstante, ser cierto el cambio de la titularidad fiscal a nombre del hijo del arrendatario, así como el pago por el mismo de los alquileres del local, del teléfono y otros; también lo es que el hijo ha venido explotando el negocio de su padre en su representación y nombre, en virtud de poderes conferido al mismo en escritura pública en la que, entre otras facultades, se le confería la de efectuar pagos y cobrar sumas adeudadas, habiéndose extendido a nombre del padre los recibos pagados por el hijo, al igual que las facturas y giros del negocio, sin que el hijo haya realizado dichas operaciones a nombre propio, no es lícito pretender substituir por otro el juicio de la Sala sobre inexistencia del traspaso, con base en los indicados recibos.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

30. RESOLUCIÓN POR TRASPASO IRREGULAR: INEFICACIA DEL CONSENTIMIENTO OTORGADO POR EL ADMINISTRADOR: *Según constante jurisprudencia de la Sala I —SS., entre otras, de 31 de enero 1960, 6 y 8 octubre 1970—, la autorización de traspaso no es un hecho de mera administración, sino de dominio, en cuanto que supone la renuncia de derechos, tales como el tanteo y el retracto, y por tanto no basta el poder ordinario para administrar, sino que ha de contener el mandato expreso que exige el artículo 1.713 del C. c.* (Sentencia de 23 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

NOTA: La por reiterada no menos discutible jurisprudencia sobre el carácter de acto de dominio que reviste el traspaso sugiere graves problemas en orden a las facultades de los administradores de fincas urbanas revestidos de un poder general para administrar; si desde un punto de vista más económico que jurídico se entiende que el traspaso es un acto de dominio y que lo es, por ejemplo, la autorización al inquilino para la realización de obras, ¿no habrá que llegar a la conclusión de que también el otorgamiento de un arriendo de los regulados por la LAU es un acto de dominio? Si se estima válido el arriendo de un local de negocio otorgado por el administrador, ¿porque negar la validez del traspaso autorizado por el mismo? La doctrina del T. S. deja en entredicho la validez de millares de contratos de arriendo otorgados por administradores y sería fatal que la extensión, por otra parte lógica, de la doctrina sobre el traspaso autorizado por administrador, al arriendo otorgado por administrador, dejara en situación precaria a cientos de miles de inquilinos y arrendatarios.

J. P. R.

31. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR TRASPASO ILEGAL: PRESCRIPCIÓN: "DIES A QUO"; *No puede prosperar el recurso en que se alega el transcurso del plazo de prescripción de quince años, pudiéndose de que, en la fundamentación de la sentencia recurrida, se dice que "el traspaso que da lugar a la resolución contractual se ha mantenido en forma disimulada o encubierta y que la parte arrendadora no ha tenido posibilidad de conocer su existencia hasta el año 1972".*

INJUSTICIA NOTORIA: CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS: *La cuestión de la calificación jurídica de un contrato, es un problema de interpretación que, como función privativa del juzgador de instancia ha de prevalecer sobre la que realiza el litigante, salvo que se impugne eficazmente, combatiendo por el adecuado cauce procesal los hechos fijados por la Sala de Instancia o la aplicación a estos hechos de las pertinentes reglas de hermenéutica contractual.* (Sentencia de 15 de febrero de 1975; no ha lugar.)

J. P. R.

32. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR TRASPASO ILEGAL: NO PROcede POR LA MERA REALIZACIÓN DE ACTOS PREPARATORIOS: *No procede la resolución del arriendo si el Tribunal llega a la conclusión de que no existió realmente el traspaso, ya que sólo se realizaron actos preparatorios del mismo y el supuesto cedente continuó en la posesión del local arrendado.* (Sentencia de 30 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

33. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN POR EL ARRENDATARIO: OBRAS REALIZADAS POR EL NUEVO ARRENDATARIO: *Las facultades modificativas implícitas a un contrato que se inicia, no reviven, al cambiar —once años después— la persona del arrendatario, si el primitivo las agotó de acuerdo con la finalidad u objeto convenidos.*

CASACIÓN: EXCEPCIÓN DE FALTA DE PERSONALIDAD: *La "excepción" de falta de "personalidad" de la entidad actora, por insuficiencia o ilegalidad del poder de su Procurador, es de naturaleza procesal y sólo puede ser utilizada en casación por la vía del quebrantamiento de forma y, en injusticia notoria, por*

la vía de la causa 2.^a del artículo 136 de la LAU. (Sentencia de 4 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

34. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: DOCTRINA GENERAL: *Es doctrina constantemente proclamada por el T. S. que, para que las obras realizadas alteren las condiciones de un local basta con que modifiquen la forma o estructura de la cosa arrendada, la distribución de sus distintas partes, el aspecto peculiar de la misma, o, en general, que produzcan un cambio esencial o sensible y no meramente accidental.*

CONSENTIMIENTO DE OBRAS POR ADMINISTRADOR: *El administrador no tiene facultad para autorizar al arrendatario la realización de obras de cambio de configuración.*

PAGO O CONSIGNACIÓN DE RENTAS PARA RECURRIR: FORMALIZACIÓN DEL RECURSO: *La ley y la doctrina jurisprudencial vienen afirmando que es al formalizar el recurso y no al prepararlo cuando debe cumplirse el requisito de pago o consignación.*

COSTAS: DESESTIMACIÓN TOTAL DE PEDIMENTOS: ACEPTACIÓN PARCIAL DE FUNDAMENTOS: *Al disponer el artículo 149 LAU que las costas se impondrán a la parte cuyos pedimentos hubiesen sido totalmente rechazados, se refiere a lo que constituye el súplico de la demanda y contestación y no a las razones o motivos que sirvan de presupuesto a la pretensión, por lo que, si el demandado solicita la desestimación de la resolución del contrato de arriendo y ésta ha sido otorgada, se rechazó totalmente la solución pedida, aunque el fallo se funde en una o varias de las causas alegadas como fundamento de la resolución y es procedente la imposición de costas en la primera instancia.* (Sentencia de 23 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

35. RESOLUCIÓN POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: AUTORIZACIÓN DE OBRAS: DIFERENCIA ENTRE ESTRUCTURA Y CONFIGURACIÓN: *Es convincente la exégesis de la Sentencia al decir que en la limitación impuesta en el texto de la autorización convencional de obras, dada por el arrendador al arrendatario, de que las obras no afectaran a la estructura del inmueble, la palabra "estructura" no debe interpretarse como sinónima de configuración y, por tanto, si la obra realizada ha afectado sólo a la configuración y no a la estructura, debe entenderse que se halla dentro del marco de lo autorizado en la cláusula de autorización de obras, ya que para las obras que no afectasen a la configuración no hubiera sido necesaria tal autorización.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

NOTA: La cláusula de autorización de obras facultaba al arrendatario a realizar las obras necesarias para la actividad de guardería infantil siempre que no afectasen a la estructura del inmueble, facultándola también para toda clase de mejoras necesarias para la expansión y crecimiento de la guardería, tanto en el inmueble como en el jardín huerta. El criterio de la Sentencia

recurrida, compartido por el T. S., es que la autorización comprendía no sólo las obras de instalación, sino las que debieran realizarse con posterioridad por la expansión ulterior de la Guardería. También se dice en ambas resoluciones que si en el campo estrictamente gramatical el concepto "configuración" significa disposición particular o forma de las partes de un cuerpo que lo distingue de otros semejantes y "estructura" equivale a distribución y orden de las partes de un edificio, con lo que vienen a tener análogo sentido, sin embargo, es lo cierto que en el aspecto técnico de la construcción "estructura" indica lo que integra el orden esquelético de un edificio o con más precisión sus elementos esenciales sustentadores y que constituyen el armazón lo que no se identifica con el concepto de configuración. En virtud de ello, la Sentencia de instancia —confirmada por el T. S.— entiende que en la cláusula de autorización "estructura" ha sido empleada en el indicado concepto arquitectónico y el hecho de cubrir una terraza se estimó que se hallaba autorizado por la cláusula por no afectar a la estructura, aunque modificara la configuración. Es notable el esfuerzo constructivo realizado en la anterior Sentencia para llegar a un resultado acorde con las exigencias a las que han de servir las normas.

J. P. R.

36. RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO POR OBRAS: TARIMA PARA EXPOSICIÓN:
Los juzgadores de instancia que entienden que la transformación de una puerta en escaparate, llevada a cabo por el arrendatario, sin realización de obras de albañilería, consiste en la colación de una tarima de madera sobre la que se exponen artículos de negocio, no fijada a la pared ni a los muros del edificio, fácilmente separable de donde se encuentra colocada y que puede quitarse fácilmente, no está incluida en las causas a que alude la causa 7.^a del artículo 114 de la LAU se ha ajustado a la exégesis que del artículo 114 de la LAU ha hecho esta Sala y que se refleja en múltiples sentencias, sin que a ellos se opongan las que se invocan en el recurso.

CASACIÓN: CUESTIONES NUEVAS: *No pueden invocarse en casación cuestiones no debatidas en la instancia.*

CASACIÓN: CUESTIONES DE PRUEBA: *La apreciación conjunta de la prueba no puede desvirtuarse combatiendo sólo alguno de los elementos que la integran.*

CASACIÓN: RIGOR FORMAL DEL RECURSO: MEZCLA DE CAUSAS HETEROGÉNEAS:
La infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del C. c. no puede acusarse en ese mismo motivo, pues la certeza de los hechos base tiene que atacarse por la vía de la impugnación probatoria errónea, mientras que la contravención del artículo 1.253 debe combatirse acreditando la falta de enlace lógico entre el hecho base y el deducido.

CASACIÓN: PRESUNCIÓNES: *El error en la apreciación de la prueba de presunciones no es posible estimarlo si el recurrente no prueba que es absurda, por contraria a las reglas de la lógica, la operación efectuada por el juzgador para formularla. (Sentencia de 6 de febrero de 1975; no ha lugar.)*

J. P. R.

37. RESOLUCIÓN ARRENDATICIA POR OBRAS DE CAMBIO DE CONFIGURACIÓN; CONSTRUCCIÓN DE DUCHA EN UN PATIO: *Acreditada la construcción por el arrendatario, sin permiso del arrendador, de una ducha en un patio del local arrendado, es erróneo el criterio del órgano "a quo" que estimó que dicha construcción no afectaba a la configuración del patio y procede por ello estimar la demanda resolutoria y desestimar la demanda reconvencional en que se solicitaba la realización de determinadas obras necesarias.* (Sentencia de 8 de febrero de 1975; ha lugar.)

NOTA: Las dos sentencias de instancia habían desestimado la demanda resolutoria; una vez más se pone de manifiesto el divorcio existente entre los órganos de instancia y el Tribunal Supremo en aquellas materias en que se enfrenta el conceptualismo con criterios de interpretación finalista, una concepción quiritoria del dominio y la concepción de éste como función social; pensar que en pleno 1975 una obra de tan mínima entidad, como es la instalación de una ducha en un patio, pueda ser estimada como causa de resolución de arriendo, cuando existen abundantes sentencias que exigen que el cambio, para que cause la resolución, sea esencial y cuando hay en la LAU un artículo 9 que permite repeler demandas tan antisociales, cual la que dio lugar al pleito, no puede menos de sorprender y preocupar. El contraste generacional es manifiesto y cada vez parece más necesario el planteamiento de reformas orgánicas en orden a primera edad tope para el ejercicio de funciones jurisdiccionales que eviten o atenúen el cada vez mayor foso generacional.

J. P. R.

38. RESOLUCIÓN DE ARRIENDO POR CAMBIO DE CONFIGURACIÓN: SUPRESIÓN DE ESCALERA DE MADERA Y APERTURA DE COMUNICACIÓN ENTRE DOS HABITACIONES ANTES INCOMUNICADAS: *La supresión de una escalera, aunque fuera de madera adosada a una pared y la apertura de una comunicación entre dos habitaciones que antes no comunicaban, son indudablemente obras que modifican la configuración y que al no haber sido autorizadas son causa de resolución.*

INJUSTICIA NOTORIA; DEFECTO FORMAL: *Es inadmisible el recurso fundado en manifiesto error en la apreciación de las pruebas que se ampara en la causa 3.^a y no en la 4.^a del artículo 136 de la LAU.*

COSTAS: DESESTIMACIÓN TOTAL O PARCIAL: *Las costas de la Primera Instancia son preceptivas, según el artículo 149 LAU, a la parte cuya pretensión se desestima totalmente, abstracción hecha de si la desestimación se funda en una sola o varias de las razones aducidas; la desestimación parcial que acarrea la no imposición de costas a una sola parte alude sólo al caso en que la pretensión ha sido en parte estimada y en parte desestimada en el fallo.* (Sentencia de 26 de diciembre de 1975; no ha lugar.)

J. P. R.

39. RESOLUCIÓN POR RUINA: VALORACIÓN DE UN ACUERDO ADMINISTRATIVO DE RUINA ANTERIOR A LA DEMANDA: *No es admisible el error en la apreciación de la prueba fundado en que, cuando el Ayuntamiento resolvió el expediente de ruina en 22 de febrero de 1972, no estimó que la casa se hallara en estado de ruina legal, sino necesitada de reparaciones. Aparte de que aquella reso-*

lución administrativa no puede prejuzgar la del juicio planteado, es indudable que, desde dicha fecha, a la de iniciación del litigio —un año después—, han variado las circunstancias de hecho del inmueble y el alcance presupuestario de su reparación que excede del 50 por 100 del valor del inmueble.

(NJUSTICIA NOTORIA: DEFECTO FORMAL: La omisión de la cita, con claridad y precisión, de la causa en que se funda el recurso, es motivo de inadmisión, y, en sus caso, de desestimación. (Sentencia de 22 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

V. Derecho de familia.

1. MATRIMONIO CANÓNICO: SEPARACIÓN TEMPORAL DECRETADA POR EL TRIBUNAL ECLESIÁSTICO: SUBSISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTICIA DESPUÉS DE VENCIDO EL PLAZO: *Decretada por la sentencia canónica la separación temporal de dos años de los cónyuges, que ya se han cumplido, manteniéndose dicha separación, no desaparece la obligación por parte del marido de prestar alimentos a la esposa e hijos que le fueron confiados y con ella conviven, al no haber probado que por su parte ha hecho todo lo necesario para esa reconstitución.*

RECLAMACIÓN DE LAS PENSIONES VENCIDAS DE ALIMENTOS: *No puede invocarse el párrafo 1º del artículo 148 C. c., que ordena abonar los alimentos desde la fecha de la interposición de la demanda, cuando lo que se reclama es el importe total de las mensualidades vencidas y adecuadas señaladas por auto judicial, previa conformidad de ambas partes, en procedimiento de separación a instancia de la esposa. (Sentencia de 30 de octubre de 1974; no ha lugar.)*

Quizá lo más curioso del presente caso sea la pretensión reconvencional ejercitada por el marido al contestar a la demanda en reclamación de alimentos, alegando haber transcurrido el plazo de separación de dos años y pidiendo la reanudación de la vida conyugal. Pretensión que había que haber planteado ante el Tribunal Eclesiástico. Cfr. BERNARDEZ CANTÓN, *Curso de derecho matrimonial canónico*, 2.ª ed. (Madrid, 1969), p. 394.

G. G. C.

2. SEPARACIÓN DE MATRIMONIO CIVIL POR ABANDONO DEL HOGAR: *La alegación que se invoca en el recurso, en el sentido de que la expresión "abandono del hogar", utilizada en el artículo 105, 2.º, del C. c., no puede interpretarse restrictivamente limitada al abandono físico del domicilio, no puede prosperar, pues cualquiera que sea el alcance de la expresión legal, no hay base para el recurso en las afirmaciones de hecho de la instancia, no combatidas, en las que sólo se aprecia que el marido tuvo que abandonar el hogar por mandato del Juez, al ser decretadas las medidas provisionales previas al pleito de separación. (Sentencia de 18 de noviembre de 1974; no ha lugar.)*

ALIMENTOS ENTRE CÓNYUGES: SEPARACIÓN DE HECHO: *Es doctrina jurisprudencial reiterada, con base en los artículos 56, 57 y 143 y ss. del C. c., que cuando la separación del hecho no la ha provocado la esposa, si la alimentista alega que carece de bienes, pasa al demandado la carga de probar que los tiene y que le producen lo suficiente para cubrir sus necesidades con arreglo a su posición social, no bastando para el cese de la obligación alimenticia la mera capacidad subjetiva para poseer un oficio, profesión o industria, pues la reciprocidad del deber de prestar alimentos entre los esposos no es tan absoluta que imponga a la mujer la carga de la prueba de su imposibilidad de atender a su subsistencia dedicándose al trabajo, lo cual equivaldría a eximir al marido, jefe de la familia sobre el que principalmente pesan las cargas del matrimonio, del deber de protección que el artículo 57 le impone.*

CARGA DE LA PRUEBA: *El principio de derecho relativo a la carga de la prueba, que consagra con carácter general el artículo 1.214 del Código, admite derogaciones y atenuaciones en casos concretos, bien porque las impongan específicos preceptos, bien porque la doctrina jurisprudencial deducida de la conjunción de ciertas normas legales las haya establecido en determinadas materias, como es el caso de autos.*

CARGA DE LA PRUEBA: *Mientras permanezcan en vigor los artículos 57 y 1.434, párrafo 2º, del C. c., no puede dejarse de tener en cuenta aquella doctrina jurisprudencial y los Tribunales de instancia que la aplican no cometan infracción si razonan la procedencia de hacerlo en el caso concreto. (Sentencia de 12 de noviembre de 1974; no ha lugar.)*

NOTA: Esta última salvedad, que anticipa la sentencia, tiene verdadero interés e importancia. En efecto, una vez en vigor la ley 14/1975, de 2 de mayo, que reforma, entre otros, el artículo 57 del Código, carece de justificación la doctrina jurisprudencial expuesta en materia de alimentos entre cónyuges, la cual constitúa un verdadero privilegio para la mujer casada, que no tiene ya razón de ser cuando se proclama —o al menos se intenta— la igualdad jurídica de los cónyuges dentro de la familia.

J. D. C.

3. BIENES PARAERNALES: EJERCICIO DE ACCIONES RESPECTO DE LOS MISMOS POR EL MARIDO: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: *Planteado el problema de si dados los términos absolutos del artículo 1.383 del C. c., en el que se prohíbe al marido ejercitar acciones de ninguna clase, respecto de los bienes paraernales sin intervención o consentimiento de la mujer, se ha de permitir que el marido, sin dicha intervención, ejerza la acción de resolución del contrato de arrendamiento de una finca paraernal que él concertó como administrador de los paraernales, debe distinguirse entre los actos de disposición, en cuyo caso entra en juego la letra del 1.383, con todas las atenuaciones señaladas por la Jurisprudencia, y los actos de administración, entre los cuales se encuentra el arrendamiento (Sentencia de 3 de abril de 1963), y, conforme a la Sentencia de 8 de mayo de 1961, quien está legitimado para arrendar, lo está para el ejercicio de todas las acciones derivadas de este contrato, entre ellas la resolutoria; para ejercitar las cuales (Sentencias de 24 de febrero 1926, 18 de diciembre de 1950 y 10 de abril de 1956), no es preciso*

ni siquiera que, al contratar o tratar de resolver el contrato, tenga que acreditar que lo hace como administrador de los parafernales de su mujer, cuya representación en juicio le otorga el artículo 66 del C. c., sin perjuicio, naturalmente, de todas las garantías que quien contrata con un marido puede exigir, y sin perjuicio también de las consecuencias legales que se produzcan si llegase a justificarse que aquél se extralimitó realmente contratando sin conocimiento y anuencia de la mujer, como dice la Sentencia últimamente citada; pero entonces será la mujer, en todo caso, quien pueda impugnar el acto. (Sentencia de 9 de diciembre de 1972; no ha lugar.)

J. P. D.

4. RECURSO DE CASACIÓN: EJECUCIÓN DE SENTENCIA CANÓNICA: MEDIDAS PROVISIONALES SOBRE GUARDA DE LOS HIJOS: *La singular característica del recurso de casación que autoriza el artículo 1.695 de la L. E. C. concreta de tal manera los puntos controvertibles de este extraordinario recurso, que tan solamente puede dirigirse la argumentación impugnadora a demostrar la existencia de cualquiera de los dos supuestos de infracción o de ambos, no siendo lo ejecutorio cualquier resolución, aunque resulte consentida, que haya podido dictarse en el pleito, sino lo mandado en la sentencia firme de cuya ejecución se trata y, por ello, la aplicación de esta doctrina al presente recurso lo hace decaer, porque la firmeza de las resoluciones en el Derecho procesal canónico se basa en el principio llamado de la doble instancia conforme, y habiendo sido dictadas dos sentencias no coincidentes, pues la del Tribunal de primer grado consideró al esposo culpable de la separación y a la esposa inocente, pero en cambio la del Tribunal de la Rota estimó que ambos esposos eran culpables de la separación, hasta que no exista fallo definitivo del Tribunal Eclesiástico que decida si la esposa es o no culpable de la separación; las medidas provisionales sobre la guarda y custodia de las hijas adoptadas por el Juzgado de Primera Instancia habrán de continuar vigentes.* (Sentencia de 29 de abril de 1974; no ha lugar.)

A. L. C.

VI. Derecho de sucesiones.

1. FIDEICOMISO DE RESIDUO: DEFECTOS DEL RECURSO: *Lo son no citar con precisión y claridad la ley o doctrina legal que se crea infringida y el concepto en que lo haya sido; e igualmente no determinar con precisión y claridad si el error en la apreciación de las pruebas denunciando es de hecho o de derecho, ya que los requisitos procesales exigidos en cada caso son diferentes.*

ACCIÓN CONTRADICTORIA DEL DOMINIO DE INMUEBLES INSCRITOS: *La inaplicación denunciada del artículo 38, párrafo 2.º de la L.H., es pertinente, dado que, además de mantener con ella los recurrentes una tesis contraria a la que sustentaron en la distancia, lo cierto es que el actor solicitó también en la demanda la oportuna cancelación de las inscripciones; y es cuestión totalmente distinta, y que no se ha abordado en el recurso la relativa a las consecuencias del fallo de la sentencia recurrida en el extremo en el que desestima esa pretensión de cancelación.*

CUESTIÓN NUEVA: OBRAS Y MEJORAS EN LA FINCA FIDEICOMITIDA: *No puede examinarse en casación, por no haberse debatido en el pleito, la cuestión sobre el derecho de los herederos del cónyuge sobreviviente a deducir, al entregar al actor el residuo, las mejoras y gastos legítimos efectuados en la finca por aquél.*

CUESTIÓN NUEVA: IDENTIDAD DE LA FINCA: *Esta cuestión, aparte de ser *de hecho y no poder decidirse por la vía del número 1º del artículo 1.692 de la L.E.C.*, ofrece igualmente cierto matiz de novedad, pues se involucra con la aplicación del artículo 783 C. c., cuando las demandas aceptaron en la instancia la tesis del actor de que el fideicomiso de residuo no encaja en el marco de las genuinas sustituciones fideicomisarias, debiendo ser calificado, como institución de heredero condicional, prevista en los artículos 758 y 759 del Código civil.* (Sentencia de 5 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

J. D. C.

2. SUSTITUCIÓN FIDEICOMISAIA: SUS REQUISITOS ESENCIALES: *Según reiterada doctrina de esta Sala, son requisitos esenciales para su existencia y efectividad: 1) una doble o múltiple vocación hereditaria consignada de forma expresa e inequívoca en el testamento; 2) gravamen impuesto al fiduciario de conservar y transmitir los bienes fideicomitidos al llamado en segundo lugar a la sucesión, y 3) establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o legado, de forma que venga el sustituto después del sustituido en tránsito de continuidad sucesoria.*

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: DOBLE VOCACIÓN: *La cláusula contenida en el testamento: "Instituye herederos en la mitad de todo su haber a su hermana V., pasando por muerte de la misma a todos sus hijos, y de la otra mitad a su sobrino A....", establece una clara vocación hereditaria en favor de esos hijos de la hermana, por no ser imprescindible la designación nominal de la persona del fideicomisario, como se deduce del artículo 772 para la institución directa del heredero, y de que los artículos 783 y 785, al emplear el vocablo expreso, lo relacionan con los llamamientos y no con las personas instituidas.*

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: GRAVAMEN RESTITUTORIO: *Este segundo requisito se cumple también en la cláusula transcrita, pues no es preciso que se haya impuesto específicamente en el acto de última voluntad y basta que vaya implícito en el segundo y sucesivo llamamiento, lo que aquí ocurre respecto de los hijos de la primeramente instituida.*

SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA: ORDEN SUCESIVO: *El cumplimiento de este requisito se deduce en este caso de la utilización del gerundio pasando, según su concepción gramatical, de la referencia a todos los hijos de la heredera y del empleo de la palabra herederos en plural, todo lo cual viene a demostrar que aquella señora fue instituida ad tempus y sin goce del ius disponendi.*

INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTOS: *Es materia encomendada al arbitrio de los Tribunales de instancia y su criterio debe prevalecer en casación, salvo se evidencie que es equívoco o erróneo por contradecir alguna de las normas de hermenéutica aplicables; de ahí que no se pueda estimar que la referida cláusula contenga una sustitución vulgar.* (Sentencia de 13 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

NOTA: En mi opinión, entender que una cláusula como la transcrita valga y tenga la eficacia de una verdadera sustitución fideicomisaria sólo puede pretenderse sobre la base de una interpretación sociológica y correctora de los preceptos del Código. Es cierto que ya no existe hoy esa prevención propia del siglo pasado contra las sustituciones fideicomisarias y que este cambio de criterio es evidente en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero *de lege data*, y sin necesidad de acudir al antiguo aforismo “*in dubio contra fideicomisum*”, invocado, desde luego, en los motivos del recurso, me parece evidente la infracción denunciada del párrafo primero del artículo 783, y, sobre todo, del 785, 1.º, cuando exige que se imponga al sustituido “*la obligación terminante de entregar los bienes a un segundo heredero*”.

J. D. C.

3. COMUNIDAD HEREDITARIA EXTINGUIDA Y LEGITIMACIÓN ACTIVA: *Aunque se haya verificado la partición, y, por tanto, extinguido la comunidad hereditaria, puede uno de los herederos, en su propio nombre, y en beneficio propio y de los demás, pedir la sustitución del legatario prevista por el testador, para el caso de que el primer legatario no cumpliese lo establecido en el testamento.*

LEGADO MODAL: *La cláusula testamentaria “el legatario tendrá en su casa y compañía a su hermano incapaz, Felipe, alimentándolo, cuidándolo y asistiéndolo, sano o enfermo; el incumplimiento de esta condición motivará la pérdida del legado, que se transferirá al que le sustituya y la cumplá” (de los restantes hermanos, por el orden señalado), no constituye un legado condicional, sino modal.*

INCAPACIDAD: AUDIENCIA DEL CONSEJO DE FAMILIA Y EXAMEN DEL PRESUNTO INCAPAZ: *No incumple el artículo 216 del C. c. la Sentencia en la que, habiéndose pedido, juntamente con otras pretensiones, una declaración de incapacidad, declara que “no aparece acreditada en autos la supuesta incapacidad mental”.* (Sentencia de 27 de noviembre de 1972; no ha lugar.)

HECHOS: Don Benigno N. M. fallece bajo testamento, en el que designa a su hijo, don Castor N. L., tutor testamentario de su también hijo incapaz, don Felipe N. L. En el testamento hace un legado a don Castor con la obligación expresada anteriormente. Don Castor incumple los deberes impuestos y, además, vende a otros coherederos los bienes legados. El Consejo de Familia de don Felipe acuerda la remoción de don Castor y el nombramiento como tutor de otro de los hermanos del incapaz, posteriormente también removido, nombrando el Consejo de Familia tutor a don José N. L., también hermano del incapaz. Don José, en nombre propio y en el del incapaz y en beneficio de los demás herederos, demanda a don Castor,

solicitando se declaren nulas las ventas de los bienes legados. A su vez, don Castor, en otro procedimiento, demanda a don José, solicitando, aparte de otras peticiones, que se declaren nulos la constitución y todos los acuerdos de los consejos de familia celebrados, que se admita su renuncia al cargo de tutor, y que se incapacite a uno de los miembros del consejo de familia por demencia. Acumulados ambos procedimientos, el Juez de Primera Instancia dicta sentencia declarando: la nulidad del nombramiento de tutor dativo a favor de don José, la pérdida de la condición de legatario de don Castor, la nulidad de las compraventas de la fincas legadas, la nulidad de la remoción del cargo de tutor de don Castor, aceptando, a su vez, la renuncia a dicho cargo del mismo. En Segunda Instancia se confirma la Sentencia. Se recurre en casación por don Castor, alegando: 1) Que don José no está legitimado activamente, ya que por una parte, la Sentencia declara que no es tutor del incapaz, y, por otra, que no cabe accionar en nombre de la comunidad hereditaria, que se extinguió por la partición; 2) Que el legado es condicional, y para que lo perdiera don Castor era preciso, no sólo que él incumpliera, sino que cualquiera de los restantes llamados cuidara y asistiera al incapaz; 3) Que la Sentencia se había pronunciado sobre la incapacidad solicitada sin oír al consejo de familia ni examinar al presunto incapaz, infringiendo el artículo 269 del C. c.; 4) Falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que el incapaz, Felipe N. L., no había estado representado en el procedimiento. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso en mérito de los argumentos extractados.

J. P. D.

DERECHO MERCANTIL

1. **LETRA DE CAMBIO: SOLIDARIDAD CAMBIARIA: INCLUSIÓN DE LOS AVALISTAS ENTRE LOS OBLIGADOS CAMBIARIOS DEL ART. 516 DEL C. DE C.:** *"Si conforme dispone el artículo 847 del C. de comercio, el avalista puede ser demandado en el momento mismo en que la persona cuya obligación avaló haya dejado de cumplirla a su debido tiempo, es obligado conceptuar al que afianza por aval, implícitamente comprendido entre los obligados al pago de una letra de cambio a los que se refiere el artículo 516 del C. de comercio, pues dada la aptitud del avalista para ser objeto pasivo de la acción cambiaria, en el lugar de cualquiera de ellos, esto es, sustituyéndole, han de alcanzarle los efectos y finalidad del mencionado precepto, sin la necesaria específica inclusión en el mismo, porque el artículo 516 no responde sino a una especialidad de la solidaridad cambiaria, puesto que, el que el tenedor de una letra pueda dirigirse en vía directa contra el aceptante y en regresiva contra el librador o contra cualquiera de los endosantes, no arguye una verdadera solidaridad entre ellos y lo que viene a sentar dicho artículo es que lo que no puede hacer el acreedor es dirigirse simultáneamente contra el aceptante y contra el obligado en vía regresiva, y si se dirigiere contra alguno de éstos, no lo podría hacer contra los demás, sin que ello altere la propia esencia del afianzamiento, y si el avalista puede ocupar la posición de cualquiera de aquéllos, es claro que no podría hacerlo contra los dos, separadamente, al propio tiempo, pues tal sería ir contra las normas del afianzamiento solidario,*

pudiendo exigir el portador de la letra protestada por falta de pago, que se le pagase más de una vez un mismo crédito, doctrina que aplicada al caso de autos provoca la estimación íntegra del recurso. (Sentencia de 25 de mayo de 1973; ha lugar.)

I. Q. C.

2. LETRA DE CAMBIO: CLÁUSULA SIN GASTOS: *El problema del valor de la cláusula sin gastos, problema sobre el que ya se pronunció este Tribunal en su Sentencia de 6 de julio de 1966, en el sentido de que "si bien no está regulada por la Ley, es universalmente admitida en los usos mercantiles y en cuya virtud el librador dispensa al tenedor de la obligación de protestar los efectos impagados, asumiendo sin tal requisito la responsabilidad en vía de retorno, como si hubieran sido protestados, mientras la letra no prescriba; por tanto, para exigir el pago de una letra con dicha cláusula, el tenedor que respetándola no levante el protesto dispone de la acción cambiaria y de la acción causal siempre que haya sido presentada al cobro el día de su vencimiento, doctrina que hay que aplicar en el caso presente sin que el librador en esta vía de regreso pueda alegar el perjuicio de la letra porque si el Banco tenedor no levantó oportunamente el protesto fue atendiendo al ruego de aquél, aceptación cuya eficacia hay que respetar en defensa del principio de la buena fe en el cumplimiento de los contratos; doctrina a la que no se opone la sentencia invocada por el recurrente de fecha 5 de octubre de 1971, porque ni se ejercita en el presente caso la acción ejecutiva, ni han intervenido terceros, quedando limitado el reintegro en definitiva a la devolución de un préstamo, que es lo que se encubría... en el negocio jurídico de referencia.*

CONTRATO DE CUENTA CORRIENTE: DISTINCIÓN CON LA CUENTA CORRIENTE BANCARIA: *... si bien es cierto que el Código de Comercio utiliza el término "cuenta corriente", sin especificar más en distintos artículos de su texto (artículos 175, núm. 7, 180, 182, 543 y 909, núm. 6), el contrato de cuenta corriente carece de normas en el Derecho positivo nacional, por lo que la doctrina científica y jurisprudencial han tenido que suplir esta laguna legal distinguiendo entre la cuenta corriente bancaria y el contrato de cuenta corriente, que es, normalmente, más propio de simples comerciantes que de los usos y la manera de actuar bancaria y que consiste, como decía el Código que rigió en la Zona española de Marruecos de 1914, en "un contrato de compensación mutua y entrega de saldo a plazo fijo", o como dice la Sentencia de 23 de mayo de 1946, el contrato normativo de cuenta corriente se caracteriza "por la existencia de un pacto que, a base de la recíproca concesión de crédito aspira a mantener unidos los elementos integrantes de la cuenta sin posibilidad de que sus partidas puedan ser hechas efectivas hasta el cierre y liquidación previstos y determinantes del saldo final reclamado", y así ha podido definir la doctrina científica el contrato de cuenta corriente como un contrato mercantil por el cual dos personas, por lo general comerciantes, en relación de negocios continuada, acuerdan concederse temporalmente crédito recíproco en el sentido de quedar obligadas ambas partes a ir sentando en cuenta sus remesas mutuas como partidas de cargo, sin exigirse el pago inmediato, sino el saldo a favor de una o de la otra, resultante*

de una liquidación por diferencia al ser aquella cerrada en la fecha convenida, lo que tiene esenciales diferencias con la cuenta corriente bancaria, de liquidaciones periódicas cualquiera que sea su estado..., y que se caracteriza más por ser un contrato complejo, de depósito irregular, con devengo de intereses y liquidaciones periódicas por el Banco...". (Sentencia de 7 de marzo de 1974; no ha lugar.)

I. Q. C.

3. El Tribunal Supremo reitera la doctrina sentada en la Sentencia de 6 de julio de 1966 ref. Aranzadi 3.673), que sostiene que el tenedor de una letra de cambio que, respetando la cláusula *sin gastos*, no levanta protesto por falta de pago dispone de las acciones cambiarias ordinarias (directa y de regreso) y causal, siempre que hubiese presentado la letra al cobro el día de su vencimiento. Doctrina que, como el mismo Tribunal señala, no es contradictoria con la de 5 de octubre de 1971 (ref. Aranzadi 3.817), dadas las diferencias existentes entre los supuestos de hecho motivadores de cada una de las decisiones.

MODELO DE UTILIDAD: VIOLACIÓN DEL DERECHO DE EXCLUSIVA: INEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: *No puede admitirse violación por inaplicación del artículo 1.902 del Código civil, basándose para ello en que el Estatuto de la Propiedad Industrial no contiene precepto específico sobre indemnización de daños y perjuicios. El artículo 1.902 sólo es aplicable a los daños causados por culpa o negligencia, pero no como sostienen los recurrentes a "las obligaciones nacidas de la Ley" y en el proceso se persigue la infracción de precepto legal (el art. 165 del Estatuto) que origina una responsabilidad y da lugar a una acción de tipo personal como acertadamente determinan los Juzgadores de Instancia. Por todo ello no cabe aplicar el precepto alegado y parece el motivo del recurso.*

MODELO DE UTILIDAD: VIOLACIÓN DEL DERECHO DE EXCLUSIVA: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS: PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA: *Sentada la anterior doctrina decae también el tercero y último motivo del recurso, que denuncia la inaplicación del artículo 9 del Estatuto de la Propiedad Industrial y del 1.968 del Código civil, según los cuales estima prescrita la acción de resarcimiento entablada; ya que al no ser de aplicación el artículo 1.902 no juega el plazo de prescripción del artículo 1.968 y hace nacer el de quince años, derivado de una acción personal.*

MODELO DE UTILIDAD: VIOLACIÓN DEL DERECHO DE EXCLUSIVA: RESPONSABILIDAD DEL LICENCIANTE DE LA MARCA BAJO LA QUE SE VENDEN LOS PRODUCTOS: *La fabricación y venta de unos exprimidores de zumos idénticos a los registrados como modelo de utilidad a favor del recurrido, realizada por la sociedad demandada y recurrente, determina la condena de tal sociedad; y habida cuenta que la resolución impugnada da por probado que dicha fabricación y venta se realizaba con autorización y licencia del titular de la marca "Odag", con cuyo distintivo se vende, y de todo lo actuado se desprende que este segundo demandado conocía la vulneración perseguida, que*

amparó con el prestigio de su marca, es evidente la connivencia de ambos recurrentes en la copia y explotación del exprimidor, y que ambas han incurrido en la responsabilidad que se persigue en el juicio. (Sentencia de 9 de octubre de 1973; no ha lugar.)

J. M. M.

4. SIGNOS DISTINTOS: PROTECCIÓN EN ESPAÑA DE NOMBRE COMERCIAL EXTRANJERO: ARTÍCULO 8.º CONVENIO DE UNIÓN: *Si bien el nombre comercial "Lejaby", en virtud de la inscripción registral francesa del año 1934, y a la luz del artículo 8.º del Convenio de la Unión de París, ha de estar protegido en España sin obligación de depósito ni de registro, esa protección plena está condicionada por el cumplimiento de determinadas condiciones exigidas por la legislación española, de obligado acatamiento para las empresas comerciales extranjeras, según el artículo 2 del propio Convenio, y esas condiciones están contenidas en el artículo 198, párrafo primero, del Estatuto de la Propiedad Industrial, que dispone, sin distinción en cuanto a nacionalidad de la empresa que "Las sociedades dedicadas a la industria o al comercio cuyo nombre comercial consista en una denominación de fantasía están obligados a registrar ésta previamente como marca". Precepto que cumplió puntualmente el demandado y tardíamente la actora hoy recurrente, lo que hizo decaer su derecho a la explotación exclusiva en el ámbito español, dentro del cual, las marcas registradas por el demandado, al amparo de un nombre comercial inscrito en el Registro Español sin oposición, se le anticiparon. (Sentencia de 30 de junio de 1973; no ha lugar.)*

J. M. M.

5. MODELO DE UTILIDAD: CONCEPTO: NUEVAS APLICACIONES: *De la simple lectura del artículo 171 del E. P. I. aparecen clara y perfectamente diferenciados los dos términos que contempla: en primer lugar, un objeto que puede consistir en un instrumento, aparato, herramienta, dispositivo, bien en su totalidad o en una parte determinada del mismo; y en segundo lugar, una forma peculiar, claramente reivindicable, por sus características diferenciables de cualquier otra forma, cuya importancia es decisiva, puesto que la forma es normalmente básica y determinante de la utilidad del objeto.*

El criterio del valor práctico del objeto logrado por su forma ha sido hasta tal extremo compartido por el legislador que aparece como claramente inspirador de la reforma del artículo 171 del E. P. I., que ha querido que conste de manera expresa, supliendo la omisión del texto anterior, de 30-4-1930, en la que no figuraba la forma como determinante del modelo, mientras que, en virtud de la nueva redacción, es evidente que es precisamente la forma el elemento del objeto que se convierte en reivindicable.

El hecho de que a un industrial o comerciante se le ocurra que además de la aplicación del modelo de utilidad a una finalidad determinada sea susceptible de otras aplicaciones diversas no especificadas en el expediente del Registro, no cambia ni la naturaleza de la institución ni los efectos de explotación temporal exclusiva de la patente de Registro; lo cual no impide que

reconociendo estos principios, se pueda solicitar del titular del modelo la autorización pertinente para otras aplicaciones. (Sentencia de 28 de junio de 1974; no ha lugar.)

T. H. L.

6. **SIGÑOS DISTINTIVOS: ANAGRAMAS: POSIBILIDAD DE CONFUSIÓN:** *Habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 201, letra c), del Estatuto de la Propiedad Industrial, de aplicación al caso de autos, no podrán registrarse como nombres comerciales las denominaciones de capricho o fantasía que no se distingan de otro nombre comercial o de una marca anteriormente registrados para productos o fines de la misma industria o comercio. Tratándose de anagramas, o sea, frases constituidas por las primeras sílabas del nombre o denominación que se emplea, requieren, para su debido uso, fijarse en toda la denominación social. "Sofico" quiere decir "Sociedad Financiera Internacional de Construcciones" y por "Sofeco" ha de entenderse la "Sociedad Franco Española de Comercio". Ello distingue perfectamente su finalidad, pues la primera protege una actividad de especulación inmobiliaria, al paso que la otra se refiere a las transacciones mercantiles de un negocio de compraventa, importación y exportación de objetos manufacturados y la representación de formas nacionales y extranjeras. Ello impediría reducir la cuestión a una mera aplicación de lo dispuesto en la regla 1.^a del artículo 124 del Estatuto, que se refiere a los distintivos que por su semejanza fonética o gráfica, puedan inducir a error o confusión en el mercado, requisito este último que no se da en el presente supuesto.* (Sentencia de 28 de junio de 1973; ha lugar.)

J. M. M.

7. **COMPROVANTA MERCANTIL: OBJETO DEL CONTRATO: DETERMINACIÓN:** *Si bien el objeto de la compraventa debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie, la indeterminación en la cantidad no es obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes, normas que, lejos de haber sido violadas, fueron rectamente acatadas por los juzgadores "a quo", dado que, con arreglo a los hechos declarados probados, la "especie" de las cosas vendidas quedó determinada verbalmente por las dos partes, refiriéndose a este punto y no, como se pretende por la recurrente, a la "cantidad", la afirmación de la sentencia de primera instancia de que "el comprador personalmente vio y comprobó" los géneros que fueron objeto del contrato, los que quedaron perfectamente determinados mediante su agrupación en dos bloques por razón de los precios que fueron convenidos, y, en cuanto a la "cantidad", los mismos juzgadores estiman que la vendida fue precisamente la que sumaban esos dos bloques de artículos textiles objeto del negocio jurídico, bastando la mera operación material de su medición para fijar su cantidad en metros, sin necesidad alguna de nuevo convenio entre los interesados, añadiéndose en aquella resolución que es "práctica mercantil frecuente, jugando el principio de la buena fe, que cuando la venta se hace de plaza en plaza, como aquí ocurre, y la completa medición suponga tarea ardua y duradera, la especificación se realice unilateral-*

ralmente por el vendedor, comprobándose la operación por el comprador a su recibo", apreciación que no se logra destruir en el recurso.

LIBROS DE COMERCIO: APRECIACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: *De la valoración de los asientos invocados por la recurrente no cabía deducir como cierto e indiscutible el inciso relativo a "mercancías no pedidas" del segundo, porque estaba en contradicción con el resultado de las demás pruebas practicadas en el juicio, apreciadas en conjunto.*

FUENTES DEL DERECHO: PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO: *Los principios generales del Derecho, aparte de su función de fuente en caso de insuficiencia de la Ley y de la costumbre (artículo 6, 2º, del C. c.), desempeñan otras relevantes funciones no sólo como base del ordenamiento jurídico, sino como orientadores de la labor interpretativa de las normas jurídicas positivas.*

FUENTES DEL DERECHO: USOS MERCANTILES: *En lo que afecta a los usos mercantiles, aunque el artículo 50 llama expresamente a las reglas generales del Derecho común para completar las disposiciones del Código de comercio y de las leyes especiales, omitiendo los usos llamados "normativos", el artículo 59 en relación con el artículo 2 del propio Código requiere la aplicación de los usos denominados "interpretativos" para resolver las dudas que puedan suscitarse en torno al sentido y alcance de los contratos de comercio. (Sentencia de 2 de julio de 1973; no ha lugar.)*

I. Q. C.

8. SOCIEDAD MERCANTIL IRREGULAR DE TIPO COLECTIVO: *Aunque no consta que haya habido declaración expresa de constituirse la compañía en cuestión en alguna de las formas reconocidas por el Código de comercio en su artículo 122, es lo cierto que por el funcionamiento de dicha sociedad, y por la participación que a los socios correspondía en su gestión, y en cualquier beneficio o responsabilidad se trata de una sociedad mercantil irregular de tipo colectivo, de estructura jurídica análoga a la que se describe en el número 1º de dicho precepto, siendo de aplicación, como supletorias, las normas que en dicho cuerpo legal se contienen.*

PLAZO DE DURACIÓN: DISOLUCIÓN A PETICIÓN DE UN SOCIO: ARTÍCULO 224 CÓDIGO COMERCIO: *Si bien es cierto que el contrato de sociedad se concertó, en cuanto a su duración, por el del término del arrendamiento de la casa en donde se encuentra instalada la industria, de tal manera que la prórroga del mismo lleva consigo la de la sociedad, no lo es menos que estando aquél sometido al régimen de prórroga legal indefinida establecida en la legislación especial arrendaticia urbana, ha de entenderse que dicha sociedad nació con término final incierto, y le es de aplicación para su extinción el artículo 224 Código comercio, el cual tiene su razón de ser en que una responsabilidad ilimitada, en relación con las deudas sociales, no puede imponerse a perpetuidad porque ello supondría una vinculación eterna de los socios entre sí y respecto a la sociedad, por lo que procede acoger la pretensión de disolución*

ejercitada por los herederos de uno de los socios. (Sentencia de 15 de octubre de 1974; no ha lugar.)

G. G. C.

9. CONTRATO DE SOCIEDAD: PROPORCIONALIDAD DE LOS BENEFICIOS SOCIALES CON LAS APORTACIONES: *Aun cuando el artículo 1.689 del Código civil establezca la correlación entre el beneficio y las aportaciones, de tal modo que, como dicen los actores-recurrentes, "si los beneficios son proporcionales al capital estará en proporción al beneficio conocido", esta regla tiene un carácter meramente dispositivo o supletorio, por lo que si, como en el caso discutido existen unos pactos, instaurando un régimen en el que los beneficios no son proporcionales al capital, éste tampoco estará en proporción al beneficio. (Sentencia de 22 de noviembre de 1973; ha lugar.)*

M.ª A. C. C.

10. SOCIEDAD ANÓNIMA: BALANCE Y CUENTA DE PÉRDIDAS Y GANANCIAS: PLAZO PARA SU ELABORACIÓN: *La inobservancia del plazo señalado en párrafo 1.º, inciso 1.º del artículo 102 de la Ley de Sociedades Anónimas, no acarrea por sí solo la nulidad del acuerdo de la Junta general aprobatorio de los documentos a que dicho precepto se refiere, siempre que se respeten los plazos establecidos en los artículos 50 y 110 de la Ley.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: DERECHO DE INFORMACIÓN DEL ACCIONISTA: *Asimismo, el artículo 110 de la Ley de Sociedades Anónimas no exceptúa de la obligación del Consejo de Administración de poner dichos documentos a disposición del accionista en el "domicilio social", en caso de que la convocatoria de la Junta se efectúe por la Autoridad Judicial en lugar de serlo por los administradores de la sociedad. (Sentencia de 16 de octubre de 1973; no ha lugar.)*

J. M. M.

11. SOCIEDAD ANÓNIMA: FALTA DE LEGISLACIÓN PARA IMPUGNAR ACUERDOS SOCIALES POR EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DEL ARTÍCULO 70: *La sentencia recurrida dio al inciso 1.º del artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas la única posible interpretación, al reputar carentes de legitimación a los impugnantes y hoy recurrentes, ya que el requerimiento efectuado con anterioridad, donde pedían la celebración de la Junta cuyos acuerdos se impugnan, y en el que anuncian que considerarían radicalmente nulo todo acuerdo que intentase modificar los estatutos societarios, en especial el artículo 9 de los mismos referente a los derechos de los nudos propietarios y de los usufructuarios de las acciones de la entidad por no respetar los derechos adquiridos de los socios, constituye un acto anterior a la discusión y adopción de los acuerdos tal y como aparecen reflejados en el acta en que también consta el voto contrario, pero en la que para nada figura la oposición al acuerdo una vez que se adoptó.*

Ello no obsta para que si los accionistas carecen de legitimación para accionar por el procedimiento especial que utilizaron y estiman que los acuerdos

son contrarios a la Ley, estén legitimados para impugnarlos por esta causa, pero únicamente a través del procedimiento ordinario de los juicios declarativos, no por la vía que ahora utilizan que, aunque factible para esta clase de actos, está reservada a quienes pueden hacerlo legalmente, de acuerdo con el inciso 1.º del mencionado artículo 69 de la Ley Especial. (Sentencia de 8 de diciembre de 1973; no ha lugar.)

J. M. M.

12. SOCIEDAD ANÓNIMA: IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES: EXAMEN DE OFICIO DE LA LEGITIMACIÓN PARA IMPUGNAR POR EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL: *La falta de legitimación activa se apoya en la ausencia de un requisito de procedibilidad, cual es el impuesto por la Ley de Sociedades Anónimas en su artículo 69 para el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales por el procedimiento especial que regula el artículo 70 de la misma; requisito cuya concurrencia puede ser examinada de oficio y sin previo planteamiento de la excepción, según ha sido ya reconocido por la Sentencia de 30 de enero de 1970.*

SOCIEDAD ANÓNIMA: DISOLUCIÓN POR CONCLUSIÓN DEL OBJETO SOCIAL: NECESSIDAD DE ACUERDO EN JUNTA GENERAL: *No puede reputarse comprendido en el número 1.º del artículo 150 de la Ley de Sociedades Anónimas un supuesto como es el establecido en el artículo 40 de los estatutos sociales, según el cual "la duración de la compañía será por el tiempo que se necesite para cumplir el objeto para que fue constituida", consistente éste en la explotación de determinados yacimientos mineros y operaciones con ello relacionadas, puesto que en aquél se contempla exclusivamente el supuesto de que el término de la sociedad se halle fijado en los estatutos de un modo claro y terminante, que pueda ser conocido a través de la inscripción de aquéllos en el Registro Mercantil no sólo de los socios, sino de los terceros, integrando una causa inequívoca e independiente de las vicisitudes sociales. Esto no ocurre en el presente caso, que encaja más bien en el supuesto del número 2.º del artículo 152 de la Ley especial, para lo que, conforme dicho precepto establece, se requiere acuerdo de la Junta general.* (Sentencia de 19 de enero de 1974; no ha lugar.)

J. M. M.

13. QUIEBRA: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONTABILIDAD: *En la pieza quinta de calificación de la quiebra de una sociedad mercantil el Tribunal sostiene que los artículos 889, 3.º, y 890, 3.º, del Código de comercio "obligan a los Tribunales a declarar culpable (Sentencia de 10 de julio de 1908) o fraudulenta (Sentencia de 10 de julio de 1929, 5 de mayo de 1933, 6 de diciembre de 1966 y 13 de octubre de 1969) la quiebra de los comerciantes que incumplan en cuanto a sus libros de contabilidad los deberes que con relación a ellos les impone el título III, del libro I, de la expresada Ley sustantiva, que constituyen una garantía o salvaguarda de los intereses de quienes se relacionan con ellos y evitan sea imposible, en caso necesario, conocer su verdadera situación económica, cuya obligación es de todo punto ineludible, aun cuando fuera escaso el negocio que habrían de reflejar (Sentencia de 15 de noviembre de 1929) o se trate de mercaderes modestos (Sentencia de 16 de marzo de 1966).*

QUIEBRA: LEGISLACIÓN APLICABLE: *El Tribunal declara en esta Sentencia que la legislación aplicable al caso controvertido es la que regía en nuestro ordenamiento y que se hallaba establecida en interés público y del comercio en general (Sentencias de 24 de abril de 1901 y 5 de noviembre de 1969) hasta su derogación por la (Ley) de 21 de julio de 1973, que por haber entrado en vigor el 1 de enero del corriente año, según su disposición final, carece en este caso de efecto retroactivo, conforme al artículo 3 del Código civil.*

QUIEBRA: PROCEDIMIENTO CRIMINAL CONTRA EL QUEBRADO: *Frente al motivo del recurso de que el Tribunal de Apelación había ordenado pasar el tanto de culpa al Juzgado de Instrucción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.386 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin haberlo solicitado el Comisario de la quiebra, los Síndicos ni el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo sostiene que "la denuncia de los delitos públicos no es materia reservada al poder dispositivo de los litigantes, sino obligación de cuantos tuvieren conocimiento de ellos en virtud de su cargo, profesión u oficio (artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), siendo así que la declaración de insolvencia fraudulenta está prevista y sancionada en el artículo 520 del Código penal, y que el párrafo 2º del artículo 1.386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone al juez que haya calificado de fraudulenta una quiebra mandar sacar testimonio para proceder criminalmente contra el quebrado, acuerdo que no autoriza a admitir recurso de casación contra el mismo, según el párrafo 3º del referido precepto, y que no prejuzga quién o quiénes hayan de ser declarados criminalmente responsables de dicha figura delictiva por el órgano procesal correspondiente. (Sentencia de 2 de marzo de 1974; no ha lugar.)*

I. Q. C.

14. QUIEBRA: NULIDAD DE OPERACIONES DE PAGO REALIZADAS DURANTE EL PERÍODO DE RETROACCIÓN: COMPETENCIA DEL JUZGADO ESPECIAL: *Promovido por la sindicatura proceso declarativo de mayor cuantía, sobre declaración de nulidad de las operaciones de pago de la entidad declarada en quiebra realizadas durante el período de retroacción de la misma, y reintegro a la masa de bienes de la cantidad extraída en la época a que se retrotraen los efectos de la quiebra, es evidente que la designación por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de un juez especial, con jurisdicción en todo el territorio nacional, para conocer de todos los procedimientos, tanto civiles como criminales, que se tramitan en distintos Juzgados de Primera Instancia e Instrucción contra la entidad declarada en estado legal y formal de quiebra, implica la alteración de las reglas de competencia territorial establecidas en el artículo 62 de la Ley Procesal Civil, de conformidad con el Decreto Ley de 17 de julio de 1947, que no son de aplicación por estar atribuida la competencia territorial al Juzgado especial designado (Sentencia de 4 de marzo de 1974). Decide la cuestión de competencia en favor del Juzgado especial.*

J. M. M.

15. SUSPENSIÓN DE PAGOS: PARALIZACIÓN DE LAS ACCIONES INDIVIDUALES DE LOS ACREDITADORES: *En lo concerniente a la paralización de las acciones individua-*

les, como efecto de la suspensión de pagos, respecto a los acreedores, se establece en el párrafo 4º del artículo 9 de la Ley especial de 1.922 la distinción entre la tramitación de las acciones individuales de los acreedores que no sean privilegiados y de dominio y los actos de ejecución sobre el patrimonio del suspenso, que son los que realmente quedan paralizados mientras dure la suspensión para evitar que esos acreedores puedan proceder a la ejecución aislada sobre los bienes del suspenso, efecto que indudablemente no puede darse respecto al proceso declarativo del que dimana el presente recurso, en cuanto a la paralización de su tramitación, porque consta en las actuaciones que fue promovido por el demandante hoy recurrido, en virtud de la demanda de fecha 17 de febrero de 1970, y que el auto de declaración de la suspensión de pagos fue dictado el 30 de mayo de 1970, siendo inexacta, por tanto, la afirmación de la parte recurrente de que la demanda fue presentada posteriormente a la declaración mencionada.

APORTACIÓN DE MATERIALES A UNA OBRA AJENA: ACCIÓN DIRECTA DEL APORTANTE CONTRA EL DUEÑO: *No puede ser acogido el motivo que alega interpretación errónea del artículo 1.597 del Código civil, en cuanto al concepto jurídico de "poner materiales en una obra", porque los suministrados por la parte hoy recurrente, cuya entrega o incorporación de la obra contratada por la parte recurrente se afirma en la sentencia impugnada, no ofrece duda, son "elementos integrantes de la obra", para cuya ejecución fueron pedidos al recurrente, por lo cual el Tribunal de Instancia dio al artículo 1.597 su verdadero alcance y significación, en cuanto al requisito de la aportación de materiales, como uno de los establecidos en dicho precepto, para la viabilidad de la acción ejercitada a su amparo.*

DEFECTOS DEL RECURSO: DUPLICIDAD EN EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN: *No puede apreciarse la claridad y precisión exigida en el artículo 1.720 en relación con el número 4 del 1.729, ambos de la L. E. C., cuando a unos mismos preceptos se aplican dos conceptos de infracción distintos; por otra parte, es doctrina de esta Sala que, por lo reiterada, es innecesario citar de Sentencias, que el recurso de casación en el fondo sólo se da contra el fallo.* (Sentencia T. S. de fecha 17 de junio de 1974; no ha lugar.)

A. L. C.

DERECHO PROCESAL

1. NULIDAD DE VENTA DE FINCA ARRENDADA CON BASE EN L. A. U.: INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO: *No se pueden acumular en un juicio de mayor cuantía una acción de nulidad de compraventa de local arrendado que el actor apoya en los artículos 52 y 53 L. A. U., con la acción de simulación no fundamentada en derechos reconocidos en la misma Ley, aunque propia de la relación arrendatariado urbana, ya que para la primera es inadecuado el procedimiento utilizado.* (Sentencia de 5 de abril de 1974; no ha lugar.)

El T. S. no entra en el fondo al estimarse, igual que la Sala de Instancia, que el procedimiento de mayor cuantía era inadecuado.

G. G. C.

2. INJUSTICIA NOTORIA; PROCEDIMIENTO INADECUADO: *La acción ejercitada en la demanda no se funda en derecho alguno reconocido en la L. A. U., por lo que, habiéndose tramitado el litigio por el procedimiento regulado en la indicada Ley especial, es llano que ese procedimiento es inadecuado para sustanciar la reclamación deducida en la demanda.* (Sentencia de 31 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

El arrendatario de un local de negocio y de un jardín circundante afirma que celebró con el propietario un contrato verbal por el cual él cedía al propietario una franja del jardín y el propietario se comprometía a realizar una edificación. Afirma que él cumplió su prestación con la cesión de dicha franja y que el propietario no había realizado la edificación. Tramitado el proceso por los cauces procesales regulados en la L. A. U., el Juzgado declaró la improcedencia del procedimiento, siendo confirmada dicha Sentencia por la Audiencia Territorial.

J. D. M.

13. COMPETENCIA; ACUMULACIÓN DE ACCIONES PERSONALES: *Se ejercitan tres acciones personales, supuesto en el que es aplicable al parf. 2.º, de la Regla 1.ª, del artículo 62 LEC, siempre y cuando que la acumulación de acciones no sea arbitraria, y el demandado elegido por el actor tenga un interés contrapuesto al del demandante, y ello aunque la obligación no sea mancomunada o solidaria.* (Sentencia de 22 de febrero de 1975; cuestión de competencia.)

J. D. M.

4. CUESTIÓN DE COMPETENCIA; DICTAMEN FISCAL OMITIDO: *Según aparece de lo actuado, en el testimonio acompañado al oficio de inhibición se ha omitido el dictamen del M. F., desconociéndose lo dispuesto en el artículo 88 LEC. No hay razón para anular las diligencias practicadas, dando lugar a un retardamiento de las mismas, sino hacerse eco de que en el uto de requerimiento de inhibición, en su parte dispositiva se dijo: "librese el correspondiente oficio de inhibición a dicho Juzgado, al que se adjuntará testimonio de los particulares, prevenidos por la Ley", y lo que ocurrió fue que en Secretaría se prescindió del testimonio de dictamen fiscal, por lo que bastará tomar las medidas adecuadas para que este hecho no se repita en lo sucesivo.* (Sentencia de 21 de diciembre de 1973; cuestión de competencia.)

La cuestión planteada era la ejecución de unas cambiales, decidiéndose la competencia en favor del Juzgado en donde estaban domiciliadas.

J. D. M.

5. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO; LEGITIMACIÓN EN CONCEPTO DE ARRENDADOR: *Si se probó que los únicos y verdaderos propietario-arrendadores son los que entablaron la acción resolutoria del contrato, es indudable que quien figuró como arrendador, firmando en este concepto, lo hizo por su nombre y encargo o, en todo caso, llevó a cabo una actuación que, sin la menor duda, fue después ratificada por aquéllos, por lo cual no se ha violado la doctrina del*

litisconsorcio pasivo necesario al no demandar a la persona antes indicada.
(Sentencia de 8 de febrero de 1975; no ha lugar.)

J. P. R.

DESISTIMIENTO DE ACCIONES: REPRESENTACIÓN: *Si el momento de la extinción del poder dado a Procuradores, se determina, entre otras causas, por la de "separarse el poderdante de la acción o la oposición que hubiere formulado (art. 9, 3.º, LEC) se hace evidente que este precepto procesal está admitiendo plenamente la facultad directa de desistir de la acción ejercitada al titular de la misma, sin necesidad de estar representado por Procurador, por lo que dicho precepto viene a constituir una excepción del principio general de representación establecido en el artículo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*
(Sentencia de 27 de octubre de 1973; no ha lugar.)

M.ª A. C. C.

6. PRUEBA TESTIFICAL: TESTIGO ÚNICO: IMPUGNACIÓN EN INJUSTICIA NOTORÍA: *Es doctrina reiterada que el artículo 1.248 C. c. es admonitivo y no preceptivo, y que contradice la apreciación de la prueba testifical que hagan los Tribunales "a quo", en uso de la facultad que dicho artículo y el 659 LEC les confiere, no se da el recurso de casación ni el de injusticia notoria, pues ambos artículos dejan al arbitrio del juzgador de instancia, conforme a las reglas de la sana crítica, la graduación de la fuerza de aquella prueba, ya que ha quedado sin efecto el antiguo aforismo "unus testis, nullus testis" y, en general, todos los preceptos del antiguo derecho tasando la repetida prueba.*
(Sentencia de 17 de diciembre de 1974; no ha lugar.)

J. P. R.

7. PRUEBA DE PRESUNCIÓNES Y CASACIÓN: *El problema relativo a si el hecho de que ha de deducirse una presunción está o no debidamente acreditado sólo es combatible en casación por la vía procesal del núm. 7 del artículo 1.692 LEC, como error de hecho o de derecho en tal apreciación.*

INTERPRETACIÓN DE CONTRATO Y CASACIÓN: *La exégesis de una cláusula contractual hecha por la Sala de apelación tiene que prevalecer en casación mientras no se demuestre que infringe las reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1.281 y ss. del C. c.*

CASACIÓN: ERROR DE DERECHO: *Es preciso invocar la infracción de una norma legal referente a la valoración de la prueba, carácter que no reúnen los artículos 1.249 y 1.253 del C. c.*
(Sentencia de 26 de febrero de 1973; no ha lugar.)

J. P. D.

8. CASACIÓN: INCONGRUENCIA: DEBE ESTIMARSE: *El escrito de contestación a la demanda pone de manifiesto de modo patente y claro que los demandados reconocen deber a la entidad demandante la cantidad que resulte ser la ajustada a los suministros reales de piensos, por lo que, es visto, que la sentencia recurrida, al desestimar en su integridad la demanda, niega a la actora incluso*

ese derecho admitido en la contestación, apartándose así de los términos en que el debate se desenvolvió. (Sentencia de 8 de octubre de 1974; ha lugar.)

J. D. M.

9. INCONGRUENCIA: RESOLUCIÓN CON BASE EN HECHO NO ALEGADO COMO EXCEPCIÓN: *La resolución recurrida se funda en que entre las partes "hubo unos tratos cuyo estado, en un momento determinado, se documentó para asegurar una posible promesa, pero no la expresión de una voluntad formada y formal, igual al consentimiento en un contrato". Mas este hecho capital, por no haber sido alegado como excepción por la parte demandada, no podía servir de base el fallo absolutorio pronunciado por el órgano "a quo", por lo que se ha quebrantado el artículo 359 LEC sobre congruencia y debe estimarse el recurso. (Sentencia de 10 de diciembre de 1974; ha lugar.)*

J. P. R.

10. RECURSO DE CASACIÓN EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA: *Para evitar que la fase ejecutiva del proceso pueda transmutarse en una auténtica revisión del fallo, el recurso de casación que autoriza el artículo 1.695 LEC sólo puede dirigirse a demostrar la existencia de cualquiera de los dos supuestos de infracción, o ambos, en aquél previstos.*

LIQUIDACIÓN DE CANTIDAD: *Tratándose de fijar en ejecución de sentencia la cuantía de una liquidación de cantidades, la tramitación se ha de acomodar a las normas contenidas en el artículo 932 LEC, sujetándose el procedimiento para determinarla a las reglas contenidas en los artículos 937 y ss.; estableciéndose en el artículo 942 que el auto del Juez sólo será apelable en un solo efecto, y en el 944, que contra el fallo de la Audiencia no se dará recurso alguno, ello constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 1.695 (Sentencia de 29 de mayo de 1974; no ha lugar.)*

G. G. C.

11. CASACIÓN: DEFECTOS DEL RECURSO: CAUCE INADECUADO: *La relación de datos de hecho dada por el Tribunal "a quo" ha quedado incólume en este trámite, al no haber sido siquiera combatida adecuadamente desde el punto de vista procesal por la vía del núm. 7 del artículo 1.692 LEC, pues se formula el recurso por el cauce del núm. 1 del citado artículo, reservado a las infracciones estrictamente jurídicas, pero partiendo de unos elementos fácticos que no se corresponden con aquéllos, por lo que tienen una fundamentación puramente ficticia o irreal, alegando y presentándose, además, como auténticos una serie de documentos, con lo que se mezclan conceptos jurídicos con otros de hecho, lo que procesalmente es improcedente. (Sentencia de 29 de octubre de 1974; no ha lugar.)*

J. D. M.

12. CASACIÓN: EXCEPCIÓN DE LITIS PENDENCIA: DEFECTOS DEL RECURSO: *Las cuestiones de hecho y su apreciación son de competencia del Tribunal "a quo", cuyo criterio sobre el particular no puede ser contrariado con eficacia, sino*

por los medios que establece el núm. 7 del artículo 1.692 LEC. (Sentencia de 4 de noviembre de 1974; no ha lugar.)

El Juzgado dictó un Auto estimando la excepción de litis pendencia, Auto que confirmó la Audiencia en apelación, el recurso de casación se motiva en el núm. 1. del artículo 1.692 LEC, por infracción del artículo 1.252 C. c., ya que estima el recurrente, en contra de lo declarado por el Juzgador, que las personas, las cosas y las causas de pedir eran diversas.

J. D. M.

13. **INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EN CASACIÓN:** *En principio y conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala I, la interpretación de los contratos es de la competencia y soberanía del Tribunal de Instancia y por ende de respetarse, a menos que aquélla resulte ilógica y, por su indeterminación, infrinja alguna de las normas de hermenéutica legal.*

CASACIÓN: DEFECTO FORMAL DE FALTA DE PRECISIÓN: *Es defectuosa la formulación de un recurso en que se denuncia la violación de un artículo del Código civil que contiene dos supuestos o apartados sin precisar, con la debida claridad y precisión, a cuál de ellos alcanza la que se denuncia. (Sentencia de 17 de febrero de 1975; no ha lugar.)*

J. P. R.

14. **CASACIÓN: CARÁCTER GENÉRICO DEL ARTÍCULO 1.214 C. c.:** *El carácter genérico del artículo 1.214 C. c., le hace inviable para denunciar su infracción por el núm. 1.º del artículo 1.692 LEC, si no se relaciona con alguna norma concreta referente a las pruebas que puede decirse infringida.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *Los alegatos de orden fáctico, sólo podrían haber tenido en casación su cauce adecuado, a través del núm. 7 del artículo 1.692 LEC.*

ERROR DE DERECHO: *En verdad no intenta justificar una infracción jurídica en cuanto a la valoración de las pruebas, sino presentar unos datos de hecho contrapuestos a los que la sentencia recurrida aprecia, cuyo cauce impugnatorio no es el aquí utilizado. (Sentencia de 28 de octubre de 1974; no ha lugar.)*

J. D. M.

15. **CASACIÓN: FALTA DE PERSONALIDAD:** *La falta de personalidad de la parte o de su Procurador, ya se alegue como excepción dilatoria o como perentoria, supone un vicio in procedendo, que sólo puede ser tratado en casación por la vía del quebrantamiento de forma prevista en el núm. 2 del artículo 1.693 LEC.*

DEFECTOS DEL RECURSO: *Para demostrar el error de derecho es preciso citar la ley referente a la valoración de la prueba que haya sido infringida por la sentencia impugnada; no cumpliéndose dicho requisito al citar como infringido*

el artículo 1.214 C. c., ya que este precepto se limita a regular el onus probandi, sin establecer norma alguna de valoración de prueba. (Sentencia de 8 de febrero de 1975; no ha lugar.)

J. D. M.

16. INJUSTICIA NOTORIA: ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA: *Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, para que el error de hecho en la apreciación de la prueba se dé conforme a la causa 4.ª del artículo 136 LAU, el error ha de ser manifiesto y acreditado por la prueba documental o pericial que obre en autos, es decir, que sin interpretaciones de documentos ni deducciones de éstos derivadas, ni investigación parcial para descubrir su significado, sino que de la simple lectura que de ellos resulte, mediante un juicio sintético, quede patente y claro, lo contrario de las afirmaciones o negaciones de hecho contenidas en la sentencia recurrida. (Sentencia de 31 de octubre de 1974; no ha lugar.)*

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: REBELDÍA: NOTIFICACIÓN DE LA SENTENCIA: INADMISIÓN DE LA PERSONACIÓN: *Pudiendo ser objeto de recurso, sólo y exclusivamente la parte dispositiva del auto de la Sala, confirmatorio del del Juzgado, cual es la de inadmisión de la personación del rebelde cuando la sentencia había ganado firmeza, quedan fuera de las posibilidades del recurso las peticiones sobre denegación de prueba. (Sentencia de 16 de diciembre de 1974; no ha lugar.)*

Al condenado en rebeldía se le notificó la sentencia en la persona del portero del inmueble en donde estaba sito el piso objeto del litigio; una vez firme la sentencia, el condenado en la misma presentó un escrito al Juzgado en el que solicitaba, que se le tuviese por personado, se decretase mal notificada la sentencia y se publicase la misma en el "B. O. de la Provincia" a fin de que empezase a contar el plazo marcado en el artículo 772 LEC; el Juzgado rechazó todas sus peticiones, así como el recurso de reforma, apelado el Auto solicitó el recibimiento a prueba en la segunda instancia, la Sala denegó y confirmó en todo el Auto del Juzgado. Asimismo fue rechazado el recurso de súplica, se recurrió en casación por quebrantamiento de forma motivando el recurso en la denegación de la admisión a prueba.

J. D. M.

17. QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INCOMPETENCIA DE JURISDICCIÓN: *La S. A. A. T.* *actuó asumiendo la conceptuación de mandatario "nomine proprio", es decir, de "mandato sin poder". Estando reconocido como cuestión de hecho que una persona —física o jurídica— actuó como mandatario no representativo de otra que ratificó lo por aquella realizado respecto a un tercero, y éste lo acepta, las consecuencias dimanantes del negocio jurídico concertado entre mandatario y tercero vinculan en su integridad, por lo que se hace evidente que ello no puede discutirse en recurso de casación por quebrantamiento de forma. (Sentencia de 21 de enero de 1974; no ha lugar.)*

La sociedad anónima "A. T." encargó a unos arquitectos de Madrid la realización de una obra en Palma de Mallorca, para otra sociedad, sometiéndose en oficio de encargo a la Jurisdicción de los Tribunales de Madrid; demandada la sociedad propietaria, aduce en la contestación de la demanda la incompetencia de los Tribunales de Madrid, ya que la S. A. "A. T." no tenía poder.

J. D. M.

PRECIOS DE SUSCRIPCION Y VENTA
DE FASCICULOS SUELtos PARA EL
AÑO 1976

Suscripción anual: España, 1.500,— pesetas
Extranjero: 1.650,— pesetas

Número suelto: España, 550,— pesetas
Extranjero, 650,— pesetas

Suscripción anual: España, 1.000,— pesetas
Extranjero, 1.150,— pesetas
Número suelto: España, 350,— pesetas
Extranjero, 450,— pesetas