

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XX
FASCICULO II



ABRIL-JUNIO
MCMLXVII

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 D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

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 Registros
y del Notariado

RODRIGO URÍA 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 D. civil y Abogado
del I. C. de Madrid

SUMARIO

Páginas

Estudios monográficos

DANIEL FERRER MARTÍN: <i>Sistema actual español para determinar la filiación.</i>	255
PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS: <i>Apuntes para la construcción de un Derecho registral de la propiedad industrial</i>	297
JOSÉ MENÉNDEZ: <i>Examen sustantivo fiscal del Código civil</i>	359

Vida Jurídica

Dictámenes

<i>Facultades dispositivas del fiduciario en caso de premoriencia al testador del fidecomisario</i> , por Antonio Moro Serrano y José A. Nortes	379
--	-----

Bibliografía

Libros	385
---------------------	-----

AMOROS GUARDIOLA, Manuel: *Sobre el Derecho de inmobiliario registral y su posible autonomía*, por Luis Díez-Picazo.—BARRERA GRAF, Jorge: *La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías*, por R. E. D.—CASTAN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español común y foral*; tomo tercero, por R. E. D.—CASTRO BRAVO, Federico de: *El negocio jurídico*, por R. E. D.—CERVERA, Alejo de: *The Statute of Limitations in American Conflicts of Laws*, por R. E. D.—FRAGOLA, Augusto: *La cinematografia nella giurisprudenza*, por R. E. D.—MADRUGA MENDEZ, Joaquín: *Transmisión del Derecho arrendaticio de vivienda*, por Mariano Alonso Pérez.—MONTROYA MELGAR, Alfredo: *La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador*, por Manuel Alonso Olea.—PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel: *La herencia y las deudas del causante*, por Jesús Díez del Corral Rivas.

Revista de revistas

<i>Revista de revistas</i> , a cargo de Antonio Manuel Morales Moreno y Rodrigo Bercovitz	402
<i>Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i> , a cargo de D. Antonio de Leyva y Andía	423

Jurisprudencia

I. Sentencias comentadas:

<i>Patria, potestad y renuncia a la indemnización. (Comentario a la S. del T. S. de 17-12-65)</i> , por Celestino A. Cano Tello	425
--	-----

II. Sentencias 436

III. Sentencias de suplicación:

1. <i>Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid</i>	458
2. <i>Sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona</i>	459
3. <i>Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia</i>	465
4. <i>Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Granada</i>	466
5. <i>Selección de las sentencias de suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos</i>	470

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

DEPOSITO LEGAL. M. 125.—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 XX
FASCICULO II

ABRIL-JUNIO

MCMLXVII



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.º

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

A.G.E.S.A.—Rodríguez San Pedro, 40.—Madrid.

Sistema actual español para determinar la filiación

DANIEL FERRER MARTIN
Magistrado

SUMARIO: I.—Introducción: A) Exposición. B) Principios que influyen en la determinación de la filiación. II.—Sistema del Código civil: A) Clases de filiación: a) Filiación legítima: 1) Definición. 2) Atribución. 3) Carácter de la presunción. 4) Impugnación: a') Causas. b') Legitimación. c') Plazo de ejercicio. 5) Reclamación de filiación legítima. 6) Derechos de los hijos legítimos. b) Filiación ilegítima: 1) Hijos naturales: a') Concepto. b') Determinación de la filiación natural. El reconocimiento.—1') Reconocimiento voluntario. 2') Reconocimiento forzoso: a") Supuestos en que procede: 1") Escrito indubitado. 2") Posesión de estado. 3") Condena penal. b") Ejercicio de la acción: 1") Trámite adecuado. 2") Legitimación procesal. 3") Plazo de ejercicio. c') Derechos de los hijos naturales. d') Impugnación del reconocimiento. 2) Hijos ilegítimos no naturales. c) Hijos legitimados: 1) Clases: a') Hijos legitimados por subsiguiente matrimonio: 1') Requisitos. 2') Efectos. b') Hijos legitimados por Concesión Real: 1') Requisitos. 2') Derechos. 2) Impugnación de la legitimación. III.—Sistema de la nueva legislación del Registro Civil: A) Principios fundamentales. B) Filiación materna: a) Forma de inscribir el nacimiento. b) Constancia de la filiación materna. c) Calificación jurídica de la filiación materna: 1) Filiación legítima. 2) Filiación extramatrimonial. C) Filiación paterna: a) Filiación legítima. b) Filiación natural: 1) Reconocimiento voluntario. 2) Reconocimiento forzoso: a') Crítica del sistema. b') Supuestos en que cabe el reconocimiento forzoso. c') Normación del expediente: 1') Competencia. 2') Tramitación. 3') Consideración especial de la oposición: a") Personas que pueden formular oposición. b") Contenido de la oposición. c) Filiación ilegítima no natural.

I. INTRODUCCIÓN

A) *Exposición.*

Como aclaración al enunciado del tema y concreción del plan a desarrollar, debemos indicar que la filiación, aunque con notorias repercusiones sociales, por cuanto determina una condición legal de la

persona, es eminentemente una institución de Derecho privado, del civil concretamente, formando parte de una de sus cuatro ramas tradicionales, porque son de este orden las relaciones que como fundamentales la integran.

Tradicionalmente, en España ha sido el Código civil quien ha fijado los principios de la filiación y ha normado su distinción en legítima e ilegítima, estableciendo los supuestos de cada una y las formas para su determinación; la legislación del Registro civil, en cambio, ha sido, en este aspecto, una normativa instrumental, que regía el modo de dar constancia a la filiación en el Registro del estado civil, cuyas actas constituyen el medio principal y primordial para la prueba de los actos que afectan al mismo, según proclama el artículo 115 del Código civil sobre la base de los principios señalados por el texto fundamental civil. Pero la reciente reforma de la legislación del Registro civil —Ley de 8 de junio de 1957 y Reglamento aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958— ha rebasado los límites que hasta ahora eran los propios de su ámbito, introduciendo notables modificaciones, de las que un comentarista (1) dice: “Las importantes innovaciones introducidas en el Derecho registral de filiación —innovaciones que a veces desbordan dicho campo para invadir la esfera del Derecho material—, constituyen también grandes aciertos de la reforma en cuanto ha procurado, en la medida consentida por el Código civil, aproximar en esta materia la concordancia entre los estados legal y natural de filiación y restringir la innecesaria divulgación de la filiación ilegítima”.

En este momento nos limitamos, y por ello recogemos la opinión de PERÉ RALUY, a destacar que la legislación del Registro civil introduce modificaciones en el Derecho material de filiación, sin tomar partido sobre su acierto o error, cuestión que trataremos más adelante.

B) *Principios que influyen en la determinación de la filiación.*

Aunque la filiación nace de un acto biológico, perfectamente determinable en cuanto a la madre, en su relevancia jurídica, y social, consiguientemente, se interfieren una serie de factores de distinta índole que dificultan la determinación, planteando una serie de interesantes cuestiones que van desde la distinción de diversos tipos, con atribución de distintos derechos a cada uno, hasta la forma de determinarla. No siendo posible una definición atendiendo a estrictos datos biológicos, por el influjo que en la materia tienen otras consideraciones, es necesario establecer un sistema que coordine todos los factores que influyen, lo cual obliga a considerar los principios que inspiran el sistema español, por lo menos aquellos que han de tener relevancia en nuestra exposición.

(1) PERÉ RALUY: *Derecho del Registro civil*, tomo I. Madrid, 1962, pág. 71

Estos principios son los siguientes:

1.º Se toma como base para su concreción la filiación materna, por ser la más fácilmente determinable, como basada en el hecho objetivo del parto, y sobre su base se fija la paterna.

2.º Constituida la familia en casi todos los países del mundo, y desde luego en España, sobre la base del matrimonio, como acto solemne siempre y sacramental en muchos, se establecen distintas clases de filiación, distinguiendo de un lado la legítima, rodeada de la plenitud de los derechos que atribuye, cuya calificación corresponde a los hijos nacidos de las relaciones sexuales habidas en el seno del matrimonio, y de otro, la ilegítima, asignada a los hijos procreados fuera de matrimonio, distinguiéndose en unas legislaciones, aunque no en otras, diversas denominaciones y situaciones legales dentro de la segunda, en atención al estado de los padres generadores.

3.º La distinción entre filiación legítima e ilegítima ciertamente produce una situación injusta, pues establece una diferenciación entre las personas, no sólo de orden jurídico, sino también en el social, ya que la condición de ilegitimidad produce perjudiciales consecuencias en la persona sobre quien recae, que además es inocente de la culpa que la acarrea; ello ha determinado un amplio movimiento contrario a esta discriminación (2), pero aun inspirado en el mejor deseo, "por mucho que se haya querido avanzar con estas reformas (3), los legisladores han tropezado con un grave obstáculo al reconocimiento de la plena igualdad de derechos: el temor de que la eliminación de toda diferencia entre la condición y los derechos de las personas nacidas de matrimonio y fuera de matrimonio pueda resultar perjudicial, y aun fatal, para la institución de la familia y el carácter sagrado de ella, así como para la moralidad en general".

4.º Con referencia a la filiación ilegítima, son las convicciones políticas y sociales imperantes en cada país las que facilitan o dificultan la determinación de la paternidad, oscilando desde la permisión de investigarla, con más o menos limitaciones, hasta su absoluta prohibición, reduciendo la posibilidad de concretarla a que exista una manifestación de voluntad expresa de asumir las obligaciones y derechos inherentes a la condición de padre.

(2) El problema de la discriminación derivada de la filiación ha sido objeto de amplia atención por la Comisión de Derechos Humanos de la O.N.U., pudiendo conocerse su actuación y conclusiones por lectura del informe del Relator especial en *Preter*: "Estudio de la discriminación contra las personas nacidas fuera de matrimonio (Proyecto de informe a la Comisión de Derechos Humanos-Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías del relator especial señor VIENO VOITTO SAARIO), anotaciones de Derecho español, por ANTONIO PÉREZ Y GARCÍA-MARGALLO, año XIV, número 31, enero-febrero 1966, pág. 109; año XIV, núm. 32, marzo-abril 1966, pág. 117; año XIV, núm. 33, mayo-junio 1966, pág. 109; año XIV, núm. 34, julio-agosto 1966, pág. 59.

(3) Así se lee en el párrafo 38 del informe citado en nota (2).

II. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL

La normación de la filiación en nuestro Código civil descansa en la distinción de varios tipos de ella, con atribución de distintos derechos a cada uno, protección de la familia y restricción de la investigación de la paternidad.

A) *Clases de filiación.*

Se distinguen en el Código civil las siguientes: filiación legítima y filiación ilegítima, subdistinguiendo en ésta, la natural y la no natural.

a) *Filiación legítima.*

1) *Definición.*

Es la atribuida a los hijos engendrados o nacidos de legítimo matrimonio. Se le concede la plenitud de los derechos y otorga a las personas a quienes corresponde una auténtica condición legal.

2) La *atribución* de la filiación legítima descansa sobre dos órdenes de elementos: la maternidad y el matrimonio.

a') La maternidad, por la gran facilidad de su concreción, es la que se considera incuestionable, y sirve de base para atribuir la paternidad y calificar la filiación.

b') Presupuesta aquélla, la determinación de la paternidad calificativa de la filiación legítima, descansa sobre la existencia de un vínculo matrimonial, siguiendo el principio *pater is est quem nuptiae demonstrant*.

Sobre esta base pueden distinguirse en el Código civil dos tipos de hijos legítimos:

1.º Forman un grupo, aquellos hijos para quienes la misma época de nacimiento acarrea el calificativo por imperativo legal, por haber tenido lugar aquél o la concepción, o ambos, durante la vigencia del matrimonio de los padres, y estar amparados por la presunción establecida en el artículo 108 del Código civil, cuando dispone: "Se presumirán hijos legítimos los nacidos después de los 180 días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la disolución o a la separación de los cónyuges". Alcanza, pues, la calificación de hijo legítimo desde la fecha de su nacimiento, sin precisar ningún requisito complementario:

1') A los concebidos y nacidos dentro del matrimonio.

2') A los concebidos fuera de matrimonio y nacidos durante éste, después de transcurrido el tiempo mínimo de gestación, que se señala en 180 días.

3') A los concebidos en el matrimonio y nacidos después de su extinción, antes de vencer el plazo máximo de gestación, que se fija en 300 días.

2.º Un segundo grupo comprende a los concebidos fuera de matrimonio y nacidos en él dentro de los 180 días siguientes a su celebración, respecto de los cuales la atribución de la filiación legítima requiere un acto de voluntad del padre, mediante el cual reconozca su paternidad y la asume, manifestación que, unida al matrimonio, la determina. Son los supuestos objeto de la presunción que sanciona el artículo 110 del Código civil, diciendo:

“Se presumirá legítimo el hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio, si concurriere alguna de estas circunstancias:

1.º Haber sabido el marido, antes de casarse, el embarazo de su mujer.

2.º Haber consentido estando presente, que se pusiera su apellido en la partida de nacimiento del hijo que su mujer hubiere dado a luz.

3.º Haberlo reconocido como suyo expresa o tácitamente”.

3) *Carácter de la presunción.*

La legitimidad de la filiación descansa, por consiguiente, en una presunción, determinada, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1960, por el matrimonio, con la cohabitación de los padres y con el deber de fidelidad impuesto a la mujer, que designa al marido como padre.

Se completa la caracterización de la presunción con dos normas que, conteniendo disposiciones de contrario sentido, atienden a aquel fin; son estas normas las siguientes:

1.º La disposición del artículo 109 del Código civil, concebida en los siguientes términos:

“El hijo se presumirá legítimo, aunque la madre hubiese declarado contra su legitimidad o hubiese sido condenada como adúltera.”

2.º La norma del párrafo 2.º del artículo 108 del Código civil, que dispone:

“Contra esta presunción no se admitirá otra prueba que la de la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.”

Queda claramente determinado que la presunción legal de paternidad legítima es de naturaleza *juris tantum*, que admite prueba en contrario, siquiera ésta se halle limitada en cuanto a los hechos que la destruyen.

Llama la atención la disparidad de trato que se establece entre marido y mujer a los efectos de destruir la presunción de legitimidad, pues mientras que al marido le es permitida, en la forma limitada que se ha expuesto, a la mujer le es negada la posibilidad de descartar la paternidad de su marido, que se presume siempre. MANRESA (4)

(4) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*. tomo I, Madrid, 1943, pág. 547.

expone sobre el particular: "La razón de esta negativa es, en gran parte, de garantía a favor de los hijos, cuyo estado no debe quedar a merced de las pasiones de los padres; y así decía la exposición de motivos de la Ley de Matrimonio civil, que tiende a evitar el peligro de que el marido ofendido en su honra, esto es, sabedor del adulterio, pudiese arrancar de la mujer culpable, por la coacción, una confesión que tal vez no tuviera de verdad más que el reconocimiento de la falta cometida; y por lo que toca a la mujer, la Ley de Partida citada (9.^a del título 14, Partida 3.^a) dice expresamente: "Ensáñanse las mujeres a las vegadas tan fuertemente, que por despecho que han de sus maridos dicen que los fijos que tienen en los vientres o que son nascidos, que no son dellos, mas sí de otros. E en tal caso como este decimos que si pudiese ser prouado por los vecinos de aquel lugar que el hijo de alguna mujer que dixesse tales palabras como sobredichas son, nasciera de ella seyendo casada con aquel marido, é non auiendo el marido estado alongado della tanto tiempo que pudiesen verdaderamente sospechar segund natura que el fijo fuera de otri, por tales palabras que el padre o la madre dixessen, non deue ser el fijo deseredado nin le empecé en ninguna manera."

"Pero hay otra razón más poderosa que obliga a rechazar la prueba de confesión o adulterio probado, y es que el momento de la concepción no se puede determinar cuando una mujer cohabita en una misma época con dos hombres, ni puede ella misma conocer cuál de ellos engendró al hijo. Cítase a este propósito la frase retórica de PREAMENEU que, defendiendo la misma disposición con referencia al Código francés, decía: *La femme peut avoir été coupable sans que le flabbeau de l'hyménée fût encore éteint.*"

El razonamiento es convincente desde el prisma bajo el que se contempla el supuesto, pero no vale para todos los que pueden plantearse. Si marido y mujer viven juntos, evidentemente los razonamientos de MANRESA tienen plena validez, pero cuando así no ocurre, cuando el marido se halla ausente o el matrimonio vive separado de hecho (5), los razonamientos justificativos expuestos carecen de aplicación, y no se alcanza la razón por la que en estos casos no se concede valor a la manifestación de la madre, aunque fuera sometida a la comprobación que preveían las Partidas. Cierto es que en estos casos cabe el desconocimiento por el padre, pero no se ve la razón de obligar a seguir un proceso de impugnación para determinar algo que puede serlo de antemano, sin que se alcance la referencia al interés del hijo, pues siempre a él debe superponerse la verdad real, aparte

(5) El supuesto se ha planteado y resuelto de acuerdo con el mandato legal en resoluciones de 28 de octubre de 1915 y 28 de abril de 1952, declarando que había de hacerse constar en el acta del Registro Civil la cualidad de hijo legítimo, aunque la madre declare que no lo es por hallarse el marido ausente muchos años, y en resolución de 21 de abril de 1942, que en la inscripción de nacimiento del hijo de una mujer casada, cuyo marido se halle en prisión desde años antes de hacerse constar la cualidad de legítimo, sin perjuicio de lo que puedan en su día resolver los Tribunales.

de que tal vez se le perjudique más privándole después de una legitimidad que indebidamente se le asignó al nacer.

4) *Impugnación.*

La posibilidad de destruir la presunción de legitimidad, a tanto equivale como a permitir su impugnación o a desconocer la paternidad que por vía de presunción se atribuye al marido de la madre.

a') *Causas.*

En primer lugar, debe resaltarse que la posibilidad de impugnación se concreta a los supuestos en que la atribución de la paternidad se deriva exclusivamente de una presunción legal, o sea, de los que prevé el párrafo 1.º del artículo 108 del Código civil, pues cuando para determinar la filiación paterna es precisa la concurrencia de los actos que estatuye el artículo 110 del mismo Código, como los mismos son representativos de un reconocimiento expreso o tácito, no cabe, después de hechos, dejarlos sin efecto, como ocurriría en caso de admitirse impugnación.

La causa en que puede fundarse el desconocimiento de la paternidad legítima no es otra que “la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubieren precedido al nacimiento del hijo”, a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 108 del Código civil.

El artículo 111 del Código civil autoriza también a “desconocer la legitimidad del hijo nacido después de transcurridos trescientos días desde la disolución del matrimonio o de la separación legal efectiva de los cónyuges”.

En este caso, sin embargo, no se tiende a destruir presunción alguna, sino a poner de manifiesto la ausencia de uno de los requisitos de la establecida en el artículo 108 del Código civil, y así claramente lo ha puesto de relieve la sentencia de 3 de abril de 1893, diciendo que si bien la presunción del párrafo 1.º del artículo 108 del Código civil no puede desvirtuarse por otra prueba que la consignada en el párrafo siguiente, tal presunción desaparece cuando el matrimonio ha sido disuelto o existe separación legal efectiva de los cónyuges, pues en este caso puede el marido desconocer la legitimidad del hijo que la mujer diese a luz después de transcurridos trescientos días de la disolución o separación, y es a la mujer o al hijo a quienes incumbe la prueba en contrario de legitimidad.

Resolviendo sobre impugnaciones de filiación legítima e interpretando los preceptos pertinentes, la jurisprudencia ha sentado:

1') Que este precepto, el párrafo 2.º del artículo 108 del Código civil, no se refiere a los medios probatorios utilizables, ni tampoco a una concreta causa determinante de la imposibilidad, sino que autoriza el empleo y consiguiente apreciación de todos los medios que la Ley procesal admite, con la valoración que les asigna. —si bien no cabe atribuir ninguna a los de carácter biológico, por ser contrarios

al criterio del legislador—, y comprende todos aquellos hechos de cuya demostrada certeza resulte la imposibilidad de que el marido haya tenido relación carnal con su mujer en el período de tiempo precisado legalmente para que sirva de base a la presunción de que ha sido procreado por aquél el hijo nacido, lo que acontecerá cuando las pruebas acrediten la impotencia, la separación efectiva o la ausencia en el sentido de alejamiento no interrumpido (sentencias de 29 de enero de 1890, 4 de julio de 1893 y 18 de junio de 1900).

b') *Legitimación procesal.*

La posibilidad de impugnar la filiación legítima la reconoce el artículo 111 del Código civil al marido de la madre y a sus herederos, si bien a estos últimos les limita la acción, el artículo 112, a los siguientes supuestos:

- 1.º Si el marido hubiese fallecido antes de transcurrir el plazo señalado para deducir su acción en juicio.
- 2.º Si muriese después de presentada la demanda, sin haber desistido de ella.
- 3.º Si el hijo nació después de la muerte del marido.

c') *Plazo de ejercicio.*

El artículo 113 del Código civil dispone:

“La acción para impugnar la legitimidad del hijo deberá ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de nacimiento en el Registro, si se hallare en el lugar el marido, o, en su caso, cualquiera de sus herederos.

Estando ausentes, el plazo será de tres meses si residieren en España, y de seis meses si fuera de ella. Cuando se hubiere ocultado el nacimiento del hijo, el término comenzará a contarse desde que se descubriere el fraude.”

Precisiones de la jurisprudencia han venido a concretar, en sentencia de 24 de enero de 1947, que:

1') Si en principio la acción para impugnar la filiación es imprescriptible (artículo 1.936 del Código civil), este artículo limita el ejercicio en términos que no son de prescripción, sino de caducidad.

2') Como momentos iniciales del cómputo de los plazos que establece, se determinan el de inscripción del hijo en el Registro y el del descubrimiento del fraude, cuando el nacimiento se hubiere ocultado.

3') La inscripción y la ocultación y el fraude son hechos diversos e independientes entre sí, sin que nada autorice para pensar que con la falta del primero queden producidos los segundos, y que una vez inscrito el recién nacido es inaplicable el último inciso del párrafo 2.º; antes al contrario, afirmada la ocultación y el fraude, el plazo ha de comenzar a contarse, aun cuando se hubiere inscrito el recién nacido, a partir de la fecha del descubrimiento.

Según declara la sentencia de 20 de marzo de 1919, la caducidad

sancionada en el artículo 112 del Código civil, sólo es aplicable al marido y a sus herederos, no al caso de que sea el mismo hijo quien impugne su filiación legítima.

5) *Reclamación de filiación legítima.*

Correlativamente al derecho de los padres para desconocer la legitimidad de un hijo, se halla el de éste para defender la que se le ha atribuido o reclamarla cuando, entendiendo que le corresponde, no se le otorga.

Los medios que con este fin le concede el Código civil son los siguientes:

a') Conforme al artículo 111, probando la legitimidad desconocida por el padre al hijo nacido después de transcurridos trescientos días de la disolución del matrimonio o separación legal efectiva de los cónyuges.

b') Reclamando su legitimidad, al amparo del artículo 118, en cualquier caso en que no se le reconozca.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 118, la acción que para reclamar su legitimidad compete al hijo durante toda su vida, se transmitirá a sus herederos, si falleciere en la menor edad o en estado de demencia, en cuyos casos tendrán los herederos cinco años de término para entablar la acción. Cuando sea iniciada por el hijo, se transmite por su muerte a los herederos, si antes no hubiere caducado la instancia.

Teniendo en cuenta los medios establecidos para probar la legitimidad y la especial finalidad de la acción de reclamación de filiación, el hijo podrá utilizar como pruebas:

1') La posesión constante del estado de hijo legítimo (artículo 119 del Código civil).

2') En su defecto, cualquier medio, siempre que haya un principio de prueba por escrito, que provenga de ambos padres conjunta o separadamente (artículo 117 del Código civil).

6) *Derechos de los hijos legítimos.*

Los determina el artículo 114 del Código civil diciendo: "Los hijos legítimos tienen derecho:

1.º A llevar los apellidos del padre y de la madre.

2.º A recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes y, en su caso, de sus hermanos, conforme al artículo 143.

3.º A la legítima y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce".

b) *Filiación ilegítima.*

Es así calificada la que corresponde a los hijos engendrados y nacidos fuera de legítimo matrimonio.

A diferencia de otras legislaciones que emplean diversas denominaciones para designarlos, según la condición de los padres (adulte-

rinos, incestuosos, sacrílegos, mánceres), el Código civil español sólo distingue los naturales, a quienes concede un trato privilegiado, y los demás ilegítimos, concepto que engloba a todos los que no pueden gozar de aquella condición, sin hacer nuevas subdivisiones.

1) *Hijos naturales.*

a') *Concepto.*

Legalmente son definidos los hijos naturales en el párrafo 2.º del artículo 119 del Código civil diciendo:

“Son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción pudieron casarse con dispensa o sin ella.”

En una rigurosa y literal interpretación del precepto, las condiciones determinantes de la naturalidad deben concurrir en ambos padres, lo que, por otra parte, sería norma lógica, aunque estricta, pues de otro modo se atribuiría la condición de naturales a hijos adúlteros, si de los padres uno era libre al concebirlo, pero no el otro.

No obstante, y con el fin de favorecer al nacido, el mismo Código civil admite, en el artículo 130, que la filiación natural se atribuya a una persona sólo con respecto a su padre o madre, siempre que el que sea tuviera capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción. Son éstos hijos naturales presuntos, pues por esta vía se les atribuye la filiación, y por este carácter es siempre posible contrariar la presunción por aquellas personas a quien el reconocimiento perjudique, siendo en tal caso lícito a los que la impugnen, revelar el nombre de la persona con quien hubiesen tenido el hijo (sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1893 y 15 de octubre de 1960).

Es importante destacar, y los preceptos legales citados lo hacen, que la aptitud de los padres para contraer matrimonio, que es elemento indispensable del concepto, ha de referirse al momento de la concepción, exigencia reiterada por la jurisprudencia diciendo que la libertad de los padres para contraer matrimonio hay que referirla al momento de la concepción, quedando excluidos de la condición de hijos naturales los concebidos en adulterio (sentencia de 15 de octubre de 1960).

Para fijar el momento de la concepción se aplicarán las reglas de cómputo que resultan del artículo 108 del Código civil (6).

b') *Determinación de la filiación natural.—El reconocimiento.*

En esta clase de filiación, como en la legítima, existe una base cierta y objetiva para la determinación de la maternidad: el hecho del parto. Respecto de la paternidad no puede ofrecerse ninguna norma de atribución, como no sea la confesión, expresa o inducida, del procreante. Pero, no obstante, el Código civil somete una y otra a un

(6) MANRESA, ob. cit.; CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil español*, libro II, Madrid, pág. 594.

tratamiento idéntico, prescindiendo de la forma objetiva de determinación, y este tratamiento unitario es el *reconocimiento*, que bien sea hecho voluntariamente o impuesto de modo forzoso por los Tribunales, es el nexo que enlazando jurídicamente al hijo con sus padres, o con uno de ellos, determina la filiación.

Llama la atención en la normativa del Código civil, que así como en la filiación legítima destaca, como ya resaltamos, la preocupación por el hijo, a quien trata de favorecer, con respecto a la filiación natural la protección se dispensa a los padres, a cuya voluntad deja la determinación de aquélla. Ciertamente que en la filiación legítima mediaba un matrimonio, inexistente en la natural, pero si siempre es bueno y aconsejable favorecer y proteger la familia legítima, índice de moralidad de costumbres, ello no justifica el abandono o minusvaloración de la filiación natural, no en cuanto a contenido, sino a posibilidades de determinación, hasta el punto de configurar su concreción como un derecho patrimonial de los padres, del que pueden usar a su libérrima voluntad, olvidando que también en la filiación natural se trata de un recién nacido, de una persona no culpable de su nacimiento. Bien se nos alcanza que la exteriorización de ésta no puede imponerse y que nuestro razonamiento afecta a la posibilidad del que el Código civil llama *reconocimiento forzoso*, por lo que al ocuparnos de él volveremos a insistir, pero no es desacertado tratar de ello en este momento en cuanto afecta a la maternidad, para resaltar que si su comprobación es igualmente posible en estos casos como en los de filiación legítima, no hay por qué tratarla de modo distinto (7).

Volviendo al sistema vigente en el Código civil, la única forma de determinar la filiación natural es el *reconocimiento*, del que se admite tanto el espontáneo de los padres o *voluntario*, como el impuesto por decisión judicial o *forzoso*.

1') *Reconocimiento voluntario.*

a'') Puede ser hecho conjuntamente por el padre y la madre, o separadamente, e incluso por uno sólo de ellos (artículo 129 del Código civil).

Acto voluntario, es indiferente que se limite a la manifestación de la maternidad o paternidad biológica o se extienda a aceptar sus consecuencias legales, pues al ser acto expreso y concreto, las consecuencias se funden por imperativo legal, y de ahí que se le haya catalogado como acto jurídico en sentido estricto, no negocio jurídico, ya que los

(7) En el citado estudio de la Comisión de Derechos Humanos, entre las "conclusiones y propuestas relativas a la determinación de la filiación", materia del capítulo IX, se dice en el párrafo 183: "El sólo hecho de que una mujer ha dado a luz un hijo debe traducirse en el reconocimiento "de jure" del parentesco materno. Así ocurre en muchos países, donde el nacimiento automáticamente determina la filiación del hijo en relación con la madre. Por ser particularmente beneficiosa para las personas nacidas fuera de matrimonio, parece pertinente proponer que este principio figure en las leyes de todos los países.

efectos que produce no emanan de la voluntad del que reconoce, sino de la Ley (8).

b") En cuanto a la capacidad para efectuar el reconocimiento nada dice el Código civil, pero en sentir de PÉREZ Y GARCÍA-MARGALLO (9) será preciso que quien lo haga haya alcanzado la pubertad en la época de la concepción del hijo —posibilidad fisiológica— y que en el momento de hacer el reconocimiento tenga suficiente discernimiento —capacidad psíquica— para que su manifestación de voluntad pueda ser operante. Por nuestra parte, añadimos que habrá de tener la capacidad exigida para el acto empleado como forma, si alguna especial requiere la Ley.

En cuanto a la capacidad de los menores de edad, las opiniones de la doctrina son:

1') Dependerá del medio que se emplee para el reconocimiento, estimando que la posee cuando lo haga en testamento o acta de matrimonio, pero no en otro caso (10).

2') El menor de edad tiene capacidad para el reconocimiento, cualquiera que sea la forma que se emplee, a partir de las edades que marcan la aptitud fisiológica para la generación, y sobre todo, a la edad de catorce años que señala para ambos sexos la capacidad para testar y con ella el medio de cumplir obligaciones derivadas del vínculo paterno-filial (11).

3') Que desde que el menor tiene la capacidad fisiológica o pubertad para casarse, puede reconocer (12).

En cuanto a la mujer casada, la opinión predominante es favorable a la posibilidad de que reconozca a los hijos naturales habidos de soltera, sin necesidad de licencia marital (13).

c") Si el reconocimiento se hace por uno solo de los padres, es necesario que quien lo realice tenga aptitud legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción (artículo 130 del Código civil) y se le impone la prohibición de revelar el nombre de la persona con quien hubiere tenido el hijo, así como expresar ninguna circunstancia por donde pueda ser reconocida (artículo 130, párrafo 2.º, del Código civil). Perflando esta prohibición:

1") Se acentúa su carácter riguroso en el párrafo 3.º del propio artículo disponiendo:

“Los funcionarios públicos no autorizarán documento alguno en que se falte a este precepto. Si a pesar de esta prohibición lo hicieren,

(8) ALBADALEJO, cit. por PÉREZ Y GARCÍA-MARGALLO en el trab. de nota (1).

(9) PÉREZ Y GARCÍA-MARGALLO, loc. cit.

(10) MANRESA, ob. cit., pág. 621; DE BUEN: Notas a COLÍN y CAPITANT: *Curso elemental de Derecho civil*, tomo I, Madrid, 1941, pág. 631.

(11) PÉREZ GONZÁLEZ, notas a ENNECERUS: *Tratado de Derecho civil*, tomo IV, volumen 2.º, Barcelona, 1952, pág. 214; CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, Madrid, 1942, pág. 18.

(12) ROYO y ALBADALEJO, cit. por PÉREZ Y GARCÍA-MARGALLO, loc. cit., de quien es la ordenación de opiniones doctrinales que se ha seguido.

(13) PÉREZ GONZÁLEZ, ob. cit., pág. 215.

incurrirán en una multa de 125 a 500 pesetas, y además se tacharán de oficio las palabras que contengan aquella revelación.”

2”) Se limita el rigor de la prohibición cuando puede entorpecer el reconocimiento; según declaran las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1893 y 15 de octubre de 1960, “la prohibición de revelar el nombre del padre o madre que no concurriera al reconocimiento de un hijo natural, hecho separadamente por cualquiera de los dos, se refiere sólo a dicho acto, y no impide que ese nombre se revele en cualquier otro caso de los permitidos por la Ley, porque esto pugnaría con el ejercicio de las acciones que éste otorga al mismo hijo reconocido por uno solo de los padres para serlo también por el que no concurrió al reconocimiento y a cualquier tercero perjudicado por este acto, para impugnarlo”.

d”) El reconocimiento deberá hacerse en acta de nacimiento, en testamento o en otro documento público (artículo 131 del Código civil), debiendo destacar que el reconocimiento hecho en testamento produce sus efectos desde su otorgamiento, a no haberse pactado otra cosa, y, por tanto, procede anotararlo en el Registro con presentación del testamento, sin necesidad de aprobación judicial (resolución de la Dirección General de los Registros de 21 de enero de 1899), ni de acreditar el fallecimiento del testador (Real Orden de 5 de mayo de 1917), sin otra exigencia que el testimonio en relación del expresado documento (Orden de 12 de agosto de 1919).

e”) Como requisitos complementarios para la validez y efectividad del reconocimiento, previene el artículo 133 del Código civil: “El hijo mayor de edad no podrá ser reconocido sin su consentimiento.”

“Cuando el reconocimiento del menor no tenga lugar en acta de nacimiento o en testamento, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal.”

Nada dice el Código civil sobre el procedimiento que habrá de seguirse para obtener la aprobación judicial, ni las circunstancias que habrán de considerarse para otorgarla o negarla.

1”) Teniendo en cuenta que en tal procedimiento no se suscita contienda y sólo se establece una fiscalización por razones de índole social y proteccionista, es evidente que concurren en la materia las circunstancias que según el artículo 1.811 de la Ley de enjuiciamiento civil definen la que es propia de la jurisdicción voluntaria, por lo que será aplicable el cauce procesal prevenido para ella, utilizando las reglas generales de los artículos 1.812 a 1.824 de la Ley de enjuiciamiento civil, y las especiales sobre expedientes de adopción (artículos 1.825 a 1.832 de la misma Ley), en cuanto resulten adecuadas, por estar establecidos éstos para conceder una autorización y aprobación con efectos similares.

2”) Al estar establecida la intervención judicial para suplir la falta de discernimiento del menor a quien se quiere reconocer, y siendo además los Tribunales de justicia los órganos de control de la legalidad, es incuestionable que su actuación probatoria ha de tener una doble vertiente:

a''') Para apreciar la conveniencia y utilidad que el reconocimiento comporta para el menor; manifestación de función tuitiva.

b''') Para estimar si se cumplen los requisitos legales de fondo y forma establecidos para el reconocimiento; función de control de la legalidad.

2') *Reconocimiento forzoso.*

Aunque con restricciones, se admite en nuestro Código civil la posible determinación forzosa de la paternidad, llamando la atención, no ya la limitación de los medios de investigación, sino la concepción misma del acto impositivo de la paternidad.

Enlazamos en este punto con el razonamiento que antes dejamos planteado en relación con la concepción que el Código civil tiene del reconocimiento, no como acto voluntario de aceptación del hecho biológico de la paternidad, sino como manifestación de la voluntad de asumir las obligaciones consiguientes a aquélla, dando nacimiento al *status* de hijo natural. Como allí indicábamos, la solución adoptada no es incomprensible cuando se trata de reconocimiento voluntario, pues ambas finalidades se confunden en él, pero ya ofrece más problema en su referencia al reconocimiento forzoso, pues si la esencia de éste es la imposición, por declaración judicial, de una paternidad, ya no se explica la exigencia de que no baste con la admisión de la paternidad biológica en los medios probatorios utilizados, contradiciendo lo que es fundamental a la misma, ya que la filiación nace del hecho de la generación, y a este hecho, según las circunstancias en que haya tenido lugar, fundamentalmente el estado de los padres, se conectan las consecuencias jurídicas que correspondan, quiéranlas o no los padres, puesto que son efectos de su actuación al generar y no de su voluntad posterior. Como decíamos, esta solución no es violenta en un reconocimiento forzoso, cuya misma denominación alude a impuesto, obligado, esto es, que se declara coactivamente, una vez que con las pruebas empleadas se acredite la existencia del hecho físico.

La jurisprudencia patria sobre el particular ha sido evolutiva en el sentido que propugnamos, y así inicialmente se mantuvo fiel a la tendencia de que el reconocimiento era siempre, aun paradójicamente en los supuestos de investigación, acto voluntario, exigiendo que de las pruebas a que la Ley permitía acudir resultara no sólo la admisión de la paternidad biológica, sino también la aceptación voluntaria de la misma, y así ha manifestado el Tribunal Supremo que, inspirado el Código civil en criterio adverso a la investigación de la paternidad, responde a él en sus preceptos con un rigor tan absoluto y acusado que no sólo excluye la posibilidad legal de lo propiamente inquisitivo, sino que llega hasta impedir que los Tribunales declaren la filiación natural, aunque aparezca con la plenitud acreditada, *siempre que no se demuestre el reconocimiento voluntario de su paternidad por el presunto padre, manifestada por éste, ya de manera expresa, ya con hechos del mismo significativo de su voluntad, que por nadie puede ser*

suplida (sentencias de 25 de junio de 1946 y 26 de abril de 1951); el Código no establece los derechos de los hijos naturales, con relación al padre, sobre la base de la investigación y prueba de la paternidad, sino sobre la base del reconocimiento, ya expreso, ya derivado de la posesión continua de estado, a diferencia de lo que acontece respecto de la madre (sentencias de 31 de diciembre de 1902, 12 de octubre de 1907, 9 de mayo de 1921, 19 de enero de 1927 y 25 de junio de 1946), y *no cabe fundar dichos derechos en presunciones, ni bastan actos que revelen tan sólo el convencimiento de la paternidad* (sentencia de 2 de marzo de 1929), *pues es en la constancia cierta de haber el padre exteriorizado su voluntad, de tener como suyo al hijo natural*, de alguna de las maneras que establece en sus dos primeros números el artículo 135 del Código civil, *en lo que se basa el reconocimiento legal que el mismo impone* (sentencia de 25 de junio de 1946).

Refiriéndonos a la interpretación del concepto escrito indubitado, se ha declarado que ha de ser hecho con el deliberado propósito o finalidad directa de tener por hijo al reconocido (sentencias de 3 de julio de 1941, 8 de febrero de 1943 y 22 de enero de 1948); debe revelar una voluntad expresa, indubitada y deliberada de reconocer (sentencias de 23 de junio de 1922, 7 de abril de 1924, 17 de junio de 1927 y 16 de enero y 12 de marzo de 1928).

Se inicia la evolución hacia el espíritu abierto en la sentencia de 25 de mayo de 1945, continuándolo después las de 24 de mayo de 1956, 16 de mayo de 1963 y 24 de febrero de 1966. La de 16 de mayo de 1963, que resalta la evolución y resume sus manifestaciones anteriores, dice así:

“Que el artículo 135 del Código civil, en su número 1.º, dispone de manera clara y precisa que el padre está obligado a reconocer al hijo natural cuando exista escrito suyo indubitado, y aunque cierto es que el citado precepto venía siendo aplicado con un criterio rigurosamente restrictivo, que no respondía al texto legal, criterio razonablemente rechazado por la sentencia de esta Sala de 25 de mayo de 1945, también es verdad que este Tribunal, a partir de la sentencia de 3 de julio de 1941 viene sustentando la interpretación declarativa que de los propios términos del precepto legal emana; y así, en la sentencia de 2 de marzo de 1955 se destaca la discrepancia existente entre el número 1.º del artículo 135 del Código civil y la Base 5.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, pues lo que exige el número 1.º del artículo mencionado para que pueda tener lugar el reconocimiento forzoso de los hijos naturales, con una cierta alteración de dicha Base, es que el padre expresamente reconozca la paternidad, pero, no como aquélla decía, que en el escrito conste su voluntad indubitada de reconocer por suyo al hijo, deliberadamente expresada con dicho fin; así como en la sentencia de 24 de mayo de 1956 se hace notar el visible propósito del Código de atenuar el principio rigurosamente prohibitivo que había pretendido instaurar el Proyecto de 1851, y en el mismo criterio está, evidentemente, inspirada la sentencia de esta

Sala de 29 de noviembre de 1958 (en la que se citan las de 25 de junio de 1946 y 22 de enero de 1948) en cuanto recoge como doctrina reiterada que para que el padre venga obligado a reconocer al hijo natural se precisa que, en escrito indubitado, exteriorice su voluntad de tenerle como tal hijo propio, aun cuando no llegue a expresar su decidido propósito de reconocerlo legalmente, si bien sean inoperantes a dichos efectos todas aquellas otras manifestaciones "que se limiten" a revelar un afecto o una protección al supuesto hijo, o las que solamente indiquen un conocimiento del estado de gestación de la madre y el propósito de sufragar los gastos derivados de tal estado, y consecuente alumbramiento (que es, precisamente, el supuesto contemplado en dicha sentencia); de todo lo cual se infiere que es el número 1.º del artículo 135 del Código civil el precepto que obliga al juzgador y que debe ser aplicado por los Tribunales, sin recoger aquella exigencia de la Ley de Bases y que del repetido artículo del Código civil se desprende con claridad que aquellos documentos indubitados en que el padre expresamente reconozca su paternidad, son los que están comprendidos en la norma legal aunque no hayan sido escritos con el deliberado propósito de reconocer legalmente, o tal propósito no se acreditara."

La sentencia de 24 de febrero de 1955 abunda en el mismo criterio y consolida la nueva tendencia, diciendo:

"Conforme al número 2.º del artículo 135 del Código civil, puesto en relación con el primer párrafo del mismo precepto legal, la obligación de reconocimiento existe cuando el hijo se halla en posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia, teniendo el citado artículo del Código su antecedente histórico en la Ley 12 de Toro, en cuanto concede eficacia al reconocimiento no formal y solemne de la paternidad natural al permitir que sea ponderada y constatada por los Tribunales, siendo de señalar que si bien el mencionado precepto venía aplicándose anteriormente con un criterio riguroso y restrictivo, tanto en el caso de escrito indubitado como en el de posesión de estado, la doctrina jurisprudencial, acompañada de la científica, ha evolucionado, y, a partir de las sentencias de esta Sala de 25 de mayo y 3 de julio de 1945, viene propugnando la interpretación declarativa del mencionado precepto, siendo de citar a tal respecto las sentencias de 24 de mayo de 1956 (segunda sentencia) y 16 de mayo de 1963, cambio de directriz, inspirado en una humana y racional reacción contra la interpretación dada a las llamadas en otros tiempos "disposiciones odiosas" y en una más generosa concepción de los deberes de la paternidad en favor de los hijos, según las ideas sociales imperantes."

Como resumen de esta evolución de la doctrina jurisprudencial, puede decirse que en materia de reconocimiento forzoso de la filiación natural, los principios inspiradores del sistema nacional son:

1.º Exclusión legal de la posibilidad de lo propiamente inquisitivo (sentencias de 25 de abril de 1946 y 26 de abril de 1951).

2.º El Código patrio, dictado en una época en que todavía gozaba de gran predicamento la corriente de extremado rigor que había iniciado, con respecto a la filiación ilegítima, el Código napoleónico, representa una visible reacción contra esa corriente, pues lejos de rechazar en absoluto la llamada —con poca fortuna— investigación de la paternidad, se atiende al imperativo expreso y terminante de la Base 5.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, admitiéndola en determinados casos, especialmente importantes cuando de los llamados hijos naturales se trata, siendo muy visible en el Código el propósito, indudablemente logrado, de atenuar el principio rigurosamente prohibitivo que había pretendido instaurar el artículo 127 de nuestro Proyecto de 1851, a la vez que el designio de mejorar la posición jurídica de la prole ilegítima, reconociéndosele mayores y más claras ventajas familiares y patrimoniales que las que le otorgaba la antigua legislación española (sentencia de 25 de mayo de 1945).

a") *Supuestos en que procede.*

Vienen estrictamente determinados en los artículos 135 y 136 del Código civil, a tenor de los cuales:

"El padre está obligado a reconocer al hijo natural en los casos siguientes:

1.º Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad.

2.º Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre demandado, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

En los casos de violación, estupro o rapto, se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole."

"La madre estará obligada a reconocer al hijo natural:

1.º Cuando el hijo se halle, respecto de la madre, en cualquiera de los casos expresados en el artículo anterior.

2.º Cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo."

1") *Escrito indubitado.*

Reiterada jurisprudencia ha ido precisando el concepto de escrito indubitado y sus requisitos, del modo siguiente:

a") El escrito indubitado ha de hallarse extendido de puño y letra del padre (sentencias de 13 de febrero de 1907, 25 de febrero de 1914, 23 de junio de 1923, 8 de junio de 1929 y 30 de junio de 1958), sin que baste la mera firma de éste suscribiendo un documento extendido por otra persona (sentencias de 23 de junio de 1923 y 8 de junio de 1929), por lo que no puede reputarse documento indubitado una carta escrita a máquina (sentencias de 27 de febrero de 1923, 7 de diciembre de 1927 y 7 de noviembre de 1961).

Ahora bien, no sólo merece la calificación de indubitado el escrito

de una persona que confiesa ser suyo, sino también aquel de que resulta autor de una manera cierta por los medios de prueba establecidos por la Ley, entre ellos la prueba pericial y el cotejo de letras (sentencia de 30 de diciembre de 1907).

b'') Es contrario a toda regla de lógica que pueda ser reconocido un hijo natural por medio de escrito hecho antes de su concepción (sentencia de 19 de diciembre de 1902).

c'') Para ser válido el reconocimiento de un hijo natural y fuente de derechos y obligaciones, precisa que no se encuentre viciado el consentimiento del que lo manifiesta, y estimada por la Sala sentenciadora la existencia de intimidación y violencia, aun reuniendo el documento los requisitos externos exigidos por el artículo 135 y la jurisprudencia, la falta de libre y espontánea voluntad que dichos vicios implican anula los efectos que en otro caso habría que atribuir al reconocimiento (sentencia de 26 de octubre de 1927).

Un documento suscrito por quien se encuentra recluido en el manicomio es ineficaz, a los efectos de este número, si el juzgador declara que el enfermo continúa en situación de incapacidad (sentencia de 11 de octubre de 1929).

d'') El escrito ha de acompañarse a la demanda para la debida justificación de su autenticidad y del reconocimiento expreso inexcusable, sin que tal medio probatorio pueda ser sustituido por ningún otro (sentencia de 27 de octubre de 1931).

2'') *Posesión de estado.*

También la jurisprudencia ha interpretado este concepto, determinándolo, así como sus requisitos, en la forma siguiente:

a'') Consiste la posesión de estado en el concepto público en que es tenido un hijo en relación a su padre natural (sentencia de 26 de abril de 1951), cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo, sin que sea preciso que tales actos se hagan tan ostentosamente como si se tratara de un hijo legítimo, habida cuenta de las ideas y consideraciones que pueden existir en las relaciones sociales (sentencias de 26 de junio de 1903 y 24 de marzo de 1927).

Integran el concepto de la posesión de estado del hijo natural, como elementos esenciales, el disfrute por parte del hijo de los derechos y prerrogativas de orden afectivo, ético, jurídico y social inherentes a la filiación, y el ejercicio por parte del padre de la autoridad y funciones propias de la paternidad, y así aquel disfrute como este ejercicio, de la manera permanente, indubitada y pública que son características esenciales de toda posesión de estado (sentencia de 24 de enero de 1920).

Los elementos que integran la posesión de estado pueden resumirse, según la doctrina clásica, en los conceptos de *nomen*, *tractatus*, *fama* o *reputatio*, si bien los dos últimos son los que tienen en el

orden probatorio especial importancia y relieve, ya que equivalen a los requisitos de continuidad y publicidad, pero en cuanto al último (*fama* o *reputatio*) debe admitirse que, de acuerdo con la doctrina científica, no cabe exigir que los actos demostrativos de la paternidad natural sean tan ostentosos como en los propios de la familia legítima, ya que en ésta los cónyuges nada tienen que esconder u ocultar en las relaciones paterno-filiales, pero, en cambio, es normal y corriente que el padre natural no suela alardear de su paternidad, y en lo que atañe al *nomen*, es lógico se prescinda del apellido (sentencia de 24 de febrero de 1966).

b'') La posesión de estado ha de derivarse de un conjunto o serie de actos reiterados (sentencias de 2 de marzo de 1929, 26 de abril de 1951 y 24 de febrero de 1966), que demuestren con evidencia la voluntad del padre (sentencia de 7 de noviembre de 1896), no bastando con la opinión pública, sino se concreta que los actos en que se funda proceden del padre (sentencia de 19 de enero de 1931).

c'') La posesión de estado debe revelarse por artes que, saliendo de la espesa intimidad que representan unas cartas particulares, impliquen un reconocimiento (sentencia de 16 de enero de 1928).

d'') Sólo puede dimanar de los actos realizados por los padres o por uno de ellos, pero en ningún caso de los que haya podido realizar alguno de sus parientes (sentencia de 17 de junio de 1905); es decir, ha de iniciarse por actos personales y directos del presunto padre, sin que cuando ellos falten tengan los de sus parientes, por allegados que sean, eficacia bastante por sí solos (sentencias de 25 de junio de 1946 y 29 de noviembre de 1958).

e'') La expresión empleada en el texto legal, reveladora de una persistencia y permanencia en la posesión, da a entender al intérprete que para afirmar ésta no han de bastarle actos aislados de dudoso alcance, y por eso mismo insuficientes para revelar *ad extra* la relación de parentesco entre el individuo y la familia a que pretende pertenecer (sentencia de 27 de diciembre de 1944). La continuidad de la posesión a tanto equivale como a ser persistente, constante y permanente (sentencia de 28 de febrero de 1961).

3'') *Condena penal.*

La norma aplicable, por expresa remisión del artículo 135 del Código civil, es el número 2.º del artículo 444 del Código penal, dispositivo de que "los reos de violación, estupro o raptó serán también condenados por vía de indemnización:.... 2.º A reconocer la prole, si la Ley civil no lo impidiere".

a'') Es el único supuesto en que de una manera objetiva se atribuyen los efectos de la filiación a la simple demostración de la paternidad biológica, pues la remisión que el precepto penal hace a la Ley civil no puede referirse a que concurran los supuestos que civilmente permiten el reconocimiento forzoso, sino a que este reconocimiento pueda declararse por el estado del padre.

b'') Precisando los efectos del reconocimiento que así proceda, ha declarado la jurisprudencia:

1'') Las sentencias que se dictan en los juicios criminales, en tanto pueden tener trascendencia para el reconocimiento de una filiación, en cuanto éste se impone por consecuencia de un fallo condenatorio, como complemento de la respectiva sanción penal aplicable (sentencia de 9 de abril de 1908).

2'') La acción que puede derivarse de tales hechos delictivos ha de ejercitarse conforme a lo dispuesto en el Código penal (sentencia de 16 de enero de 1932).

3'') No obstante, el artículo 135 del Código civil no exige la previa condena a las penas que señala el Código penal, ni que sea la jurisdicción criminal la que tenga que dar previamente su fallo, puesto que la acción civil puede ejercitarse separadamente y con independencia de la penal, para la reparación del daño que el acto delictivo pudiese haber originado, si bien cuando ha precedido la sentencia absolutoria en el proceso criminal, ésta no puede menos de ser una valla infranqueable para conceder derechos civiles (sentencia de 25 de febrero de 1928).

b'') *Ejercicio de la acción.*

1'') *Trámite adecuado.*

No se prevé ninguno especial, por lo que deberá utilizarse el general que corresponda, que será el juicio declarativo de mayor cuantía, por ser el que determina el número 3.º del artículo 483 de la Ley de enjuiciamiento civil para las cuestiones de filiación.

2'') *Legitimación.*

El derecho a reclamar la filiación natural corresponde primordialmente y de modo fundamental, al hijo, que es el originariamente legitimado para el ejercicio de la acción.

La madre, en representación de su hijo natural, puede también ejercitar la acción para el reconocimiento de éste en el período de tiempo comprendido entre la muerte del padre y la mayor edad del hijo (sentencias de 23 de junio de 1902 y 26 de marzo de 1904).

Del mismo modo, los abuelos naturales tienen, ocurrido el fallecimiento de un hijo, acción eficaz para pedir el reconocimiento de su nieto, pues, a pesar del silencio del artículo 137, su texto no se opone a la transmisibilidad de la acción de filiación a los supervivientes (sentencia de 24 de febrero de 1917).

También se ha estimado la legitimación de un pariente del menor y del Ministerio fiscal, en representación de dicho menor, por no tener nombrado consejo de familia ni tutor (sentencia de 29 de diciembre de 1916).

3'') *Plazo de ejercicio.*

Con la aclaración que resulta de la sentencia de 23 de junio de 1961, de que los plazos que establece son de caducidad, con la con-

secuencia de poder ser apreciados de oficio por los Tribunales, el artículo 137 del Código civil dispone:

“Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales sólo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes:

1.º Si el padre o la madre hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los primeros cuatro años de su mayoría de edad.

2.º Si después de la muerte del padre o de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiere tenido noticia, en el que reconozca expresamente al hijo.

En este caso, la acción deberá deducirse dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento”.

c') *Derechos de los hijos naturales.*

Según previene el artículo 134 del Código civil: “El hijo natural reconocido tiene derecho:

1.º A llevar el apellido del que le reconoce.

2.º A percibir alimentos del mismo, conforme al artículo 143.

3.º A percibir, en su caso, la porción hereditaria que se determina en este Código”.

d') *Impugnación del reconocimiento.*

1') El reconocimiento voluntario o extrajudicial (sentencia de 10 de enero de 1945) puede impugnarse, a tenor del artículo 138 del Código civil, por no reunir el hijo las condiciones del párrafo 2.º del artículo 119, o por haberse faltado a las prescripciones legales.

2') Corresponde la acción impugnatoria a las personas a quienes perjudique (artículo 138 del Código civil), más como tal acción no es pública, carecen de ella quienes no acrediten hallarse comprendidos en el supuesto legal (sentencias de 28 de abril de 1915, 10 de febrero de 1942 y 15 de octubre de 1960), y entre ellos, los parientes del testador en quienes no concurra la condición de herederos forzosos del mismo (sentencias de 24 de diciembre de 1913 y 15 de octubre de 1960).

3') La acción de impugnación, como personal que es, dura quince años (sentencias de 18 de enero de 1929, 11 de diciembre de 1943 y 15 de octubre de 1960).

El menor podrá en todo caso impugnar el reconocimiento dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad (artículo 133, párrafo 3.º del Código civil).

4') El reconocimiento forzoso, impuesto por sentencia de los Tribunales, puede impugnarse por las causas del artículo 1.252 del Código civil (sentencia de 10 de enero de 1945).

2) *Hijos ilegítimos no naturales.*

Los hijos nacidos fuera de matrimonio en quienes no concurra la condición de naturales, son llamados por el Código civil hijos ilegí-

timos, sin acudir, como en otras legislaciones, a establecer subdivisiones en razón de las circunstancias de los padres.

a') El Código civil se limita en cuanto a estos hijos a reconocerles un derecho a exigir de sus padres alimentos conforme al artículo 143 (artículo 139 del Código civil), pero no señala ningún medio de concretar la paternidad.

b') Fiel a su sistema de no considerar más filiación que la nacida de matrimonio o de padres que al concebir al hijo podían contraerlo, desconoce simplemente la modalidad que examinamos, pues aunque les concede el referido derecho a alimentos es como simple obligación legal, no muy distinta de la que media entre el obligado a indemnizar las consecuencias de un acto dañoso y la víctima (14), sin crear vínculo alguno entre padres e hijo, con la absurda consecuencia de que aplicado el sistema en su literalidad, no podrá apreciarse siquiera impedimento para el matrimonio (15).

c') Consecuencia de este criterio de absoluto desconocimiento, es no admitir, o no plantearse el problema de la posibilidad del reconocimiento voluntario de esta filiación, guardando un silencio absoluto, que el Tribunal Supremo ha interpretado como negativa de la posibilidad, diciendo en sentencia de 4 de febrero de 1960, que "en el tercero trae el recurrente a examen la, para él, indiscutible validez tanto del reconocimiento de hija natural como de su legitimación por subsiguiente matrimonio, y para ello sostiene la tesis del posible reconocimiento de los demás hijos ilegítimos no comprendidos en la definición legal de naturales; pero, sea cualquiera la opinión que se sustente alrededor de esa tesis, en general inadmisibles, siempre resultará que tal reconocimiento jamás podrá tener la transcendencia jurídica que tiene el de los hijos naturales nacidos fuera de matrimonio de personas que al tiempo de ser engendrados podían contraer matrimonio con dispensa o sin ella, nunca aquéllos podrán escapar o sustraerse de las simples relaciones determinadas por los artículos 139 y siguientes del Código civil".

d') Paradójicamente, en cambio, admite una investigación de paternidad, ya que no otra cosa significa la posibilidad de determinar judicialmente el padre o madre, no como tal, sino como persona obligada a la prestación de alimentos, como se prevé en los artículos 140 y 141 del Código civil, cuando disponen:

"El derecho a los alimentos de que habla el artículo anterior, sólo podrá ejercitarse:

1.º Si la paternidad o maternidad se infiere de una sentencia firme, dictada en proceso criminal o civil.

2.º Si la paternidad o maternidad resulta de un documento indubitado del padre o de la madre, en que expresamente reconozca la filiación.

(14) PERÉ RALUY, ob. cit., pág. 15.

(15) PERÉ RALUY, ob. cit., pág. 15.

3.º Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo”.

“Fuera de los casos expresados en los números 1.º y 2.º del artículo anterior, no se admitirá en juicio demanda alguna que, directa ni indirectamente, tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de naturales”.

c) *Hijos legitimados.*

Nuestro Código civil establece esta categoría especial de hijos, y lo calificamos así, porque aun cuando con su denominación parece indicarse que se convierten en legítimos los hijos nacidos fuera de matrimonio, en quienes no concurran las circunstancias que atribuyen aquélla, realmente no es así más que en cuanto a uno de los tipos a que alude, y aún no plenamente.

1) *Clases.*

Se corresponden con los medios de legitimación que determina el artículo 120 del Código civil, según el cual:

“La legitimación tendrá lugar:

1.º Por el subsiguiente matrimonio de los padres.

2.º Por concesión Real”.

a') *Hijos legitimados por subsiguiente matrimonio.*

Es la más completa de las legitimaciones, no sólo por los derechos que legalmente se le vinculan, sino también por las circunstancias que han de concurrir en los padres, ya que éstos debían poder contraer matrimonio al tiempo de la concepción del hijo; es decir, que se afecta la condición de legitimidad a hijos extramatrimoniales cuando la unión se produzca *a posteriori*.

1') *Requisitos.*

Además del ya apuntado, se precisa que los hijos hayan sido reconocidos por los padres antes o después de celebrar el matrimonio (artículo 121 del Código civil), debiendo realizarse este reconocimiento con sujeción a sus normas específicas, y así, reconocido un hijo en el acta de nacimiento por la madre, y por el padre en escritura pública o en acta de matrimonio, para anotar marginalmente la legitimación ha de aprobarse el reconocimiento judicialmente (Real Orden de 25 de octubre de 1912 y resolución de 17 de abril de 1952).

2') *Efectos.*

a'') Los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutarán de los mismos derechos que los hijos legítimos (artículo 122 del Código civil), sin limitarse a determinado orden de ellos, como los de sucesión, sino que tiene carácter general y para todos los efectos civiles, y su

doctrina es igualmente aplicable al caso en que sean llamados directamente a la sucesión los legítimos, que al en que sean puestos en condición o se haga depender la caducidad del fideicomiso de la existencia de estos hijos, mientras no sean expresa y terminantemente excluidos los legitimados por subsiguiente matrimonio, según ya se declaró en sentencia de 11 de junio de 1885 (sentencia de 9 de octubre de 1906).

No obstante, tanto el Derecho clásico contenido en la Ley 1.^a, título XIII, Partida 4.^a, cuanto el Código, en su artículo 122, se refieren a los derechos que, en general, adquieren por legitimación por subsiguiente matrimonio los hijos nacidos fuera de él, pero no a los derechos vinculares o nobiliarios, que son de orden especial, caracterizados por la limpieza de sangre, y cuya sucesión se rige por la Real Cédula de concesión (sentencias de 19 de enero de 1924 y 20 de marzo y 20 de mayo de 1961).

b'') La legitimación por subsiguiente matrimonio se produce *ipso facto* y de pleno derecho respecto de los hijos naturales de ambos cónyuges y puede dársele toda su eficacia así que conste en debida forma el reconocimiento, sea éste anterior, simultáneo o posterior al matrimonio, y háyase o no hecho presente al celebrarse la unión matrimonial, la voluntad de legitimar (Real Orden de 21 de febrero de 1922).

Legalizada la unión de los progenitores, queda también *ipso facto* legalizado el nacimiento de los hijos, quiénes adquieren la condición de hijos legítimos, no sólo en la familia, sino fuera de ella (sentencia de 28 de noviembre de 1927).

c'') La legitimación surtirá efectos en todo caso desde la fecha del matrimonio (artículo 123 del Código civil), siendo improcedente la demanda que pretende sólo sean tenidos por legítimos desde la fecha de la sentencia que declaró haber quedado legitimados por el subsiguiente matrimonio (sentencia de 4 de marzo de 1901).

d'') La legitimación de los hijos que hubiesen fallecido antes de celebrarse el matrimonio aprovechará a sus descendientes (artículo 124 del Código civil).

b') *Hijos legitimados por Concesión Real.*

1') *Requisitos.*

Vienen establecidos por los artículos 125 y 126 del Código civil, que disponen:

“Para la legitimación por Concesión Real deberán concurrir los siguientes requisitos:

1.º Que no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio.

2.º Que se pida por los padres o por uno de éstos.

3.º Que el padre o madre que la pida no tenga hijos legítimos, ni legitimados por subsiguiente matrimonio, ni descendientes de ellos.

4.º Que si el que la pide es casado, obtenga el consentimiento del otro cónyuge”.

“También podrá obtener la legitimación por Concesión Real el hijo cuyo padre o madre, ya muertos, hayan manifestado en su testamento o en instrumento público, su voluntad de legitimarlo, con tal que concorra la condición establecida en el número 3.º del artículo anterior”.

2') *Derechos*

A tenor de lo dispuesto en el artículo 127 del Código civil:

“La legitimación por Concesión Real da derecho al legitimado:

1.º A llevar el apellido del padre o de la madre que la hubiere solicitado.

2.º A recibir alimentos de los mismos en la forma que determina el artículo 143.

3.º A la porción hereditaria que se establece en este Código”.

Como se advierte de la relación de los derechos que se conceden a los legitimados por Concesión Real, el hijo en quien concurre esta condición no es legítimo (sentencia de 21 de diciembre de 1892).

No dice nada el Código civil sobre el momento en que deben iniciarse los efectos, pero el problema viene resuelto por sentencia de 6 de junio de 1898 cuando dice que el hijo natural que fue legitimado por Concesión Real con posterioridad a la muerte de su padre no tiene derecho a reclamar la entrega de la herencia de éste, y la sentencia que limite el alcance y consecuencias de la legitimación al día en que la gracia se concede, aplica rectamente la Ley 4.ª, título XV, Partida 4.ª, y el principio legal según el que la sucesión de una persona se verifica al ocurrir su fallecimiento.

2) *Impugnación de la legitimación.*

Su posibilidad, legitimación y causas vienen determinadas en el artículo 128 del Código civil, disponiendo:

“La legitimación podrá ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos, cuando se otorgue a favor de los que no tengan la condición legal de hijos naturales o cuando no concurren los requisitos señalados en este capítulo”.

Aclarando la legitimación procesal, la sentencia de 24 de diciembre de 1913 razona que la facultad de impugnar la legitimación se confiere de modo claro y preciso a los que se crean perjudicados o realmente lo hayan sido en sus derechos, no asistiendo tal facultad a los parientes que no sean herederos forzosos del testador.

III. SISTEMA DE LA NUEVA LEGISLACIÓN DEL REGISTRO CIVIL

En buenos principios teóricos la legislación del Registro civil no tenía por qué modificar la normación sustantiva de la filiación, pues su finalidad propia hubiera sido reglamentar el valor probatorio del Registro, así como fijar las condiciones y requisitos precisos para

que los actos registrables tengan acceso al mismo, partiendo de la vigencia del sistema sustantivo.

Pero la realidad no ha sido ésta, y la Ley del Registro civil y su Reglamento, por una parte, y por otra la doctrina sentada por la Dirección General de los Registros, han introducido notables modificaciones al Código civil, lo que obliga a contrastar las reglamentaciones para resaltar los cambios que ésta ha introducido, los cuales, relacionados con lo ya expuesto, nos ofrecerá el sistema vigente en materia de filiación.

A) *Principios fundamentales.*

Para la constancia de la filiación, la legislación del Registro civil, rompiendo con muchos de los prejuicios que inspiraron al Código civil, y mostrando un punto de vista más realista, toma como base la filiación materna, que por derivarse de hechos objetivos e incontrovertibles no puede ofrecer discusión. Esta referencia a la madre no tiene más que un valor objetivo, sin prejuzgar por sí mismo ningún efecto jurídico, ni implicar calidad jurídica ninguna, que viene dada por hechos posteriores, ya que en el nuevo sistema registral el estado de filiación es la condición o cualidad que legalmente corresponde a una persona, independientemente del carácter con que conste en el Registro, y la inscripción de nacimiento constituye un título de estado de filiación, en alguno de sus aspectos, pero no en su totalidad, porque tal estado resulta, en determinados supuestos, de la integración de diversos datos registrales dispersos en distintos folios, cuya integración se realiza o puede realizarse al margen del Registro (16).

El papel que la mención de la filiación materna juega en el nuevo sistema registral lo explica PERÉ RALUY en los siguientes párrafos:

“En la legislación vigente se parte de una base distinta: la filiación materna consta en la inscripción de nacimiento, en tanto coincidan en su atribución la manifestación de ciencia del declarante y el parte del facultativo que haya asistido al alumbramiento, independientemente de la calidad de la filiación del nacido —aunque quede un tanto en la penumbra la cuestión de la maternidad ilegítima no natural— en tanto que la filiación constará tan sólo cuando quede legalmente determinada por las presunciones legales de paternidad legítima o cuando se produzca el reconocimiento” (17).

“A tenor del artículo 47 de la Ley, que, como se advierte, se expresa en términos de absoluta generalidad —el adverbio *siempre* es harto significativo— y sin exigir la concurrencia de ninguno de los presupuestos propios de la adquisición de filiación legítima, ni de los que son necesarios para el reconocimiento de la filiación natural, *la mención del nombre de la madre en la inscripción de nacimiento deriva, simplemente, del hecho físico del alumbramiento;*

(16) PERÉ RALUY, ob. cit., pág. 426.

(17) PERÉ RALUY, ob. cit., pág. 426.

en tanto el dato de filiación materna quede fijado por la prueba conjunta que supone la manifestación de la persona que formule la declaración de nacimiento y el parte facultativo o comprobación complementaria, dicho dato quedará fijado en la inscripción de nacimiento mientras no sea suprimido como consecuencia del desconocimiento realizado por la madre, o por algún otro medio legal. De ello se sigue que no es necesario, para que la filiación materna se refleje en la inscripción de nacimiento, acreditar que se trata de filiación legítima o natural, reconocible o reconocida, y que, aun en el supuesto de que de la declaración pudiera inferirse la condición adulterina del hijo, en la inscripción de nacimiento deberán constar las menciones de identidad de la madre si se acredita la maternidad en la forma prevista en el artículo 47 de la Ley. Claro está que el dato de identidad de la madre así desvinculado de todo dato acerca de la calidad de la filiación no supone sino una mera mención de identidad del hijo, una referencia al hecho físico de la relación entre madre e hijo, pero no implica, por sí solo, un lazo de estado civil materno-filial que sólo puede ir conectado a la filiación legítima o a la natural, y por ello no repercutirá de modo forzoso en el apellido del hijo, ya que sólo la filiación legítima o natural determina los apellidos —artículo 55 de la Ley en relación con los preceptos del Código civil que señalan los derechos de las diversas clases de hijos—. Debe notarse, finalmente, que el hecho de que en la inscripción de nacimiento figure el dato de filiación materna, sin referencia alguna al matrimonio de la madre, ni al reconocimiento, no supone que haya de presumirse la ilegitimidad no natural del inscrito, ya que la falta de las indicadas referencias no supone necesariamente que no exista el matrimonio o el reconocimiento, sino, simplemente, que no se ha acreditado ni uno ni otro a efectos de la inscripción”.

“La desvinculación que, en principio, existe entre el dato de filiación y la calidad de la filiación, no obsta a que ésta llegue a trascender al Registro —lo que ocurrirá en la generalidad de los casos— a través de la referencia al matrimonio de la madre o del reconocimiento de ésta (18).

B) *Filiación materna.*

a) *Forma de inscribir el nacimiento.*

1) La inscripción de nacimiento, dice el artículo 42 de la Ley del Registro civil, se practica en virtud de declaración de quien tenga conocimiento cierto del mismo, agregando el artículo 43 que están obligados a promover la inscripción por la declaración correspondiente:

- 1.º El padre.
- 2.º La madre.

(18) PERÉ RALUY, ob. cit., págs. 446 y 447.

3.º El pariente más próximo o, en su defecto, cualquier persona mayor de edad presente en el lugar del alumbramiento al tiempo de verificarse.

4.º El jefe del establecimiento o el cabeza de familia de la casa en que el nacimiento haya tenido lugar.

5.º Respecto a los recién nacidos, abandonados, la persona que los haya recogido.

2) El artículo 44 de la Ley prevé una nueva actuación básica a la inscripción de nacimiento, complementaria de la anterior, disponiendo que en todo caso, el médico, comadrona o ayudante técnico-sanitario que asista al nacimiento estará obligado a dar inmediato parte por escrito del mismo al Encargado del Registro, y que en defecto de este parte, dicho Encargado, antes de inscribir, deberá comprobar el hecho por medio del médico del Registro Civil o por cualquier otro procedimiento reglamentario.

Del artículo 167 del Reglamento del Registro civil se deriva el contenido del parte, integrado por los siguientes datos:

1.º El nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien lo suscribe.

2.º La fecha, hora y lugar del alumbramiento.

3.º El sexo del nacido.

4.º Las menciones de identidad de la madre, indicando si es conocida de ciencia propia o acreditada, y, en este supuesto, documentos oficiales examinados o menciones de identidad de personas que afirmen los datos, la cual con la madre firmará el parte, salvo si ésta no puede o se opone, circunstancias que también se harán constar.

El parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto, no se referirán a la madre contra su voluntad.

b) *Constancia de la filiación materna.*

El artículo 47 de la Ley del Registro civil previene que “en la inscripción de nacimiento constará la filiación materna siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria”.

1) Sólo puede omitirse esta indicación cuando al Encargado conste que la mujer no casada se opone a la referencia de su maternidad (artículo 181, párrafo 1 del Reglamento de Registro civil).

No aclara la norma reglamentaria como ha de obtener el Encargado la constancia de la voluntad contraria de la madre, pero a la vista del rango reglamentario del precepto que contiene la autorización, la función no investigadora del Encargado del Registro y las pruebas de que ha de resultar la filiación, no parece adecuado concluir que cualquier medio de conocimiento, incluso el meramente particular y privado, sea suficiente; por el contrario, estimamos que este conocimiento sólo podrá tenerlo en cuenta cuando provenga de acto

de parte, esto es, que sólo podrá omitir la constancia de la filiación materna cuando la madre haya manifestado su voluntad en este sentido, bien en el parte facultativo del nacimiento, bien en comunicación al Registro.

Como se observa, y no obstante el gran avance que en este particular ha supuesto, la legislación del Registro Civil no ha llegado a sus últimas consecuencias, pues la filiación materna, no ya como estado jurídico, sino como simple hecho, sigue siendo un acto disponible, siendo la voluntad de la madre la que determina su inclusión o no, en solución que estimamos no acorde con el origen y naturaleza del vínculo, pues, insistimos, la filiación nace de un acto biológico perfectamente acreditable, y en el nuevo sistema registral acreditado previamente a la inscripción del nacimiento por manifestación responsable de las personas que por razón profesional tuvieron que intervenir en él; por tanto, si el hecho del nacimiento y por ende el de la filiación biológica queda acreditado, no debe permitirse la oposición de la madre a su reflejo registral. Otra cosa podrán ser las consecuencias jurídicas que a tal hecho se conectan, pero de ello nos ocuparemos más adelante.

2) Fuera de los supuestos de expresa manifestación de voluntad de la madre contraria a la constancia de la filiación materna, el padre que promueve dentro de plazo la inscripción del nacimiento, en virtud de declaración, puede expresar, a efectos de hacer constar en el Registro la filiación materna, la persona con quien hubiere tenido el hijo (artículo 181, párrafo 2, del Reglamento del Registro civil).

Es el transcrito un extraño precepto, cuya legalidad no es clara, aunque sí que lo es, y buena, su intención. Ante todo debe observarse que es un precepto reglamentario, que contradice manifestamente una norma legal, que es la del párrafo 1 del artículo 132 del Código civil.

Lógicamente hay que suponer que cuando el padre formula declaración de nacimiento en la forma expresada es porque en ella reconoce su paternidad, realiza, pues, un acto de reconocimiento, y a este acto se refiere la prohibición de revelar que la norma civil impone. Bien es verdad que la revelación no tiene más efecto que el de identificación del nacido, pero aun con este efecto limitado lo contempla la norma civil.

Estimamos que es una norma tímida, a caballo entre dos sistemas, el restrictivo del Código civil, cuya normativa quebranta, y el liberal de la Ley del Registro civil, que, como hemos razonado, no llega a sus últimas consecuencias, de ahí que la calificamos de norma extraña, sin finalidad práctica, salvo la de proporcionar una identificación materna sin consecuencias jurídicas.

c) *Calificación jurídica de la filiación materna.*

La filiación materna consignada en la inscripción de nacimiento por virtud de las normas examinadas, es sólo una filiación-hecho, que por sí misma no determina filiación-estado jurídico, cuya evidencia requiere la concurrencia de otros elementos.

1) *Filiación legítima.*

Pesupuesta la filiación materna, la calificación de legítima dependerá de la existencia de matrimonio, para hacer jugar las presunciones establecidas por el Código civil, cuyas normas al respecto no han sido objeto de modificación.

2) *Filiación extramatrimonial.*

Se mantienen las dos condiciones de hijos naturales e hijos ilegítimos no naturales declaradas en el Código civil, con su misma denominación, concepto y consecuencias. El acto que determina el nacimiento de la filiación natural es el *reconocimiento*, cuya temática estudiaremos al hablar de la filiación paterna, por ser comunes sus problemas.

a') Exigida la constancia de la filiación (hecho) materna, sin trascendencia jurídica, no basta a los fines del sistema de filiación (estado jurídico), pues aquélla, aun existiendo en el Registro, no produce más efecto que el de un dato de identificación, del que no pueden extraerse consecuencias, lo que le hace ser más bien perturbador, por cuanto su constancia puede inducir a error. Por otra parte, la desvinculación de efectos jurídicos es natural, dada la forma de acceso, sin comprobación más que del hecho biológico, pero no de las condiciones de estado de los padres, base indispensable para calificar la filiación. Finalmente, no ha de perderse de vista que la filiación-estado natural continúa naciendo, por regla general, de un acto voluntario de la madre.

Por estas razones era natural que el legislador se preocupara de que este simple hecho, inocuo en principio, tuviera algún fin positivo, distinto del simple indicio identificador, y con dicho fin previene el artículo 47, párrafo 2.º, de la Ley del Registro civil, que no constando el matrimonio de la madre, ni el reconocimiento por ella de la filiación, el Encargado del Registro, sin demora, notificará el asiento personalmente a la interesada o a sus herederos, advirtiéndole expresamente (artículo 182 del Reglamento) que transcurridos quince días sin que formalice el desconocimiento ante el Encargado, la mención de filiación sólo podrá cancelarse en virtud de sentencia. Esta notificación ha de hacerse contar por inscripción marginal, con la indicación de su carácter personal, hora, fecha, lugar y destinatario.

b') Las posiciones que la madre notificada puede adoptar son una de las tres siguientes:

1') Reconocer al hijo legalmente, con lo cual, una vez acreditado por inscripción marginal, la mención de filiación materna subsiste, pero no ya como simple hecho, sino como auténtico estado.

2') Desconocer la filiación materna, por manifestación expresa, formalizada ante el Encargado del Registro, dentro de los quince días siguientes a la notificación antedicha; el desconocimiento se anotará al margen de la inscripción (artículo 47, párrafo 3, de la Ley).

El efecto de este desconocimiento es el de suprimir la mención de filiación materna, dejando expedita la vía del reconocimiento forzoso, a cuyo fin se notifica la supresión de la mención al inscrito o, si hubiere fallecido, a sus herederos, y, en su caso, si el representante legal del inscrito no fuere conocido, al Ministerio fiscal (artículo 47 de la Ley).

3) Guardar silencio, en cuyo caso la mención de identidad subsiste hasta que por sentencia se obtenga su cancelación (artículo 182 del Reglamento). Su efecto es el originario de simple mención de identidad, pero dada la circunstancia de haber sido conocida su existencia por la madre, sin impugnarla, representará una valiosa prueba, casi de reconocimiento tácito, para una futura investigación de maternidad.

C) *Filiación paterna.*

La norma para su determinación la formula el artículo 48 de la Ley diciendo: "La filiación paterna constará en la inscripción de nacimiento o a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento."

Aunque derivada de un hecho biológico, como la materna, como su acreditamiento no es tan fácil y objetivo como ésta, su determinación surge de la plenitud de los efectos jurídicos que se vinculan a ella, o sea, que no refleja el simple hecho, sino el auténtico estado.

a) *Filiación legítima.*

Continúa vigente el principio *pater is est quem nuptiae demonstrant*, reflejado en el artículo 183 del Reglamento del Registro civil al disponer que "cuando, por lo que resulte de la declaración o título de la inscripción, el hijo se presume legítimo conforme a lo dispuesto en el Código civil, en la inscripción de nacimiento y, en su defecto, por nota al margen, se hará referencia a la inscripción de matrimonio de los padres, y, si no fuesen conocidos todos los datos de la referencia, constará la fecha del matrimonio y, cuando menos, que éste tuvo lugar; en este supuesto constarán en la inscripción las menciones de identidad del padre".

1) Se contiene una innovación, que complementa la normativa civil, reflejada en el artículo 184 del Reglamento, al decir que "nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y faltando el consentimiento del marido, sólo constará en la inscripción como padre si se acredita por documento público, testamento, sentencia o expediente, que supo antes de casarse el embarazo de su mujer o que ha reconocido al hijo como suyo, expresa o tácitamente. En la inscripción se hará mención precisa del extremo acreditado".

Decimos que la norma registral es complementaria del precepto del artículo 110 del Código civil, que define supuestos de legitimidad por presunción, unida a actos de reconocimiento del padre; de éstos, sólo uno —el segundo— permitía inscribir inicialmente la filiación

paterna, por cuanto se producía simultáneamente a aquélla, pero los otros dos, por referirse a actos anteriores, sólo permitían una calificación *a posteriori*. El precepto registral facilita que también en estos supuestos se inscriba originariamente la filiación paterna, indicando los medios de justificar dichas circunstancias.

2) Son, por lo demás, rigurosamente aplicables las normas rectoras de la filiación legítima contenidas en el Código civil, entre ellas el artículo 109, siempre aplicado con su rigor en el ámbito registral (19) y estimado aplicable en la actualidad por los comentaristas de la nueva legislación (20). No obstante, la Dirección General de los Registros ha alterado este sistema en dos resoluciones, de 26 de abril de 1963 (21) y 19 de octubre de 1965 (22), en las que planteándose el problema de “si puede ordenarse la inscripción de la filiación legítima —y atribuirse, por tanto, al nacido un título sobre ese estado, de tanta eficacia como es la inscripción—, en expediente de esta naturaleza”, resuelve negativamente porque “supondría una actuación de oficio que quebranta profundamente el régimen a que habría de sujetarse la correspondiente reclamación de legitimidad de la filiación, tanto en cuanto a las personas a quienes compete la acción y condiciones en que puede ejercitarse, señaladas —unas y otras— en el capítulo II, título V del libro I del Código civil, como en cuanto a la naturaleza y tipo de la tramitación adecuada, la cual no puede ser otra que la del juicio ordinario de mayor cuantía, por imperativo de la Ley procesal”, agregando que “el artículo 314 del Reglamento del Registro civil no puede estimarse como norma legal bastante que justifique la decisión afirmativa, pues tal artículo debe interpretarse, como es obligado, en concordancia con las normas antes dichas de superior jerarquía; y, por tanto, en virtud de tal artículo no procede la inscripción de la filiación legítima mediante expediente, cuando por la situación de hecho en que el interesado se encuentra sería necesaria la correspondiente reclamación de la legitimidad en el procedimiento correspondiente”.

(19) Ha de hacerse constar en el acta la cualidad de legítimo, aunque la madre declare que no lo es por hallarse su marido ausente muchos años (resoluciones de 28 de octubre de 1915 y 28 de abril de 1952); en la inscripción de nacimiento del hijo de una mujer casada cuyo marido se halle en prisión desde años antes ha de hacerse constar la cualidad de legítimo, sin perjuicio de lo que puedan en su día resolver los Tribunales.

(20) PERÉ RALUY, *ob. cit.*, pág. 451, dice: “En cuanto a la posibilidad o, por mejor decir, la imposibilidad de enervar la presunción del artículo 108 del Código civil, recuérdese... que contra dicha presunción no puede prevalecer ni la repudiación que haga el padre ante el registrador de la paternidad que el referido precepto le atribuye, ni la declaración en contra de la madre, ni la condena de esta última por adulterio, ni la situación de ausencia de mero hecho del padre, en tanto que la presunción legal no se impugne en la única forma legalmente admitida”.

(21) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 595, de 5 de agosto de 1963.

(22) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 681, de 25 de noviembre de 1965 y *Boletín Oficial del Estado*, de 7 de diciembre de 1965.

La tesis mantenida en las citadas resoluciones no sería objetable, sino, antes al contrario, completamente ortodoxa, si el pronunciamiento hubiera recaído en una reclamación de legitimidad puramente, esto es, cuando inscrito el nacimiento oportunamente se pretendiera hacer constar una filiación legítima antes inexistente; entonces sería una pura reclamación de legitimidad, sometida en cuanto a fondo y forma a las normas comunes; ahora bien, en una petición de inscripción de nacimiento, la solución es inadecuada, en cuanto contraria a la Ley.

Comencemos, no obstante, por afirmar que la solución, en cuanto revela una preocupación para que la constancia registral sea reflejo fiel de la situación de hecho, nos parece plausible; es más, desearíamos que legalmente se arbitrara una fórmula semejante a la de la Ley 9, título XIV, Partida 3.^a, antes citada, que permitiera evitar el desfase que la presunción legal determina en su relación con la situación real, pero mientras se mantenga la norma civil expresada, el criterio que combatimos no puede mantenerse, pues lo que hace es alterar las normas establecidas con carácter primordial y general, obligando a una reclamación de legitimidad en supuestos que deben ser de impugnación, y, además, sin finalidad práctica alguna, pues si la filiación legítima la determina el juego combinado de la filiación materna, el matrimonio de los padres y las presunciones del Código civil, cualquiera que sea la situación que refleje en este sentido la inscripción de nacimiento, la combinación de aquellos elementos de determinación será la que proporcione la definición de la filiación legítima.

b) *Filiación natural.*

Respetuoso con el sistema, el acto determinador de la misma es el *reconocimiento*.

1) *Reconocimiento voluntario.*

Dispone el artículo 49 de la Ley del Registro civil que “el reconocimiento puede hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código civil o mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el Encargado del Registro, inscrita al margen y firmada por aquéllos. En este último supuesto deberá concurrir también el consentimiento o la aprobación judicial, según dispone dicho Código.”

a') Ampliando la especificación de medios aptos para el reconocimiento voluntario, sin alterar la normativa civil, el artículo 185 del Reglamento del Registro civil previene: “Son documentos públicos aptos para el reconocimiento, la escritura pública, el acta civil o canónica de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación.”

b') Como requisitos del reconocimiento se imponen:

1') De orden sustantivo, acreditar:

1.º Si es de padre y madre conjuntamente, que al tiempo de la concepción pudieron casarse con dispensa o sin ella.

2.º Si es por uno solo, que en tal tiempo tenía capacidad legal para contraer matrimonio.

Para acreditar estos extremos basta la declaración del padre o padres, bajo su responsabilidad y con las formalidades del reconocimiento, en el mismo acto o en otro ulterior; la afirmación contenida en la correspondiente aprobación judicial o la comprobación, sin edictos o proclamas, en expediente gubernativo (artículo 187 del Reglamento del Registro Civil). Su constancia es tan esencial que la Dirección General de los Registros, en resolución de 27 de diciembre de 1965 (23), ha sentado la doctrina de que “para inscribir el reconocimiento en virtud sólo del testimonio (notarial de un testamento) será necesario que por él constara que el testador, hoy recurrente, bajo su responsabilidad, había declarado en el testamento tener capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción del reconocido; y como tal declaración tiene por finalidad acreditar, a efectos de la inscripción y sin necesidad de acudir a otros medios de prueba, que el hijo es natural, no caben en ella términos oscuros o por lo menos ambiguos, como los utilizados en este caso, pues en cuanto quepa entender que la declaración tenía otro sentido, lógicamente deja de ser el medio probatorio legalmente bastante por sí sólo para entender acreditado, a efectos de la inscripción, el carácter natural de la filiación”.

2) De orden formal, que se acredite el consentimiento del hijo o la aprobación judicial exigida (artículo 186 del Reglamento).

a”) No se requiere esta aprobación para el reconocimiento en testamento o en la inscripción de nacimiento, ni tampoco para el efectuado dentro del plazo fijado para practicar, en virtud de declaración, esta inscripción, aun cuando ya se hubiese extendido, notificándose en estos casos el asiento de reconocimiento del menor de edad, conforme a las reglas establecidas para el del desconocimiento de filiación (artículo 186 del Reglamento).

b”) Fuera de estos casos, la aprobación judicial es inexcusable, afirmándose en el citado artículo 186 del Reglamento del Registro civil que “si falta la aprobación judicial, el Encargado del Registro remitirá el documento público, con la solicitud correspondiente, al juez competente para concederla”.

c’) La forma en que se regula la obtención de la preceptiva aprobación judicial del reconocimiento de menores, suscita algunos comentarios, que brevemente expondremos:

La aprobación del reconocimiento es actuación típicamente judicial, ajena a la actividad registral (24), por lo que su falta debía determi-

(23) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 688, de 5 de febrer de 1966.

(24) Las resoluciones de 19 de octubre de 1963 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 681, de 25 de noviembre de 1965 y *Boletín Oficial del Estado*, de 7 de diciembre de 1965) y 17 de mayo de 1965 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 664, de 5 de junio de 1965) así lo afirman, agregando que sobre ella no corresponde entender a la Dirección General de los Registros, por ser de la competencia exclusiva de los órganos judiciales.

nar la imposibilidad de inscribir el reconocimiento, y acaso, una información sobre el trámite adecuado para obtenerlo, pero nunca sustituir la actividad de los particulares por la del propio órgano registral, cual se prevé, ordenándole remitir al juez competente la pertinente actuación, alterando las normas procesales ordinarias para la actuación judicial civil que requiere siempre actividad personal del interesado.

2) *Reconocimiento forzoso.*

Se mantiene en lo esencial el sistema del Código civil, con la única modificación de que la declaración de filiación natural puede hacerse en expediente gubernativo.

a') *Critica del sistema.*

1') Esta nueva forma de tramitación se acoge en la nueva Ley del Registro civil, según su exposición de motivos, con el designio de "obviar las dificultades que en supuestos frecuentísimos suscitaba el llamado reconocimiento forzoso" (resolución de 6 de julio de 1966) (25).

Se ha justificado la innovación diciendo: "La necesidad de facilitar la homologación de los reconocimientos en documento privado y, en general, la elaboración de títulos atributivos del estado de filiación natural, en la mayoría de los supuestos en que, con anterioridad a la reforma del Registro civil, era preciso acudir al juicio declarativo de mayor cuantía, con los inconvenientes de toda índole que ello traía consigo (gastos exorbitantes y dilación desmesurada, sin que todo ello tenga la contrapartida de mayores garantías que las que puede ofrecer el expediente), determinó la introducción, en la Ley de Registro civil, de una norma —párrafo 2.º y siguientes del artículo 49— que constituye uno de los grandes aciertos de la reforma y que permite sustituir por los sencillos trámites de un expediente registral los del juicio civil ordinario" (26).

2') El fin perseguido con la modificación es plausible, y no cabe duda que la aplicación del nuevo sistema ha aligerado de trámites el reconocimiento forzoso, facilitando su realización, mostrándose un espíritu abierto y progresivo favorable a las nuevas orientaciones sobre la materia, no sólo en la forma, sino también en el fondo, pues la resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de octubre de 1964 (27) expone que "para la interpretación de los preceptos aplicables hay que tener en cuenta que la nueva legislación del Registro civil, como nuestro Derecho tradicional, e igualmente como el vigente Derecho de Cataluña, sigue una concepción más abierta que

(25) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 706, de 5 de agosto de 1966.

(26) PERÉ RALUY, ob. cit., pág. 443.

(27) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 643, de 5 de noviembre de 1964, y *Boletín Oficial del Estado*, de 9 de noviembre de 1964.

el Código en orden a la fijación de la relación de filiación, inspirándose —como autorizadamente se dijo ante las Cortes— “en la obligación moral que a todo progenitor alcanza de dar nombre y amparo a sus hijos”, y a la vista también del variado panorama sociológico, en que la falta de aquella fijación se debe con mucha frecuencia más a ignorancia que a la voluntad de desentenderse de los deberes que la misma comporta, y entre ellos la inscripción en el Registro; y no es la concepción del Código la que debe inspirar la interpretación de los nuevos preceptos, sino justamente lo contrario, incluso los preceptos del Código deben ser interpretados según la nueva concepción, y, por tanto, restrictivamente cuando la contraríen”.

El inconveniente lo hallamos en haber sustraído a la jurisdicción una de las materias de su competencia característica. No obstante la naturaleza registral del expediente, en su resolución se declara un derecho civil, la filiación natural, que, lógicamente, ha de producir no sólo los efectos puramente registrales —ya de por sí, como en la atribución de apellidos, determinantes de efectos civiles vinculados al reconocimiento—, sino de todos los propios de esta filiación, pues de no ser así y requerirse para éstos un nuevo proceso ante los órganos judiciales, se habría perdido lastimosamente el tiempo, y no obstante la materia sobre la que versa y la naturaleza de los derechos que concede se ha sustraído a la competencia de los Tribunales, sin que sirva de justificación el que jueces sean los concededores del asunto en las primeras fases, y que el expediente tenga naturaleza judicial no obstante su denominación (28), pues siempre se privaría de la última intervención del Tribunal Supremo, cuya decisión final queda sustituida por otra de rango administrativo.

Contribuye a la crítica, el pensar que en la Ley de enjuiciamiento civil existen varios tipos de procedimiento a los que se pudo acudir como sustitutivos del declarativo de mayor cuantía, y que, incluso, pudo adoptarse un sistema semejante al instaurado con sólo disponer que en los supuestos de falta de oposición, como son los que pueden resolverse en expediente, pudiera utilizarse el cauce de los actos de jurisdicción voluntaria.

b') *Supuestos en que cabe el reconocimiento forzoso.*

Como el objeto del expediente es acreditar la condición de hijo natural y la atribución de la paternidad o maternidad a persona determinada, ambas circunstancias son las que condicionan y califican los supuestos en que procede.

1') La condición de hijo natural ya dijimos que se determina en igual forma en que lo hace el Código civil, y haciendo aplicación del mismo, la Dirección General de los Registros ha declarado que conforme al principio registral de legalidad, sólo pueden inscribirse los

(28) Así lo sostuvimos en nuestro trab. “Ideas generales sobre los expedientes gubernativos relacionados con el Registro civil” en *Revista de Derecho judicial*, núm. 3, julio-septiembre 1960, pág. 58.

reconocimientos de filiación natural que reúnan las condiciones legalmente exigidas, y en congruencia con el artículo 119 del Código civil, el artículo 187 del Reglamento del Registro civil exige un mínimo de prueba al efecto de acreditar que los padres al tiempo de la concepción pudieron casarse con dispensa o sin ella (resolución de 8 de mayo de 1964) (29). Que concurre tal condición en los nacidos de padre unido en matrimonio luego disuelto por rato y no consumado (resolución de 28 de noviembre de 1961) (30), pero no si el padre era divorciado, (resolución de 25 de enero de 1961 (31), 8 de mayo de 1964 (32) y 20 de mayo de 1964 (33). Que la expresión "hija de origen ilegítimo", por lo mismo que es genérica, no excluye por sí sólo el carácter de hija natural (resolución de 23 de marzo de 1963) (34).

2') Los supuestos de posible determinación forzosa son los mismos establecidos en el Código civil, que el artículo 49 de la Ley del Registro civil repite en los siguientes términos:

1.^a Cuando exista escrito indubitado del padre o de la madre en que expresamente se reconozca la filiación.

2.^a Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo natural del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

3.^a Respecto de la madre, siempre que se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Completa la relación de supuestos el artículo 189 del Reglamento prescribiendo que el reconocimiento de prole impuesto por vía de indemnización, en sentencia dictada en proceso penal, se inscribirá con mención de estas circunstancias.

c') *Normación del expediente.*

1') *Competencia.*

Como ocurre por regla general en los expedientes del Registro civil, corresponde la instrucción del mismo al Encargado del Registro en que haya de inscribirse el reconocimiento, y la decisión al juez de primera instancia respectivo (artículo 49 de la Ley del Registro civil) (35); por ello la Dirección General de los Registros considera irregular

(29) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 628, de 5 de junio de 1964.

(30) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 543, de 25 de enero de 1962.

(31) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 509, de 15 de febrero de 1961.

(32) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 628, de 5 de junio de 1964.

(33) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 629, de 15 de junio de 1964.

(34) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 587, de 15 de abril de 1964.

(35) Las normas generales de competencia fueron estudiadas en nuestro trab. "Ideas generales sobre los expedientes gubernativos relacionados con el

la decisión del Encargado rechazando de plano la tramitación del expediente (resolución de 28 de abril de 1966) (36).

2') *Tramitación.*

Se ajusta a las normas generales sancionadas para los expedientes gubernativos (37), con las siguientes especialidades:

a") A diferencia de lo que previene el Código civil, que limita a supuestos concretos y especiales el reconocimiento forzoso una vez muerto el padre natural, la solicitud puede producirse ahora cualquiera que sea el tiempo transcurrido y aunque hayan muerto padre e hijo (artículo 188 del Reglamento del Registro civil).

b") Se hallan legitimados para la incoación cuantos tengan interés legítimo o sus representantes legales (artículo 188, párrafo 2.º, del Reglamento del Registro civil).

c") Admitida la solicitud, además de las notificaciones prevenidas con carácter general, se comunicará la incoación en persona a los interesados (artículo 188, párrafo 3.º, del Reglamento), por el Encargado, directamente o cometiéndolo su cumplimiento al del domicilio, y guardándose, en cuanto sean compatibles con la conveniente reserva, las reglas de las notificaciones personales (artículo 182, párrafo 1.º, del Reglamento).

d") El artículo 188 del Reglamento del Registro civil dispone que "en el mismo expediente entablado para inscribir la filiación natural el juez de primera instancia aprobará, en su caso, el reconocimiento, si fuere procedente". Supone esta norma una regla de acumulación que quebranta principios de los que rigen esta institución procesal, como es el que prohíbe la de las acciones sujetas a distintas normas de tramitación, tanto más observables en supuestos como el presente en que la diferencia es de jurisdicción (valga la expresión), ya que el expediente de filiación natural es de actuación registral, con recurso último ante la Dirección General de los Registros, mientras que la aprobación del reconocimiento lo es jurisdiccional, con intervención de los Tribunales en sus diversos grados, pudiendo originar una doble anomalía:

1") Que los recursos que se planteen, dado el doble objeto del expediente, hayan de tramitarse ante dos órdenes distintos.

2") Que se alteren las normas de competencia de los Tribunales, en especial las de reparto de asuntos en las poblaciones con más de un Juzgado, ya que dada la forma cumulativa, el Juzgado de primera instancia inspector ordinario del Registro instructor, habrá de conocer de una cuestión que, sujeta a reparto, queda excluida de este trámite.

Registro Civil", en *Revista de Derecho judicial*, núm. 3, julio-septiembre 1960, pág. 58.

(36) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 663, de 25 de mayo de 1965.

(37) Puede verse su estudio en nuestro trab. "Registro civil: Normas de tramitación de los expedientes gubernativos", en *Pretor*, núm. 90-91, febrero-marzo 1960, pág. 29.

3') *Consideración especial de la oposición.*

La posibilidad del reconocimiento forzoso en expediente gubernativo viene condicionada a que no hubiere oposición del Ministerio fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, y formulada oposición, la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por el procedimiento ordinario (artículo 49 de la Ley).

Es esta exigencia el argumento fundamental que se utiliza en apoyo de la innovación, especialmente para justificar la exclusión de estos problemas del procedimiento ordinario del juicio de mayor cuantía, esto es, que sólo puede emplearse el nuevo trámite en los supuestos de falta de oposición, requisito resaltado por la doctrina de la Dirección General de los Registros, que en resolución de 27 de abril de 1963 (38) recuerda que "en armonía con la trascendencia del expediente de inscripción de filiación natural, la Ley exige que no haya oposición de parte interesada, notificada personal y obligatoriamente, por lo cual la notificación de la incoación del expediente debe hacerse a todos los interesados o a los que en el expediente puedan ostentar representación suficiente de éstos —por ejemplo, en su caso, el Ministerio fiscal cuando en funciones tuitivas actúe con tal representación—, y precisamente de modo personal, y no por cédulas o edictos, lo cual constituye un trámite esencial".

a') *Personas que pueden formular oposición.*

La oposición que produce la virtualidad de impedir el reconocimiento forzoso en expediente gubernativo puede partir:

1'') De parte interesada. Al exigirse que ésta sea notificada personal y obligatoriamente, y enlazando el concepto con el de persona con interés legítimo, que es el que el artículo 97, regla 1.^a, de la Ley del Registro civil emplea para definir quiénes pueden constituirse en parte, concurrirá la circunstancia en los que por el expediente, o por el asiento a que se refiere, pueden resultar afectados directamente en su estado, bienes o derechos o sus herederos (artículo 346 del Reglamento del Registro civil).

La posibilidad de oponerse que se concede a las personas que pueden actuar en expediente requiere, de acuerdo con el artículo 188 del Reglamento del Registro civil, que los discrepantes se constituyan en parte y formulen la oposición, lo cual supone la necesidad de una actuación formal de los oponentes en el sentido de querer ser parte, y además un mínimo de motivación en cuanto al fondo de lo pretendido (resolución de 5 de junio de 1962) (39).

(38) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 591, de 25 de mayo de 1963.

(39) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 565, de 25 de septiembre de 1962.

2") Del Ministerio fiscal.

La resolución de 15 de julio de 1966 (40) circunscribe la posibilidad de oposición del Ministerio fiscal al primer informe que emita en el expediente.

b") *Contenido de la oposición.*

De las diversas resoluciones que la Dirección General de los Registros ha pronunciado sobre el particular se destacan como características de esta oposición:

1.^a Que se refiera al fondo de lo pretendido (resolución de 5 de junio de 1962) (41), apoyándose en concretos fundamentos sustantivos de la misma (resolución de 15 de junio de 1966) (42).

2.^a Que no es suficiente la invocación de cualquier defecto procesal o de prueba o un error registral, que pueda ser subsanado en el mismo expediente (resoluciones de 15 de junio de 1966 (43) y 14 de julio de 1966 (44), o la disconformidad con el tipo de tramitación elegido (resolución de 29 de agosto de 1963) (45).

Resumiendo la doctrina de la Dirección General de los Registros sobre el contenido de la oposición, la resolución de 6 de julio de 1966 (46) expone: "Que, en efecto, según la resolución de este Centro de 5 de febrero de 1962, para que la oposición impida la aprobación del expediente ha de tener un mínimo de motivación en cuanto al fondo, por lo cual —como se declaró por resolución de 19 de julio de 1963— no es oposición que impida la aprobación del expediente el planteamiento de cualquier cuestión sobre la tramitación que se sigue y que por la Ley es considerada como adecuada y suficiente, y en apoyo de esta doctrina están las siguientes razones: 1.^a Que fue deseo del legislador, según autorizadamente se dijo ante las Cortes Españolas, favorecer la fijación registral de la relación paterno-filial, inspirándose en la obligación moral que a todo progenitor alcanza de dar nombre y amparo a sus hijos, por lo que debe interpretarse estrictamente cualquier posible obstáculo a la rápida y llana fijación registral, tal como el legislador pretende, y, por tanto, la oposición que pueda impedir la aprobación del expediente de inscripción de filiación natural debe ser entendida en el sentido de oposición en

(40) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 709, de 5 de septiembre de 1966.

(41) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 565, de 25 de septiembre de 1962.

(42) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 709, de 5 de septiembre de 1966.

(43) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 709, de 5 de septiembre de 1966.

(44) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 707, de 15 de agosto de 1966.

(45) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 602, de 15 de septiembre de 1963.

(46) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 706, de 5 de agosto de 1966.

cuanto al fondo, dando al término “oposición” el contenido restringido con que se emplea en otras ocasiones por el legislador (cfr. artículo 57, *in fine*, Ley del Registro civil); 2.^a Que tal interpretación está, por lo demás, de acuerdo con el rigor característico de las normas de procedimiento, al que repele que un tipo de éste, declarado adecuado por la Ley, deje de ser apto por inmotivados vetos de los particulares interesados; 3.^a Que, teniendo en cuenta lo dispuesto sobre jurisdicción voluntaria —cuyas normas se aplican a estos expediente con carácter supletorio (artículo 16 del Reglamento del Registro civil)—, la oposición que debe impedir la aprobación del expediente es la que versa sobre el mismo asunto a que se refiere la solicitud, de modo que sobre él surja contienda entre partes, pero no puede decirse que la fijación de la relación de filiación se haya hecho litigiosa, si por nadie se niega o se discute la existencia de los suuestos que la permiten”.

c) *Filiación ilegítima no natural.*

Se mantienen los principios inspiradores del sistema del Código civil, y concretamente se ha excluido la posibilidad de reconocimiento en las resoluciones de 20 de mayo de 1964 (47) y 23 de febrero de 1965 (48).

Las innovaciones que introduce, no con respecto al sistema del Código civil, sino al de la anterior Ley del Registro civil de 1870, tienden a evitar que la inscripción registral resalte la condición de ilegítimo y así se previene:

1) Que no constando la filiación, el Encargado consignará en la inscripción de nacimiento o en otra marginal, en lugar de los nombres del padre o madre, otros de uso corriente, con la declaración de que se consignan a efectos de identificación de la persona (artículo 191 del Reglamento del Registro civil).

2) Que sólo constarán en la inscripción las menciones de que se infiera el carácter de ilegítima, no natural, de una filiación, cuando ésta se declare en sentencia en proceso civil (artículo 190 del Reglamento del Registro civil).

(47) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 629, de 15 de junio de 1964.

(48) *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 656, de 15 de marzo de 1965.

Apuntes para la construcción de un derecho registral de la propiedad industrial

PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS

Abogado del Estado

I. LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

1) *Carácter mixto de estos derechos.*

No vamos a acometer el estudio de los derechos sobre la llamada propiedad industrial. Sólo tocaremos su faceta registral, y si algún otro problema se alude será sólo en función de la institución del Registro administrativo de dicha propiedad. Sin embargo, cabe proclamar cómo con cierta unanimidad la doctrina habla de aquel carácter mixto o compuesto. He aquí como lo expone Paul Roubier, uno de los más ilustres tratadistas en la materia y al que citaremos más de una vez: El derecho patrimonial de propiedad industrial es independiente del derecho moral que corresponde al autor. El último derecho pertenece al creador en razón al hecho de que la obra es una emanación de su personalidad y que resulta de su cualidad misma de creador. Este derecho moral tiene por objeto el respeto de la personalidad humana. Por el derecho moral el autor reivindica el respeto a su personalidad; por el derecho patrimonial privativo de explotación persigue determinados provechos pecuniarios.

Existe, por tanto, añade, en la propiedad industrial (igual que en la intelectual) un derecho moral del inventor: es el derecho a llevar el título y cualidad de inventor. Además la propia sociedad tiene derecho a saber quién es el verdadero inventor para fijar su nombre para la posteridad.

La Convención de la Unión (modificada por la Conferencia de Londres en 2 de junio de 1934) reconoce expresamente tal derecho al decir que el inventor tiene derecho a ser mencionado como tal en la patente.

Igual preocupación existe en nuestro derecho. El artículo 59 del Estatuto de la propiedad industrial establece que cuando una sociedad o razón social solicite la concesión de una patente mencionará en la instancia el nombre del inventor, que deberá consignarse en el certificado correspondiente.

Este derecho moral constituye uno de los llamados derechos de la personalidad. Pero aquí basta con su cita, pues en adelante nos ceñiremos al derecho patrimonial de propiedad industrial que es el que nos interesa.

2) *Naturaleza del derecho patrimonial de propiedad industrial.*

Hemos de remitirnos en un todo a la exposición que nuestros manuales del Derecho civil hacen de las teorías sustentadas al efecto. Y tampoco será preciso entrar en excesivas honduras, pues ese problema es algo previo al aspecto registral que es el que se acometerá. Sin embargo, se puede constatar (así Castán) cómo la doctrina patria acoge cumplidamente la teoría del derecho sobre bienes incorpóreos o inmateriales.

Precisamente por eso resulta de gran interés recoger la crítica que Roubier hace de aquella teoría. La expresión derecho sobre los bienes inmateriales no nos hace comprender cuál es el contenido del derecho; nos dice simplemente a qué bienes se aplican estos derechos, pero esto es algo que no basta para definirlos. Y sigue criticando a Kohler: no es el hecho de que un derecho se aplique a tal o cual objeto el que sirve de base a la división general de los derechos, sino el de que el derecho tenga tal o cual contenido.

Rebasando ya su postura crítica, pasa Roubier a sentar afirmaciones más constructivas. Dice que el derecho de explotación de la propiedad industrial se alinea en la familia jurídica de los derechos de monopolio, o derechos exclusivos de reproducción. Familia que abarca otros derechos privativos del mismo género: derechos de los concesionarios de servicios públicos, monopolios fiscales, etc.

Con esta postura coincide curiosamente Berliri, que en su tratado de derecho financiero hace de las prohibiciones fiscales uno de los grandes apartados de la soberanía fiscal del Estado. Y como caso más significativo de esas prohibiciones estudia el de los monopolios. Y decimos que es interesante el parangón porque en la propiedad industrial (derecho patrimonial) es básico el monopolio y éste sólo puede darse prohibiendo las reproducciones ajenas. Sin embargo, una caracterización como la dicha resulta excesivamente vaga y negativa (piénsese que se alinean la concesión de servicios públicos y una marca de fábrica). La misma teoría de Berliri en la esfera financiera ha sido en general recusada por la doctrina.

Al tratar de seguir ahondando, a Roubier no le basta ya la idea un tanto estrecha de monopolio y halla a la clientela como objeto de la propiedad industrial. Estos derechos, dice, tienden a la conquista de la clientela, tienen por objeto dar una cierta posición de cara a ella, asegurar y fijarla, tanto como esto pueda ser concebible en un régimen de concurrencia y libertad económica.

El eje jurídico de la vida profesional no pasa por las nociones de propiedad ni de contrato, sino por las nociones de concurrencia y de monopolio. Estos derechos de propiedad industrial miran a una pro-

ducción por venir e indefinida. Son derechos en movimiento y no en reposo. Frente a la propiedad y el crédito (derechos reales y personales) estos derechos son dinámicos; y concluye agudamente: por eso el vestido de la propiedad sienta tan mal a ellos.

Sigue su argumentación con base ahora económica: hoy más que el derecho interesa el valor; pues bien, la clientela es uno de los valores. No es que exista derecho a un quantum fijo de clientela; pero hay derechos que corresponden a una posición jurídica determinada con relación a aquélla. En definitiva, Roubier mantiene que frente a los derechos reales y de crédito hay una tercera clase de derechos: los derechos de la clientela; tal sería la naturaleza de los derechos patrimoniales de propiedad industrial.

El autor se corrige algo en seguida: dichos derechos no se establecen propiamente frente a la clientela, sino más bien frente a los empresarios concurrentes. Y no es esta la única objeción que cabría hacer a su postura. En primer lugar, su concepción propuesta sobre los derechos de la clientela no siempre deslinda con la nitidez debida el plano jurídico del económico. Además incide Roubier en lo mismo que criticaba a Kohler. No puede caracterizar plenamente los derechos de propiedad industrial el decir que se ejercen sobre la clientela. Ello es definir el derecho por su objeto y no por su auténtico contenido. En definitiva, poco se progresa así sobre Kohler, pues la clientela es también un bien incorporal.

La parte que resta así más aceptable es la configuración que Roubier hace los derechos de propiedad industrial como derechos de monopolio. Pero a fin de cuentas ya de siempre se venía manteniendo que una de las características de la propiedad era precisamente la facultad de exclusión, exclusividad o monopolio. Por tanto, pese a todos los intentos, bien laudables por cierto, no parece haberse superado la clásica estructura del derecho real; o del derecho absoluto si es que quiere utilizarse esta terminología en lugar de la anterior. Únicamente constataremos, por si pudiera ser también de aplicación a la figura de la propiedad industrial, el hecho de que modernamente la zona delimitadora de los derechos reales y personales está en auténtica revisión por parte de la doctrina.

Pero no ha de ahondarse más en estos problemas de naturaleza jurídica que según anunciamos no eran la materia propia de este trabajo.

3) *La propiedad industrial y su registro administrativo.*

El problema de la naturaleza de aquella propiedad se complica cuando se lo pone en relación con la institución registral que se ha creado para protegerla. El Registro llega a afectar hondamente a aquella propiedad.

Fuentes Carsi, al estudiar el proceso de nulidad de marcas, cita esta distinción de Díaz de Velasco referida a las patentes de invención: Hay el derecho perfecto de propiedad de la invención, esto es,

cuando el inventor es quien tiene la patente; hay el derecho a obtener la patente, que es el que el descubridor tiene antes de obtener aquélla; y, finalmente, existe el derecho de patente, que es el que corresponde a su titular aun no siendo el inventor.

Aquí sólo se deja esbozada la cuestión que, desde luego, es de extraordinaria importancia. En el párrafo III de este estudio se acometerá más a fondo.

II. EL DERECHO REGISTRAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

1) *Dificultad de su estudio.*

Nada se ha de decir del carácter problemático que presenta toda la materia de la propiedad industrial. Su origen relativamente reciente en la historia y, por tanto, la falta de tradición jurídica sólida en que apoyarse, el tratarse de bienes inmateriales y no obra de la misma naturaleza, en suma, su artificialidad que hace que la urgencia de las normas supremas del derecho natural aparezca más lejana y con menos evidencia, todo, en suma, conspira a hacer oscura la materia. Y, por descartado, poco tratada.

Pues si eso ocurre con la propiedad industrial, mucho más se da con el derecho registral creado para ampararla. Este último suma a las dificultades que aquella materia básica encierra todas las que ofrece la institución registral en sí. Y esos inconvenientes, al sumarse, más bien cabría decir que se multiplican. Por ello poco puede extrañar que el tratamiento doctrinal del derecho registral industrial sea casi inexistente.

Ese tratamiento, además, exige penetrar en ramas muy diversas del ordenamiento. En primer lugar, la materia a registrar está a caballo entre el derecho civil y el administrativo. Este último carácter tienen las normas de organización del registro propio. Y luego está el propio derecho registral (fundamentalmente y como causa ejemplar el del registro de la propiedad inmobiliaria) que habrá de solucionar y articular mediante el juego de sus principios las consecuencias y efectos de la registración. Finalmente, y por la honda relación con el registro de la propiedad que estudiamos, no puede omitirse alguna consideración de derecho procesal a modo de apéndice.

Todas esas ramas del ordenamiento confluyen en nuestro derecho positivo en un solo cuerpo legal, el estatuto de la propiedad industrial; la búsqueda y aplicación resultan en principio facilitadas con ello. Pero no siempre la combinación de normas tan dispares se ha producido con total acierto, y mucho menos con perfecta y clara sistemática. Con todo, no es todo el estatuto, sino una pequeña parte, la registral, la que será examinada con autonomía en las líneas que siguen.

2) *Matiz administrativo de este derecho registral*

En primer lugar lo da el hecho de que la misma propiedad industrial tenga cierto carácter administrativo. Este hecho es, desde luego, evidente en nuestro ordenamiento y no requiere corroboración. Por lo que hace a la dogmática, la propiedad que nos ocupa es estudiada en sus obras, bien por los civilistas, bien por los administrativistas. Una prueba del matiz administrativo la tenemos en que el Código civil no dedicó precepto especial a la propiedad industrial, a diferencia de lo que hizo con la intelectual.

Lo que se ha dicho en el párrafo anterior es más acusado tratándose de las invenciones. Estas se consagran por medio de la patente, que reviste un indudable y acusado carácter administrativo. Así puede decir Roubier que, a diferencia de las marcas, en materia de inventos sólo la patente constituye el verdadero título jurídico. Hay una formalidad de derecho público en la base misma de constitución del derecho de invención. La patente es un acto administrativo; quizás aquí haya una huella del antiguo sistema de privilegios a los inventores.

En cambio, no ocurre algo tan acusado en materia de marcas de fábrica. Claro es que el propio autor citado añade que esa distinción hoy día apenas tiene fundamento. También en la invención debería decirse invención registrada. Y hay que añadir que aquella criticada distinción es aún menos acusada en el derecho patrio.

El carácter administrativo se acusa más fuertemente en determinadas formas de la propiedad industrial, cual las denominaciones de origen. Y este fenómeno relativamente reciente sí que es general. Roubier ha hablado de una invasión del derecho de la propiedad industrial por textos de Derecho público o administrativo. Con ello se puede llegar a destruir la unidad del régimen jurídico y a acentuar el carácter reglamentario de la legislación. Este aumento de matiz reglamentario es, naturalmente, más importante aún en la legislación aduanera y proteccionista sobre las indicaciones de origen de los productos. Y ello por razones obvias.

El influjo administrativo en la propiedad industrial determinó otrora el que el conocimiento de esas materias se atribuyera a autoridades administrativas. Pero nada se dirá aquí sobre ello, pues el capítulo 1 de la obra de Fuentes Carsí está dedicado a tratarlo. Ese mismo autor cita cómo hasta fecha bien reciente (Decreto de 26 de diciembre de 1947) en los modelos y dibujos industriales la competencia estaba atribuida a la Administración.

La situación actual la concreta certeramente con estas frases: es de la competencia de los Tribunales ordinarios toda declaración de derechos que verse sobre su adquisición originaria, prerregistral o extrarregistral (incluso contra lo declarado por el registro); en cambio, compete a la Administración y luego a la jurisdicción contenciosa la revisión de los actos administrativos reglados de concesión, en lo referente a aspectos de este derecho examinables por la Administración en el expediente de concesión.

De la síntesis anterior se desprende que la faceta registral de la propiedad industrial cae de lleno en la esfera gubernativa y da a ésta la mayor parte de su contenido. Sin que en este momento se pueda aspirar a mayores precisiones.

Los Reglamentos de la Ley de Propiedad industrial de 1902, tanto el de 1903 como el de 1924, contenían un artículo en el que como derecho supletorio de las normas procesales de la Ley para la tramitación y despacho de los expedientes se invoca la Ley de bases de procedimiento administrativo de 1889. Piénsese cómo, en cambio, en el derecho registral inmobiliario no hay norma semejante.

III. EL PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN

1) *Derechos inscribibles en el registro administrativo.*

A) El tratamiento del derecho registral industrial sólo puede hacerse con un mínimo de rigor a base de los principios registrales que tan gran desarrollo tienen en otras ramas del ordenamiento. Por tanto, se van exponiendo esos distintos principios, dándolos por sabidos, y se insistirá sólo en lo que represente variación o especialidad.

Los derechos que tienen acceso al registro administrativo industrial son las distintas formas de propiedad que la ley sustantiva admite en esa materia. No se hace aquí su enumeración, que contiene la Ley, ni se expone la evolución histórica a través de la cual fueron apareciendo las distintas clases de propiedad. En general, todos los derechos inscribibles pueden centrarse en dos grandes grupos o familias: las invenciones o descubrimientos y los signos distintivos. Tampoco se aludirá a cómo no siempre ha sido acertado el encuadre dado por la Ley a alguna de las manifestaciones de la propiedad industrial.

Como ejemplos más salientes de estos derechos tenemos a las patentes de invención, dentro del primer grupo, y a las marcas de fábrica, en el segundo. En el resto de la exposición nos ceñiremos especialmente a estos supuestos que son, con mucho, los de más interés. Pero sus múltiples diferencias hace que con frecuencia haya que predicar variantes en la regulación legal de ellos.

B) La inscripción de la propiedad industrial en su registro administrativo propio coexiste con la que algunas de las manifestaciones de aquélla pueden tener en otros registros. Es típico el caso del acceso del nombre comercial al registro industrial y al mercantil. La armonía en esos supuestos resulta extraordinariamente difícil. Puede decirse que los respectivos cuerpos legales casi se ignoran.

El tratado clásico de Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana, en su tomo IV, examina el problema de nombre comercial que pretende inscribirse en el registro industrial y que en el mercantil aparece ya atribuido a otro titular. Y las interrogantes podrían multiplicarse extraordinariamente. Don Faustino Alvarez del Manzano, siendo ministro Durán y Bas, propuso una adición al Código de Comercio que

regulaba detenidamente la razón comercial y que evitaba bastantes de aquellos problemas.

Molas Valverde, en su obra sobre la propiedad intelectual, expone las colisiones de protección que se dan en torno a las películas cinematográficas entre la legislación de propiedad industrial y la intelectual. Igualmente en derecho francés es clásico el problema que plantean los dibujos industriales con matiz artístico que pretenden acogerse al amparo de las dos legislaciones. Pero estas cuestiones sólo pueden apuntarse en un primer intento de aproximación al tema cual es el que se acomete.

2) *Actos inscribibles.*

A) Con relación a las formas de la propiedad industrial que tienen acceso al registro, los actos inscribibles puede decirse resumidamente que son los de constitución, modificación, transmisión y extinción de esos derechos. Sin embargo, la problemática que plantean esos cuatro momentos de la propiedad que nos ocupa por fuerza ha de remitirse al estudio sustantivo de ella que aquí no tiene cabida.

B) Con referencia concreta a las marcas de fábrica, el artículo 30 de la Ley de 16 de mayo de 1902 decía lo siguiente: La propiedad de las marcas está equiparada a la de los bienes muebles. Los modos de adquirir esta propiedad son los reconocidos por el derecho civil.

Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana, hablando del nombre comercial, señalaban que el mismo puede obtenerse por los diversos modos de adquirir, originarios y derivados, del derecho civil. El primero sería la ocupación. Aunque en el nombre o razón comercial más bien cabría llamarse invención, y no ocupación que supone la preexistencia del objeto.

La declaración legal que el texto de 1902 hacía para las marcas halla eco en la jurisprudencia. Veamos la sentencia de 19 de abril de 1913. La creación de un signo o marca, para diferenciar los productos de una fábrica o industria de otros de la misma especie, constituye por sí sola un medio de adquirir la propiedad y gozar del derecho al uso de tal distintivo, como cosa susceptible de apropiación y comprendida en el concepto de bien mueble según el artículo 335 del Código civil.

C) Por lo que hace a las modificaciones de los derechos inscritos, el artículo 39 y siguientes del Estatuto de la propiedad industrial regula el acceso al registro de dichos cambios.

En materia de patentes guardan relación con este punto de las modificaciones los llamados certificados de adición que el Estatuto regula en sus artículos 73 a 82. Y en cuanto a las marcas, el artículo 131 se ocupa de las marcas derivadas o resultantes de variaciones accidentales sobre la primeramente inscrita.

En las marcas que no han tenido acceso al registro cabe plantearse también su posible modificación. Si en los contratos se habla de novación, en esta propiedad especial cabría decir variación. Y también

podría interrogarse si esa variación o cambio en la marca supone la extinción de la primera y creación de otra nueva o es meramente una modificación de aquélla. El problema puede ser de extraordinaria importancia cuando haya de jugar la prioridad temporal del signo distintivo. Pero la cuestión habría que remitirla en general a la libre apreciación de los Tribunales.

D) Sobre la transmisión de los derechos de propiedad industrial nada se añade aquí, pues la materia se reserva para la parte final de este mismo párrafo.

Como causas de extinción de los derechos inscritos se ha venido distinguiendo tradicionalmente entre nulidad y caducidad. El estatuto regula para cada forma de propiedad las causas de una y otra. Díaz Velasco ha estudiado con gran profundidad las diferencias de ambas.

3) *Titulos inscribibles.*

A) El artículo 93 de la Ley de 1902 establecía que para que la cesión y transmisión de los derechos de propiedad industrial en sus distintas manifestaciones surtan efectos contra tercero, se harán indispensablemente por instrumento público. El artículo 10 de la propia Ley hablaba en el mismo supuesto de documento público.

No preocupaba especialmente el caso de la inmatriculación, pues para conseguir ésta la Ley regulaba minuciosamente el expediente a seguir y los documentos que se debían aportar. Precisamente en este supuesto el título público (la patente o el certificado de la marca) se otorgaba como culminación del expediente.

B) El vigente estatuto atenúa el rigor formal. El artículo 31, que regula las cesiones de derecho, se limita a exigir documento fehaciente. A su vez, el artículo 34, con alguna mayor oscuridad, habla de testimonio auténtico del acto o contrato de cesión.

La reforma no cabe entenderla sino como supresora del requisito del documento público (primordialmente la escritura). Ahora bien, cabe deducir que el documento privado de cesión se hace fehaciente mediante la legitimación y, en su caso, legalización de las firmas de los contratantes. En todo caso, para la certeza de la fecha habrá que estar a las disposiciones del Código civil.

4) *Circunstancias de la inscripción.*

A) Para la inmatriculación o acceso al registro de los derechos protegidos nos volvemos a remitir a los expedientes que en cada caso se tramitan en la oficina pública. Para los actos de transmisión, al no haber requisitos de forma tan rígidos como los exigidos para las inscripciones de transferencias inmobiliarias, habría que pensar en que son aplicables las normas más flexibles que el derecho hipotecario articula para las anotaciones preventivas.

B) La protección del registro industrial comporta la obligación de satisfacer determinadas tasas reguladas en la legislación. Pero quizás

no deba considerarse este abono como verdadero requisito de la inscripción. Sí que lo es, en cambio, y de carácter más estrictamente fiscal, la exigencia del artículo 32 del estatuto de que en el documento justificativo de la transmisión del derecho conste la nota de pago del impuesto correspondiente.

- 5) *Valor de la inscripción en la vida del derecho. Por lo que respecta a la constitución o nacimiento del mismo.*

A) La eficacia de la inscripción en la creación del derecho de propiedad industrial no resultará enteramente clara en la Ley de 1902. Según su artículo 1 la propiedad industrial es el derecho que se reconoce por esta ley, siempre que se hayan cumplido las condiciones que la misma impone, respecto a cualquier invento relacionado con la industria.

En cambio, el valor declarativo de la inscripción queda reflejado en el artículo 1 del Reglamento de 12 de junio de 1903. Dice así: "La ley no crea el derecho a la propiedad industrial. Su función se limita a reconocer, regular y reglamentar el que por sí mismos han adquirido los interesados, mediante el cumplimiento de las formalidades legales." Aún con mayor claridad el artículo 1 del Reglamento de 15 de enero de 1924 habla de que la Ley no crea la propiedad industrial y comercial.

En la misma tónica se sitúa el artículo 1 del vigente estatuto que por su importancia merece reproducirse. "Propiedad industrial es la que adquiere por sí mismo el inventor o descubridor con la creación o descubrimiento de cualquier invento relacionado con la industria, y el productor fabricante o comerciante con la creación de signos especiales con los que aspira a distinguir, de los similares, los resultados de su trabajo. La ley no crea, por tanto, la propiedad industrial, y su función se limita a reconocer, regular y reglamentar, mediante el cumplimiento de las formalidades que en esta ley se fijan, el derecho que por sí mismo hayan adquirido los interesados por el hecho de la prioridad de la invención, del uso o del registro, según los casos".

Resulta muy expresiva la palabra su función se "limita" a reconocer. En cambio, tampoco cabe desconocer que el final del artículo admite que el derecho puede nacer por la prioridad del registro. Prevalce empero el criterio de inscripción declarativa; el mismo campea en la jurisprudencia. Véase lo que sobre las marcas y nombres comerciales sentaba la sentencia de 5 de mayo de 1930: "la ley de 1902 respeta la adquisición de las marcas por cualquier título de Derecho civil, uno de los cuales es la creación y uso, aunque no se inscriba en el Registro de la Propiedad industrial".

El carácter no atributivo de los pronunciamientos registrales lo denotaba la anterior ley de 1902 al sentar en su artículo 8 que toda concesión de propiedad industrial se otorgará sin perjuicio de tercero, aunque también es de hacer notar el término de concesión que em-

plea el precepto. Quizás por ello más cautamente, el artículo 12 del vigente estatuto, tras reiterar el principio, habla de concesión de las modalidades legales.

O sea, que la ley da por existente la propiedad industrial y sólo regula sus modalidades. A estas últimas hay que entender la referencia del artículo 7 del estatuto: "las patentes, las marcas y demás modalidades comprendidas en este estatuto constituyen un derecho, cuyo reconocimiento dimana de la inscripción en el registro de la propiedad industrial, representada por el certificado que se expide".

En este punto era más clara la ley de 1902. Esta definía en sus artículos 3 y 6 en qué consistían las modalidades legales y qué derechos conferían; y luego, en los 4 y 6 añadía que ese derecho se adquiere mediante la obtención de patente o del certificado título de marca. Pero la propiedad industrial, como tal, era siempre anterior al registro. Así hay que interpretar el actual artículo 7, o sea, como si dijese: "los derechos que a las patentes y certificados títulos confieren los dos artículos anteriores dimanar del reconocimiento que de dichas modalidades se hace mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad industrial".

B). La opinión sustentada sobre el valor declarativo de la inscripción no puede reputarse aislada. Roubier estudiaba la concepción que la Revolución francesa tuvo sobre los derechos del inventor. Se decía que esos derechos no representaban una mera concesión del Estado, nacen directamente del hecho de la invención. El Estado no puede desempeñar un papel atributivo, sino sólo declarativo del derecho.

M. Díaz Velasco, en su muy notable obra sobre concesión y nulidad de patentes de invención, que en realidad ofrece bastante más de lo que su sugestivo título promete, llega a la opinión contraria. Desde luego, él admite que el registro de las marcas no es atributivo, o sea, que por sí solo confiera la propiedad de ellas. En cambio, lo considera constitutivo en cuanto que la inscripción es un requisito necesario para que surja el derecho de propiedad industrial; faltando el registro el titular de una marca, no puede decirse que sea propietario de ella. A nuestro juicio, lo que no será es propietario registral ni disfrutará del certificado título de la marca. Pero eso no quiere decir que no sea propietario. Bien claro es al efecto el artículo 1 del estatuto que el autor citado tilda de erróneo.

Respecto a las marcas, Roubier afirma claramente el carácter declarativo del registro. La apropiación en ellas resulta de su utilización en la industria, o sea, de elementos de derecho privado. Ahora bien, para mejor asegurar y conservar sus derechos está el depósito, que es meramente declarativo y no tiene efecto frente a derechos anteriores de otras personas sobre la marca. El depósito de ésta adquiere en Francia cierto valor atributivo cuando juega el principio de que aquél hace a la marca independiente del uso.

Alvarez del Manzano, Bonilla y Miñana, al estudiar el nombre comercial en su conocido tratado de derecho mercantil, mantienen tam-

bién la tesis declarativa. La inscripción produce ciertos efectos jurídicos, pero en buenos principios no se puede dar efectos creadores del derecho a la inscripción en determinados libros públicos. El acceso de un derecho al Registro supone la preexistencia de aquél; el derecho inexistente no puede ser objeto de inscripción. Esta no es más que el reconocimiento por el Estado del derecho inscrito, su representación visible, externa, aparente y pública; pero del mismo modo que los seres humanos existen antes de su inscripción en el Registro Civil, los derechos existen también antes de ser inscritos, y si existen los derechos no inscritos, y a veces en gran número, alguna protección deben merecer del legislador.

Los autores citados no admiten que para obviar la dificultad se hable de propiedad civil e industrial para aludir a la no inscrita y a la registrada respectivamente, porque la propiedad no puede ser más que una. Hubiera sido más claro hablar de protección puramente civil y de protección administrativa de la propiedad industrial. Ocurre igual que con el propietario de un inmueble que inscribe su derecho en el Registro de la Propiedad; que ve aumentada la esfera de protección jurídica. En definitiva, son puntualizaciones estas que resulta difícil no aceptar.

C). Con relación a las patentes más tajante se manifiesta Díez VELASCO, en su obra citada, en señalar el carácter constitutivo de la inscripción. Según él, la cuestión apenas si se discute. Se explicaría porque, a diferencia de las marcas, en el nacimiento del derecho de patente ninguna importancia tiene el uso. Claro, que a ello él mismo replica que si en las invenciones la utilización carece de trascendencia, si la tiene, en cambio, "la creación" que ocupa el lugar del uso.

El autor citado tampoco atribuye al registro de la patente valor atributivo. Pero descarta la tesis declarativa en cuanto que reputa necesaria la inscripción para el nacimiento del derecho. Y concluye que no se da en las invenciones la posibilidad existente en las marcas de reclamar para sí, por razones extrarregistrales, la propiedad indebidamente poseída por otro según el registro.

Sin embargo, en Derecho francés no es tan infortunada la postura del inventor privado dolosamente de su invención que patenta otro. Se admite allí que el inventor tiene derecho a reivindicar la patente, no sólo el derecho de pedir la nulidad que sólo le satisfará a medias (porque habiéndose divulgado la invención él no podría obtener ya el monopolio de uso por otra patente), sino que mediante la reivindicación el vero inventor se hace subrogar en los derechos que tiene el primer registrante, porque la regla que admite la prioridad del primero que declara su invención no puede aplicarse a quien lo hace con fraude. (*Fraus omnia corrumpit*).

Hay además una fuerte corriente tendente a impedir que la divulgación del secreto del inventor antes del registro pueda comprometer sus derechos a la patente; así en los casos de que el invento se enseñe a otros o aun se lleve a una exposición.

También DÍAZ VELASCO habla de la tendencia a reforzar la situación del inventor sin patente. Con relación a la reivindicación por razones extrarregistrales, sólo la admite excepcionalmente en los casos de hurto de la invención por el titular de la patente; el verdadero inventor no pediría la nulidad de ésta, sino su subrogación en los derechos de ella. Claro está, que esa admisión restrictiva de la subrogación podría ser superada por otra que la aceptase no sólo en los casos de hurto, sino en cualquier supuesto de privación ilegal. En definitiva sería válida toda la construcción de la doctrina elaborada, sobre un punto parecido, en torno al artículo 464 del Código civil; y además, precisamente la patente tendría carácter mueble.

El autor al que seguimos distingue el terreno de la legislación y el ideal. En este segundo plano considera justo que el inventor tuviera la acción de nulidad contra quien se adelantó privándolo de la patente o bien la acción de subrogación para reivindicar aquélla como propia. Es más, para esta última piensa que sería razonable establecer un plazo de prescripción extintiva de tres años desde que se publicó la concesión de la patente.

En el plano positivo llega a consecuencias muy diversas: en la legislación española no puede estimarse admitida la subrogación a favor del verdadero inventor; de otra parte, la falta de propia invención es causa de anulación de la patente a petición de cualquier interesado.

Por lo que hace a la acción de subrogación o reivindicación de la patente indebida, creemos que ningún inconveniente hay para su admisión en nuestro derecho. El mismo artículo 464 del Código puede dar la base. Por otra parte, el estatuto no sienta un *numerus clausus* de acciones, sino que permite, en general, el de todas las reconocidas en el derecho. Los mismos argumentos de la doctrina francesa y los que aduce DÍAZ VELASCO, son plenamente válidos en nuestro ordenamiento. Respecto al plazo de la acción también sería aceptable la prescripción trienal, aunque, como ocurre con las cosas muebles, habría supuestos en los que el plazo debería ser más largo.

Tampoco puede aceptarse íntegramente la segunda conclusión de que la patente del no verdadero inventor pueda ser anulada a instancia de cualquier interesado. El autor citado expone una consistente argumentación para demostrar precisamente lo contrario. Pero lo detiene la barrera que supone la definición de la parte legítima que hacía la Ley de 1902. Creemos que esto puede salvarse porque tal definición no la ha recogido el estatuto y ello permite a los tribunales apreciar con mayor libertad la legitimación del accionante.

Cuando la falta de propia invención la alega no el verdadero inventor, sino un tercero, ni el público en general tiene decisivo interés en el asunto, ni es justo que con esa anulación se extinga la posible reivindicación del inventor real, ni sería fácil al tercero montar un proceso para acreditar hechos relativos a terceras personas, máxime con las facilidades probatorias que daría al demandado el artículo 59 del Estatuto.

D) ROUBIER habla junto a la inscripción constitutiva o incluso atributiva, de un sistema ingenioso o mixto admitido por ciertos países para moderar la excesiva eficacia de la inscripción en el registro administrativo. Es el sistema (según ese autor el de España) del efecto atributivo diferido. Durante un cierto plazo, el registro sólo es declarativo. Porque se parte de este dato: no se puede exigir siempre el registro inmediato de la marca; a veces es preferible que el comerciante pueda medir el efecto de aquélla en el público. Pero después de un cierto plazo fijado por la ley, se considera que la inscripción. (que no ha sido discutida durante todo ese tiempo) viene a alcanzar un efecto atributivo. Surge entonces una cierta expropiación del titular anterior extrarregistral; por ello se ha propuesto exceptuar el caso de fraude o aun conceder un derecho de posesión personal de la marca a aquel titular.

Este sistema se predica de las marcas de fábrica y desde luego es el vigente en nuestro derecho. Sin embargo, nos parece una caracterización excesivamente simplista del régimen español. Por ello, más que criticar esas afirmaciones trataremos de exponer nuestro sistema en forma algo más profunda y completa. El comentario surgirá ya luego de forma espontánea.

6) *Valor de la inscripción en la transmisión del derecho.*

A). Si la inscripción no es constitutiva en el nacimiento del derecho, lo mismo puede mantenerse para la transmisión de éste. En tal sentido cabe dar por reproducido todo lo expuesto en los párrafos anteriores.

Por otro lado, si la inscripción, unida a la transmisión del derecho, puede tener ciertos efectos, es más bien como presupuesto para el juego de otros principios: concretamente del de fe pública. Por tanto, nos remitimos al momento en que tratemos de este principio.

B). La amplia transmisibilidad de la propiedad industrial la establecía la Ley de 1902. Según su artículo 10, las concesiones de dicha propiedad eran transmisibles por todos los medios que el derecho reconoce. En los artículos 31 y 32 del vigente estatuto se contienen análogas prevenciones.

Un precepto curioso se contenía en el Reglamento de 15 de enero de 1924. La Ley exigía para la transmisión instrumento público si se quería que surtiera efecto a tercero. Pues bien, el artículo 84 del Reglamento citado añadía la necesidad de que en el instrumento público de transmisión se reseñase el certificado de validez expedido por el secretario del Registro antes de la fecha del otorgamiento del instrumento público. Como se ve era un requisito que más miraba al principio de tracto sucesivo y que resultaba excesivo. Hoy no figura ya como tal necesidad de la escritura de transmisión.

C) Concretamente con relación a las patentes de invención, ROUBIER admite sin dificultad la transmisión; no así cuando el invento

no se registró. Para él, este último es sólo un derecho eventual: falta una *conditio iuris* que es la inscripción. Por ello, si el inventor lo cediera en tal estado cabría que el cesionario no pudiera patentar el descubrimiento si es que otro se adelantó a ello. Por tanto mira esas cesiones con prevención. La invención no patentada es en definitiva un derecho eventual. El derecho de monopolio o derecho perfecto sólo nace con la registración.

Sin embargo, a nuestro entender no cabe hablar de derecho eventual, dado el sistema de inscripción declarativa que es el que hemos propugnado. DÍAZ VELASCO, partidario del sistema constitutivo y mayormente en las patentes, estudia en su obra citada la transmisión de las invenciones no registradas y expone cómo a ellas se les aplica el artículo 59 del vigente estatuto. Según este precepto, el derecho de invención puede cederse a otra persona por cualquiera de los medios que las leyes reconocen; y añade "sin que sea necesario a los efectos del registro presentar justificación alguna de esta transmisión".

No otra es la postura de la jurisprudencia. Citamos como muy expresiva la sentencia de 25 de febrero de 1961. Una sociedad anónima había quedado disuelta mediante escritura (liquidada de derechos reales e inscrita en el Registro mercantil), en virtud de la cual el demandado incorporó a su patrimonio todo el activo social (en el que se hallaban comprendidas las marcas que la sociedad tuviera registradas a su nombre o en trance de concesión), declarándose continuador de las actividades que la sociedad desarrollaba, asumiendo a la vez todo su pasivo. El actor alegó falta de legitimación del demandado, cosa que rechazó el Tribunal Supremo. Se dijo del demandado: "no puede negarse que como poseedor de la marca discutida carezca de acción para defender su derecho, aunque no se haya acreditado la transmisión operada en el Registro de la propiedad industrial, pues su falta es constitutiva en todo caso de una infracción de carácter administrativo".

7) *Inscripción obligatoria.*

Nos referimos aquí a la establecida respecto de las marcas por el Decreto de 3 de febrero de 1945. Para el comentario a tal disposición podemos remitirnos a las "Apostillas de urgencia al Decreto sobre registro obligatorio de marcas" (DÍAZ VELASCO, en el Boletín de febrero-marzo de 1945 de la Cámara de Industria de Madrid).

Tal obligatoriedad, caso de incumplimiento, no llevaba aparejada ni la nulidad de la marca ni la inadmisibilidad de ésta en juicio (sistema de la Ley Hipotecaria), sino sólo una mera sanción. En definitiva, la correspondiente a una Ley menos que perfecta.

IV. PRINCIPIO DE CONSENTIMIENTO

1) *Consentimiento material.*

Para este punto basta remitirse al estudio que, sobre el valor de la inscripción en la transmisión de la propiedad industrial, se ha hecho un poco más arriba. Como se ha predicado del Registro administrativo el principio de inscripción declarativa (el mismo existente en el de la propiedad), las precisiones de los hipotecaristas sobre el consentimiento material en las transferencias inmobiliarias serían aceptables, *mutatis mutandis*, en nuestro campo.

Las exigencias de este principio se presentan en los casos de titularidad compartida; y así, para los supuestos de condominio, el artículo 81 del estatuto exige consentimiento expreso de los comuneros. En los casos de marcas colectivas también adquiere relevancia el consentimiento material; lo prueban desde distintos ángulos las prevenciones de los artículos 138 y 143 del estatuto regulador de la propiedad industrial.

2) *El consentimiento formal.*

La disposición que sobre los derechos registrados tienen sus titulares, queda bien de manifiesto en el estatuto. El artículo 115 para las invenciones, y el 158 para las marcas, admiten como una de las causas de nulidad la petición del propio interesado.

Claro es que es la administración quien ha de declarar la nulidad, pues existen en juego intereses muy amplios. Ni faltan en la jurisprudencia supuestos en los que no se admite tal renuncia del derecho inscrito cuando mediante ella se trataba de burlar derechos de terceros o vulnerar las exigencias de las buenas costumbres. Pero al fin y al cabo de siempre ha tenido la renuncia esas limitaciones en nuestro derecho y ha sido en él admitida la figura del abuso del derecho.

V. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

1) *Determinación de las varias modalidades de la Propiedad industrial.*

A) Exigencia de unidad.

Es este el primer requisito para una clara determinación objetiva. Cuando el derecho recae sobre varios objetos está ya latente una fuente de confusión contraria al principio de especialidad.

Respecto a las patentes, la unidad la impone el artículo 57 del estatuto. Según él, ninguna patente podrá recaer más que sobre un objeto industrial. Posteriormente se extiende en determinar cuando existe tal unidad. DÍAZ VELASCO, en su obra tantas veces citada, analiza muy precisamente el alcance de tal exigencia en relación con la

nota reivindicatoria y las consecuencia de su falta. A él nos remitimos.

Con relación a las marcas, el requisito de unidad es variable. Según el artículo 130 del estatuto, para abarcar con marca productos de otra clase del nomenclator se precisa formación de nuevo expediente; en cambio, si están incluidos en la misma clase basta con mera instancia. Fácil resulta comprender cómo tratándose de marcas la exigencia de la unidad es algo más elástica que en las invenciones, aunque las excepciones exigen siempre seguir el procedimiento legal que se deja señalado.

B). Carácter de indivisibilidad.

La no división no es exigencia natural del principio de especialidad. Lo prueba el que en el Registro inmobiliario esté admitida la división de las fincas. Pero en la propiedad industrial, y precisamente por su carácter incorporal, la conclusión ha de ser la contraria. Ya lo proclamaba así el artículo 9 de la ley de 1902: toda concesión de propiedad industrial será indivisa en cuanto al objeto, procedimiento, producto o resultado que hubieren servido para su otorgamiento. Y en efecto, si ese objeto es forzosamente único o unitario, mal admitiría la división. Otra cosa sería sembrar la confusión, siendo así que la finalidad del registro es la claridad.

El artículo 3 del Reglamento de 1924 repite el principio, añadiendo que cuando sean varios los poseedores del registro se aplicarán las disposiciones del Código civil sobre la comunidad de bienes. La prevención recuerda a la que las leyes mercantiles contienen sobre la indivisibilidad de ciertos títulos representativos de capital.

A su vez, el artículo 11 del estatuto vigente reproduce lo dispuesto en la Ley de 1902 y en su reglamento de 1924.

2) *Determinación del titular del derecho*

Esta sí que es exigencia tradicional del principio de especialidad. Pocas dificultades plantea en los supuestos de titularidad única; sí en cambio cuando es compartida. De ahí las prevenciones que respecto a marcas colectivas contienen los artículos 136 y 141 del vigente estatuto.

Otro supuesto que puede ofrecer problemas es el de la titularidad derivada. Ello se da con bastante frecuencia en los supuestos de establecimientos comerciales. Para los casos de nombre comercial derivado el artículo 200 del estatuto establece las oportunas prevenciones.

3) *Determinación del contenido de los derechos.*

Es el último requisito de la especialidad. Puede verse reflejado en los artículos 41 y 43 del estatuto. Según el primero de ellos, en los casos de transmisión o modificación del derecho el funcionario encargado hará el extracto de ellas en el respectivo expediente. El

segundo establece que una vez recaído acuerdo concediendo la inscripción, se anotará en los libros la modificación de derechos acordada.

En cuanto a la denominación de los derechos establecidos nada se ha de añadir a lo que en este punto tiene sentado el derecho inmobiliario. Sobre todo teniendo en cuenta el principio de libertad de contratación y de *numerus apertus* de derechos reales que impera en nuestro ordenamiento.

VI. EL PRINCIPIO DE PRIORIDAD

1) *Formulación doctrinal y legal del principio.*

A). Aun prescindiendo del registro administrativo, la prioridad juega un papel relevante en los derechos de propiedad industrial. La adquisición originaria de éstos tiene lugar mediante el hallazgo de la invención o el uso de la marca. Pues bien, en este terreno ya había sentado BARTOLO el juego de la prioridad: “*qui primo coepit habere illud signum, ille debet esse in perpetua possessione...; melior est conditio occupantis*”.

Claro es que ocupándonos aquí del derecho registral de la propiedad industrial lo que nos interesa es el juego de la prioridad en el acceso al registro. Y por descontado que hay que empezar por dar por reproducido todo lo que la doctrina hipotecarista enseña sobre el principio de prioridad; concretamente sobre los efectos materiales y formales que del mismo se predicen.

ROUBIER hace para las patentes en derecho galo esta aplicación concreta: entre dos inventores igualmente originales, la patente será concedida no al primer inventor, sino al que primero lo haya solicitado. La razón es clara: la utilidad de las invenciones está sobre todo en su divulgación y utilización práctica. Por eso nuestro autor habla de que la demanda de patente tiene un efecto semiatributivo.

Por nuestra parte preferimos no hablar de valor atributivo alguno. La prioridad en la inscripción no prejuzga la imposibilidad de que luego el primer usuario extrarregistral pueda obtener la anulación del asiento y la inscripción de su derecho. Si el titular registral es amparado en definitiva, será por el juego de los restantes principios cuales los de legitimación y fe pública. Por tanto, hasta entonces demoramos entrar en el problema.

B) En los artículos 25 del Reglamento de 1903 y 27 de 1924, hallamos ya una referencia de algún interés para el principio que examinamos. Se establecía que la duración de la patente se contaba desde la expedición de la misma, pero los efectos legales arrancaban desde la presentación de la solicitud.

La regulación del principio es ya bastante más clara en el vigente estatuto. Se halla en el segundo párrafo del artículo 12. He lo aquí: La prioridad de los derechos de dichas modalidades comenzará a contarse desde la fecha de presentación, teniendo en cuenta para su cómputo el día, la hora y minutos en que se efectuó el depósito.

Una manifestación concreta en cuanto a las marcas la tenemos en el artículo 132; cuando dos o más soliciten el registro de una de ellas, el derecho de prioridad corresponderá al que en primer término haya presentado su solicitud.

2) *Casos de prioridad especial o reservada.*

Así los llamamos para huir de mencionar excepciones al principio que se analiza. En primer lugar, prioridad reservada es la existente en virtud de los convenios internacionales para protección de la propiedad industrial. Una referencia a esa prioridad especial se contiene precisamente en el párrafo 2 del artículo 132 del estatuto acabado de ver. Y es significativo que en el mismo artículo donde se sienta el principio se regule la modalidad especial. En segundo lugar, a la protección temporal de prioridad por razón de exposiciones se refiere el artículo 255 del estatuto; el plazo es de un año.

Otros supuestos de prioridad reservada se estudian en la obra tantas veces citada de ROUBIER: a). El sistema francés de aplazamiento de la concesión de la patente; suele hacerse durante un año, en el que no se da a la publicidad el invento y así puede mejorarlo libremente su autor; b) El sistema inglés de la especificación provisional que se reputa bastante para adquirir el rango de la invención perfecta; c) El sistema canadiense del Caveat: se describe al registro una invención que no está aún en condición de uso; si se presenta otra patente sobre ella en el plazo de tres meses se da oportunidad al que obtuvo el caveat de que la suya acabada sea preferida.

VII. PRINCIPIO DE TRACTO

1) *Formulación y exigencia.*

Base de todo registro de bienes y de su correcta marcha lo constituye el tracto sucesivo. Y así no puede extrañar que el artículo 84 del Reglamento de 1924 lo exigiera en la forma rigurosa que ya se ha examinado: la preexistencia registral del derecho transmitido tenía que acreditarse en el propio documento de cesión.

En el vigente estatuto, la alusión al tracto sucesivo se halla inequívocamente en los artículos 41 y 42. Según el primero cuando se hayan de inscribir transferencias de derechos de propiedad industrial habrá que cerciorarse por el examen de los libros registros y de los respectivos expedientes de estos extremos: que el objeto del derecho tenía toda su validez legal en la fecha del documento acreditativo y en la de la inscripción. El artículo 42 remacha que se accederá o no a la transferencia con arreglo a los datos del registro.

La exigencia es, pues, doble; la propiedad del cedente debe ser clara y diáfana al otorgarse el documento de transmisión, ya que si entonces no era dueño nada podría ceder; pero a su vez, ese dominio debe subsistir al presentarse la transferencia, pues si antes inscribió otro

cesionario ya no figurará como titular registral el cedente y el comprador que se atrasó tendrá en su contra el principio de prioridad.

Aparte de ello, las exigencias del artículo 41 están plenamente justificadas si se piensa que las modalidades de la propiedad industrial se caracterizan por su temporalidad y son proclives a incurrir en caducidad. Y estas circunstancias deben ser muy examinadas con ocasión de las transferencias.

2) *Tracto abreviado.*

No lo contempla el párrafo 2 del artículo 39 del estatuto, modificado por el Decreto de 28 de diciembre de 1947. Mas bien se trata de una rogación abreviada, pero las inscripciones se practican con normalidad y devengo de los oportunos derechos.

Tracto comprimido es el admitido en el segundo párrafo del artículo 33 del vigente texto legal: "cuando sean varias las transmisiones, sólo se inscribirá la última, sin perjuicio de hacer constar las transmisiones intermedias". Desde luego, el supuesto está dictado para cesiones ocurridas en el extranjero.

VIII. PRINCIPIO DE ROGACIÓN

1) *Actuación rogada.*

Tal carácter tiene la del Registro administrativo. El procedimiento se inicia a requerimientos del particular. Así, para las transferencias, el artículo 39 del estatuto exige que se soliciten mediante instancia. Igualmente de solicitud se habla en los expedientes bien de patentes (art. 100), o bien de marcas (art. 144).

Excepción al principio no puede reputarse siquiera la del penúltimo párrafo del artículo 115 del estatuto. La nulidad de patentes que afectan al orden público o buenas costumbres sí que la demanda por sí la Administración, pero el registro obrará en consonancia con el acuerdo de los tribunales.

2) *Personas legitimadas.*

La enumeración la hace el artículo 275 del estatuto, al que sin más nos remitimos. La especialidad radica en el número 3: los agentes de la propiedad industrial. Estos canalizan de hecho la casi totalidad de la documentación relacionada con el registro. A ello coopera la Orden ministerial de 22 de octubre de 1958 exigiendo que el lugar de presentación de documentos al Registro sea el determinado en el estatuto y no los más numerosos que permitía la vigente Ley de Procedimiento Administrativo.

IX. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1) *Formulación y recursos.*

La formulación más clara del principio de legalidad o calificación la tiene el estatuto de la propiedad industrial en su artículo 42, que se ocupa de las transferencias. Según el mismo, el jefe del Registro de la propiedad industrial concederá, suspenderá o denegará la inscripción de la transferencia con arreglo a la documentación presentada y datos del Registro.

En la última parte señala el artículo los elementos a tener en cuenta para la calificación. Esos mismos elementos, o sea los libros registros y el expediente respectivo, son los que cita el artículo 41.

El recurso contra la calificación negativa lo indicaba el apartado c) del artículo 91 del Reglamento de 1924. Hoy, dicho recurso lo establece el artículo 42 del estatuto al decir que contra la resolución denegatoria podrán los interesados recurrir en alzada ante el señor ministro en el plazo de treinta días.

2) *Especialidad en materia de propiedad industrial.*

El principio de legalidad tiene su peculiaridad en esta propiedad especial. En el registro inmobiliario las faltas que impidan la inscripción serán normalmente o del título o documento o bien del negocio jurídico que en él se contiene. En cambio, la base real que es la finca muy rara vez podrá decirse que ofrezca falta o ilegalidad alguna.

En cambio, las distintas manifestaciones de la propiedad industrial pueden recaer sobre objetos o realidades contrarios a la ley. El carácter inmaterial de esos derechos y la circunstancia de ser no una obra natural, sino humana, explican esa posibilidad y entonces surgirá la necesidad de calificar la legalidad y viabilidad del derecho en sí. Ello nos lleva al problema del previo examen o no previo examen con relación a las modalidades de la propiedad industrial.

El examen administrativo de las marcas que pretenden tener acceso al Registro está previsto en el artículo 150 del estatuto. El principio de no previo examen en materia de patentes, modelos, dibujos y películas aparece reflejado en los artículos 61, 166, 176, 183 y 223. Pero toda esta materia por fuerza ha de remitirse a las obras que estudian el aspecto sustantivo de la propiedad industrial.

Concretamente con relación a las patentes de invención el problema del previo examen es el nervio de la obra que sobre concesión y nulidad de dichas patentes, escribió M. Díaz Velasco. De forma insuperable examina los extremos sometidos al examen de la administración y los que escapan al mismo; y luego analiza la repercusión que ese distinto trato tiene en el momento de la nulidad de las patentes.

Aquí no resta sino dar por reproducidos y admitidos íntegramente los resultados de su trabajo. Es muy certera la crítica que hace en esta materia del vigente estatuto. Así cuando, con relación a la falta

de examen de la novedad de las invenciones, señala la contradicción entre el artículo 61 y el párrafo 6.º del artículo 48. Es también de gran interés la crítica que se hace al estatuto por haber regulado en dos lugares distintos y con diverso criterio el procedimiento del examen administrativo de las patentes.

X. INMATRICULACIÓN DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

1) *Acceso al Registro de dicha propiedad.*

El expediente a través del cual tiene entrada en el registro administrativo lo regula el estatuto con minuciosidad. Especialmente para las invenciones y las marcas de fábrica. Las otras modalidades, modelos, dibujos y películas tienen una normativa más sumaria. Sin embargo, el estudio detenido de esos procedimientos inmatriculadores queda para las obras generales sobre la materia.

2) *Concordancia con la realidad.*

El Registro trata de lograr que el contenido que se inscribe en sus libros y asientos responda a la documentación presentada en cada caso por los interesados. Ahora bien, el que ésta responda exactamente a la realidad no siempre está a su alcance.

El carácter inmaterial de la propiedad industrial hace difícil el lograr tal correlación. Así, en las invenciones cuando se renuncia al previo examen la consecuencia la prescribe el artículo 1.º del estatuto: a la cabeza del certificado se imprimirá "patente sin garantía del Gobierno en cuanto a la novedad, conveniencia, utilidad e importancia del objeto sobre que recae".

En cambio, en otras modalidades de la propiedad industrial esa adecuación a la realidad es más fácil constatarla. De ahí las prevenciones que, para la debida identificación de los nombres comerciales colectivos, contiene el estatuto en sus artículos 202 y en la letra A) del 201. Análoga prevención para los rótulos de establecimientos que indiquen explotación se halla en el artículo 210 de dicho cuerpo legal.

XI. LA PUBLICIDAD FORMAL

1) *Principio general.*

El Registro de la propiedad industrial es una oficina pública en las dos acepciones de la palabra. El artículo 339 del estatuto afirma que el archivo de dicho registro es público y estará abierto durante las horas de oficina.

Esa publicidad formal se consigue, además, mediante los vehículos o instrumentos que a continuación diremos.

2) *Manifestación y expedición de copias.*

En materia de marcas, su rebusca puede autorizarse personalmente al interesado en casos excepcionales. Así lo contempla el artículo 321. En general, la búsqueda la harán los examinadores. El artículo 334 permite que se saquen copias de las memorias de patentes y descripciones de marcas.

La expedición de copias autorizadas por el secretario del Registro está prevista en los artículos 334 y 336 del vigente texto legal.

3) *Certificaciones.*

La expedición de certificaciones venía regulada en el artículo 119 de la Ley de 1902. El artículo 86 del Reglamento de 1924 contiene análoga referencia, añadiendo que no se expedirán certificaciones negativas.

Hoy la regulación se halla en los artículos 331 y 333 del estatuto. Según ellos, las certificaciones de los documentos existentes en el archivo y de los asientos de los libros registros se expedirán por el secretario del Registro con el visto bueno del jefe del mismo y harán fe en juicio.

4) *El Boletín oficial del ramo.*

El hecho de que el Registro de la propiedad industrial sea único y radicante en Madrid, impone otro medio con el que hacer más amplio y cómodo el círculo de su publicidad. A este fin conspira el Boletín oficial de la propiedad industrial. Se creó en 1886 y lo regulaba la Ley de 1902.

Los artículos 4 del Reglamento de 1903 y de 1924 proclamaban el efecto de publicidad del Boletín al decir que anunciados en él los registros, no se podría alegar ante los tribunales desconocimiento de su existencia. El artículo 327 del estatuto insiste en esos principios y añade que las notificaciones y publicaciones que se hagan en dicho Boletín harán fe en juicio.

XII. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN

1) *Formulación general.*A) *Salvaguarda de los asientos registrales.*

Están éstos en principio bajo la custodia de los Tribunales, y no podrán anularse sino en los casos fijados en las leyes. Este principio, si bien no expresamente, hay que entenderlo vigente en nuestro régimen. Quizás el no mencionarse es porque en esta materia esa salvaguarda de los asientos corresponde muchas veces a la propia Administración, por el matiz público que la propiedad industrial tiene. In-

cluso en algún momento esa competencia de la Administración resulta exclusiva.

Hoy la tutela que los Tribunales ejercen sobre la propiedad registrada merece el respeto de la Administración. Aun en un caso tan saliente como el de una patente que afecte al orden público sólo puede la Administración deducir la oportuna demanda ante los Tribunales ordinarios.

B) Presunción de exactitud del Registro.

La misma puede colegirse fácilmente de determinados preceptos del estatuto que ya se han examinado. Si de las certificaciones de los asientos y de las publicaciones en el Boletín se dice que harán fe en juicio es precisamente porque los asientos registrales de que son vehículo gozan de esa, misma fehaciencia y presunción de verdad.

Claro es que esa exactitud se predica de aquellos extremos que la Administración ha constatado y averdado; no de esos otros sobre cuya falta de garantía ella es la primera en advertir a todos de manera clara.

2) *Presunción de titularidad.*

A) Introducción doctrinal.

Roubier, el autor francés que tan frecuentemente vamos citando, expone así esa presunción fruto del principio de legitimación: "El Registro crea una presunción de propiedad a favor del que inscribe. No se trata más que de una presunción; es decir, que debe ceder ante la prueba en contrario. La inscripción es ineficaz contra derechos anteriores de otras personas sobre la marca." Con la salvedad del juego del principio de fe pública, las anteriores manifestaciones son válidas para el ordenamiento patrio.

El citado autor halla esa presunción de titularidad también en los dibujos. El que los registra se presume que es su creador, en tanto no haya prueba en contrario. Y concluye: "del hecho del registro deriva una presunción de propiedad que tiene el interés de hacer pasar la carga de la prueba al adversario".

B) Presunción de titularidad en las marcas.

Ya la Ley de 1902 establecía este efecto de la legitimación con claridad. Según su artículo 30, el certificado título de haber inscrito en el Registro la marca constituye una presunción *iuris tantum* de propiedad de la misma. El mismo principio consagra hoy día el artículo 14 del estatuto, "el certificado de concesión de registro de una marca constituye una presunción *iuris tantum* de propiedad".

Tratándose de ese artículo, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1963 dice que la ley establece, a partir de la concesión, una presunción de propiedad a favor del titular de la marca registrada. Otros extremos de fundamental interés contiene esa trascendental sentencia, pero se examinarán en otros lugares de este trabajo.

La legitimación como propietario del titular de una marca inscrita

sigue surtiendo otros efectos que la Ley detalla. Es fundamental el artículo 123 del estatuto, donde se aprecia cómo esa legitimación no sólo juega para impedir lesiones positivas del derecho del titular, sino también para perseguir al que suprime la marca del productor sin su expreso consentimiento.

Esa presunción de titularidad que la legitimación produce tiene un campo de aplicación vasto y no se detiene en los propios límites de la ley o estatuto de la propiedad industrial. En ningún lado puede apreciarse ello con mayor claridad que en la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1954. El actor tenía registrada con prelación la marca O. M. Con posterioridad otra sociedad inscribió en el Registro Mercantil su nombre comercial con el anagrama O. M. que coincidía con la marca del actor. Prosperó la demanda y se dijo que reconocer al actor el derecho a la marca y no cancelar el nombre comercial de la demandada del Registro Mercantil era una contradicción y daba lugar a un fallo inocuo. En cambio, con esa cancelación se impedía que la demandada siguiera ostentando la denominación debatida.

Esta sentencia vuelve a poner también sobre el tapete el problema de las relaciones entre el Registro de la propiedad industrial y el Mercantil; y, por cierto, dando una solución unitaria, única de plena justicia.

C) En materia de nombre comercial.

Las consecuencias de la legitimación del titular inscrito vienen dadas para esta forma de propiedad en el artículo 199 del estatuto, que es más conciso que el correlativo de las marcas.

Y en realidad es correcta la concisión si se tiene en cuenta el contenido del artículo 207 de aquel cuerpo legal. Según el mismo, el poseedor de un nombre comercial registrado tiene los mismos derechos reconocidos que el concesionario de una marca.

D) En materia de patentes.

La presunción de titularidad de la invención tiene una aplicación mucho más difícil que aquella de las marcas. El sistema de falta de previo examen en las patentes es causa de ello. La concesión del privilegio al inventor no garantiza a éste la novedad de su invento; así lo establece el artículo 110 del estatuto, entre otros. A su vez, el requisito de propia invención tampoco es examinado ni garantizado administrativamente; para cuestiones de titularidad del invento el Registro se declara incompetente en el artículo 67 del estatuto; a su vez, el artículo 115 autoriza que se pida la nulidad de la patente a los Tribunales cuando falte el requisito de propia invención. Para todos estos extremos nos volvemos a remitir a la obra de Díaz Velasco ya citada.

Pudiera pensarse que alguna relación tiene con la presunción de titularidad de la invención el artículo 59 del estatuto. "Se reputará propia la invención, aunque la patente no la solicite el mismo inventor, sino su causahabiente." Pero en realidad esa presunción no se concede a la inscripción ya practicada, sino al invento que aún no ha tenido

acceso al Registro. El artículo lo que hace es decir que las transmisiones anteriores extrarregistrales pueden hacerse por cualquier medio legal sin que sea preciso presentar justificación de la transmisión.

Sólo se exige que en la petición se haga constar esa previa transmisión. Y aun este requisito, añadido por el estatuto, no se hallaba en la legislación anterior.

Como se ve, la finalidad del artículo es facilitar la inscripción de invenciones y no robustecer las ya inscritas. O sea que el precepto más roza los principios del tracto y de inmatriculación que el de legitimación.

3) *Presunción de posesión a favor del titular.*

A) *Doctrina francesa.*

No se proclama en este derecho claramente que la inscripción de la marca presuponga el uso y posesión de la misma. El efecto del registro no es, pues, presumir el uso, sino más bien hacerlo innecesario. Es el principio clásico de este ordenamiento de que la inscripción hace a la marca independiente del uso.

Según Roubier, el registro permite reivindicar una propiedad exclusiva de la marca. Pero este efecto no casa bien con el carácter declarativo de la inscripción, sino que corresponde más bien a un registro atributivo. Por eso el efecto se atenúa: esa reivindicación sólo opera cuando no hay un uso anterior de la marca por una tercera persona. M. Laborde explica esa atenuación diciendo que la mera inscripción de la marca no usada es un mero animus, a falta del corpus que es la utilización pública de la misma.

Aunque este sistema galo no es aplicable a nuestro derecho, del que discrepa en buena medida, hemos creído de interés no prescindir de él por ser ejemplar.

Precisamente nuestro sistema patrio de presunción de posesión, que es el que a continuación se expone, tampoco era exactamente cual se venía proclamando reiteradamente hasta hace muy poco tiempo. Sólo una muy reciente jurisprudencia ha apuntado el buen camino.

B) *Proclamación legal en nuestro derecho.*

El artículo 30 de la Ley de 1902, después de sentar la presunción de titularidad, añadía: “el dominio de la marca prescribirá a los tres años de posesión no interrumpida con buena fe y justo título”. Como se advierte, después de presumir una propiedad se echaba mano del instituto de la usucapión.

Una jurisprudencia muy reiterada venía repitiendo el precepto y hablando de esa prescripción de tres años. Citamos ad exemplum la sentencia de 6 de abril de 1945, “aunque es cierto que el artículo 14 del estatuto da al que inscribe una presunción de posesión, que se convierte en propiedad si pasan tres años sin que se haya producido perturbación en la misma”.

Como se ve, esto era aceptar para nuestro derecho el sistema de atribución diferida de que habla la doctrina extranjera. Pero la rea-

lidad es que ni la Ley de 1902 ni el estatuto tenían presunción de posesión; y es más, este último tampoco habla de prescripción como hacía aquélla.

En realidad lo que el artículo 14 de nuestro texto legal vigente dice es esto: "El dominio de la marca se consolida a los tres años de efectuado su registro y de su explotación no interrumpida o de su quieta posesión con buena fe y justo título." Se elude la palabra prescripción y se usa la de consolidación, no muy técnica, pero poco comprometida.

C) Proclamación de la correcta doctrina.

Ha sido la reciente sentencia de 26 de septiembre de 1963 la que ha desbrozado definitivamente la redacción y sentido del artículo 14 del estatuto. Veamos sus propias palabras: "en él no se dice que el dominio de la marca se adquiere por prescripción, sino que se empieza por sentar que el certificado de concesión del registro de una marca constituye una presunción iuris tantum de propiedad". "Cumpliéndose los requisitos del estatuto a los tres años, esa presunción se convierte en iuris et de iure." Y concluye magistralmente: "por tanto, no cabe hablar de una prescripción adquisitiva totalmente innecesaria desde el momento en que la ley establece a partir de la concesión una presunción de propiedad a favor del titular de la marca registrada".

Por tanto, queda recusada toda aquella jurisprudencia que hablaba de presunción de posesión que a los tres años se convertía en dominio. Con todo, de la sentencia citada se puede extraer tanto jugo que todavía volveremos sobre ella para examinarla con más atención.

D) Verdadera afirmación de la presunción posesoria.

No tiene esta presunción una expresión concreta y específica en el estatuto. Sin embargo, puede entenderse incluida en la propia presunción de propiedad con que empieza el artículo 14 del mismo. Si el titular inscrito de la marca se presume propietario, como la posesión es una de las facultades del dominio, también quedará abarcada en la presunción amplia de titularidad. De todos modos, quizás no hubiera estado de más una proclamación más clara de la presunción posesoria.

Claro es que esta presunción cuando adquiere valor es cuando afecta al ius possessionis y si para llevarla a efecto se establece algún procedimiento rápido de efectuación posesoria. Como, a diferencia del registro inmobiliario, ese proceso de realización de la posesión no existe en la ley de propiedad industrial, la proclamación de la presunción posesoria se echa menos en falta en esta legislación.

4) *La posesión y el Registro.*

A) Ideas previas.

No vamos a tratar aquí de las especialidades que la posesión presenta cuando se aplica a las formas de la propiedad industrial. Ni mucho menos indagar si tal figura se acerca a la cuasiposesión de derechos del ordenamiento romano. Nos basta con afirmar que tal posesión tiene cabida dentro de los anchos marcos con que nuestro

derecho dibuja tal instituto. Y mucho más clara es su admisión y tratamiento si se admite que los derechos industriales de invención y marca constituyen propiedades, si bien especiales.

Si oscura es la posesión de la propiedad industrial, esa oscuridad subirá de grado cuando se ponga en relación con el registro administrativo correspondiente. Es clásico decir que posesión y registro se mueven en dos mundos distintos, constituyen dos modos diversos de publicidad y su relación es ocasionada a múltiples problemas.

Estos se acentúan en la materia que estudiamos por una circunstancia sobre la que llamamos la atención. Lo haremos con palabras de ROUBIER: la naturaleza de las cosas se opone a un acercamiento demasiado estrecho de la propiedad industrial hacia la de las cosas corporales; el carácter exclusivo de esta última se explica por la naturaleza misma de estas cosas corporales, que no pueden pertenecer a dos personas al mismo tiempo. En cambio, en las cosas incorporales su explotación o uso por un gran número de personas a la vez es perfectamente posible.

Urge, pues, calificar esta especialidad de la propiedad industrial. Ante un disfrute simultáneo de la misma por varias personas cabe admitir que en efecto sobre un mismo objeto coexisten varios dominios. Incluso cabría argumentar que en otras propiedades existe la solidaridad. Sin embargo, esta idea de varios propietarios simultáneos sobre una misma cosa no casa bien con nuestro genio jurídico y daría lugar a problemas de difícil tratamiento y solución de cara a nuestro ordenamiento.

Otra solución es la de atribuir el dominio al primero en la invención o en el uso. Ese sería el propietario. Los posteriores usuarios serían sólo poseedores. Y aquí sí que sería obligado admitir la coexistencia. Frente a lo que ocurre en las cosas corporales, donde la posesión como hecho sólo puede corresponder a uno, en la propiedad industrial es admisible la simultaneidad de varias posesiones sobre una misma cosa. Por eso anticipábamos que las relaciones posesión-Registro eran especialmente escabrosas en este tipo de propiedad que se contempla.

B) La posesión de las marcas y el Registro.

El Registro administrativo de la propiedad industrial está creado para dar publicidad a las titularidades definitivas. La posesión como hecho queda al margen. Toda la regulación legal contempla al propietario o a quien de él traiga causa o poder. Aunque hay que decir que la presunción de propiedad propia del poseedor a título de dueño reduce bastante las distancias; y más si se considera que este tipo de propiedad se asimila a la de los bienes muebles. Por cierto, que una proclamación legal de tal asimilación se contenía en el artículo 30 de la Ley de 1902.

Otro efecto de la posesión es su protección interdictal, pero de él trataremos más adelante. Finalmente, la posesión da pie a la usucapión, problema este de las relaciones entre usucapión y registro que

se abordará en su momento oportuno. Basta, pues, aquí con la remisión.

De usucapación habla la sentencia de 23 de marzo de 1945. La carencia de posesión de la marca durante los tres años siguientes al registro puede impedir la consolidación de la propiedad que podría reclamar un tercero. Más adelante se volverá sobre este punto y sobre la muy reciente jurisprudencia que lo explica con más justeza.

C) El Registro de la patente y su explotación o posesión posterior.

El Registro inmobiliario en términos generales se desentiende de la posesión posterior o uso de los bienes inscritos. No así el industrial. Tratándose de inventos, cuya utilidad debe revertir a la sociedad y cuyo monopolio encierra algo de privilegio, la ley impone su puesta en práctica sancionando el incumplimiento con la caducidad de la patente.

El régimen legal se contiene en los artículos 83 y siguientes del vigente estatuto. Su estudio queda para las obras sustantivas sobre la materia. Basta aquí con constatar la especialidad. Por cierto que esa caducidad viene a ser un modo de expropiación forzosa por incumplimiento de la función social de la propiedad.

5) *La cancelación y la vida del derecho.*

A) Principio General.

A una inscripción declarativa se corresponde una cancelación de análoga naturaleza. Ni el registro crea el derecho, ni la eliminación de éste de la vida tabular supone la extinción de dicho derecho.

Claro es que siempre la cancelación producirá los efectos consiguientes al principio de legitimación, fundamentalmente privando de esas presunciones legitimadoras al titular que ve su derecho excluido del Registro. Incluso tal cancelación puede llevar consigo los efectos más reforzados propios del principio de fe pública cuando opere frente a un tercero con los requisitos legales para ser protegido. Pero en definitiva nada de esto es peculiar en la materia que estudiamos.

B) Cancelación de las marcas caducadas.

La marca concedida e inscrita puede caducar, entre otras causas, bien por transcurso de un plazo legal de vida, sin prórroga oportuna, bien por falta de pago de las cuotas quinquenales. La marca hasta entonces existente tabularmente es eliminada de oficio de los libros registrales. Y la pregunta es ¿qué repercusión tiene esto en la realidad?

La respuesta la da el artículo 160 del estatuto que por su interés vamos a reproducir, si bien alterando el orden de sus párrafos: "Dentro del plazo de tres años desde que se publique la caducidad de una marca, el propietario de la misma conservará los derechos que le concede el Código civil, pero no podrá ejercitar ante el Registro los nacidos de este estatuto". Y ahora viene el efecto más radical: "pasados esos tres años se presumirá que el concesionario de la marca

ha renunciado a su dominio y posesión y quedará de dominio público. Contra esta presunción no se admitirá prueba alguna”.

En este caso pues, la cancelación por caducidad, una vez pasados tres años, afecta a la vida del derecho que se presume deja de existir, sin admitirse prueba en contrario. Y ello prescindiendo de que aparezca la figura del tercero protegido frente al asiento cancelado. Como se ve en esta propiedad, la inscripción afecta más de lleno al derecho registrado. Ya volveremos sobre esta especialidad.

6) *Consecuencias procesales de la legitimación.*

A) *Posición procesal privilegiada.*

Dentro del pleito el hecho del registro atribuye una cómoda postura defensiva. Así lo expone la sentencia de 24 de noviembre de 1947: si el actor pretende haber adquirido el nombre comercial le correspondía acreditar su adquisición. Al no haberlo hecho, tanto por no demostrar su uso exclusivo como su título de adquisición, es necesario atenerse al Registro del nombre a favor del demandado. Lo mismo se expresa en la sentencia de 23 de marzo de 1945: en virtud de la protección del registro, el demandante será quien tenga que probar los defectos sustanciales de la concesión de la marca.

Proteger los pronunciamientos registrales implica también defender lo actuado por la Administración dentro de su competencia, concretamente denegando inscripciones de marcas por semejanza con otras otras inscritas. La sentencia de 4 de mayo de 1945 revocó otra de la Audiencia que había prescindido de los pronunciamientos administrativos. “Hay que atenerse a la declaración de la Administración hasta que ésta se revoque por los procedimientos adecuados. Admitir que una marca pueda vivir fuera del Registro frente a la protegida por éste, sería negar la protección legal al titular registral porque los Tribunales revisaban anómalamente lo hecho por la Administración”.

B) *Ejercicio de acciones.*

Queda facilitado por la inscripción de la marca o del derecho. En la esfera penal basta con reproducir lo que Mascareñas expone en su obra “los delitos contra la propiedad industrial”. En la falsificación de marcas, la ley especial pena la de las registradas, y el Código Penal castiga la de todas las marcas. El delito es el mismo. Ahora bien, tratándose de marca registrada bastará demostrar la realidad de la acción que la Ley tipifica; en cambio, si la marca no está inscrita habrá que demostrar además la propiedad de la marca por el uso y la culpabilidad.

Respecto al ejercicio de acciones a favor del titular inscrito, nos remitimos por ahora a la última parte de este trabajo que estará especialmente destinada a la faceta procesal.

¿Es preciso demandar la nulidad de la inscripción cuando se pide en juicio la nulidad de la marca o de la invención? ¿Se da en nuestra propiedad esta exigencia procesal de la legitimación? No cabe res-

ponder tajantemente por la afirmativa por cuanto falta en el estatuto un precepto análogo al del artículo 38 de la ley hipotecaria. Más bien ocurre lo contrario: que se pide la nulidad del registro y se da por entendido que se ha solicitado la del derecho inscrito. Así, el artículo 270 del Estatuto habla de los juicios sobre nulidad de registro y añade que en el escrito inicial se anunciará el propósito de impugnar la concesión. Sin embargo, la realidad es que a lo largo del estatuto cuando se habla de nulidad o caducidad es aludiendo a la de la marca o invención.

C) Defensa del titular inscrito.

Del artículo 273 del estatuto se desprende que no procede embargo contra la propiedad de aquél en tanto no se haya anulado su derecho. Únicamente al titular tabular, si es posterior en el tiempo, se le puede exigir que constituya caución para garantizar la acción del titular inscrito con anterioridad.

Tampoco prevé especialmente la ley una tercería registral para exonerar de ejecución el bien inscrito a nombre de quien no sea el deudor. Sin embargo, del artículo 31 del estatuto pudiera deducirse, quizás sin mucho esfuerzo, una conclusión análoga.

XIII. PRINCIPIO DE FE PÚBLICA

1) *Su existencia.*

A) Dificultad de admitirlo en las invenciones.

Supongamos, dice ROUBIER, que el verdadero inventor es privado de él por un usurpador que logra patentarlo, y que después cede a tercero tal patente; pues bien, añade, aunque la patente se haya cedido regularmente a una persona de buena fe no será obstáculo a la reivindicación del verdadero inventor. La persona cesionaria puede sólo dirigirse contra su cedente. Otra solución haría fácil la expoliación del verdadero inventor cediendo enseguida a tercero.

En nuestro derecho podría llegarse a solución parecida teniendo en cuenta que la patente no garantiza la propia invención del que la obtuvo, punto que en todo momento puede ser discutido ante los Tribunales. Además faltan, tratándose de las invenciones, preceptos cuales los relativos a las marcas que ahora veremos. Sin embargo, existe el sistema de inoponibilidad a tercero del artículo 31 del estatuto; claro, que ello por sí sólo no implica el mantenimiento de la adquisición del tercero.

B) La fe pública en materia de marcas.

Ese mantenimiento del adquirente parece dibujarse en el artículo 30 de la Ley de 1902. Una vez inscrita la marca, el dominio de ella prescribirá a los tres años de posesión no interrumpida con buena fe y justo título. Es fácil ver cómo la fe pública aparece cubierta con una capa o vestido de usucapión.

El principio que indagamos aparece más claro en el artículo 14 del

vigente estatuto. "El dominio de la marca se consolida a los tres años de efectuado su registro y de su explotación no interrumpida o de su quieta posesión con buena fe y justo título". La frase consolidación del dominio ya está más cerca del mantenimiento del tercero en que la fe pública consiste.

C) Nuestra interpretación.

El sistema español en materia de marcas lo califica algún autor extranjero de atribución diferida de dominio. Sin negar propiamente tal afirmación, trataremos de exponer el juego de la fe pública en nuestro sistema, que desde luego es algo más complejo. Tal exposición se hará, sobre la base del propio artículo 14 del estatuto, analizando los requisitos que establece para que se produzca el mantenimiento en la adquisición.

Ahora bien, esa contemplación nos dará aún sólo una idea aproximada de la fe pública. Cuando en otros parágrafos se estudie la prescripción y el registro y el concepto de tercero, será cuando se tengan todos los materiales para que la construcción resulte más elaborada y asimilable.

2) *Requisitos para el juego de la fe pública.*

A) Que el titular inscriba su derecho.

Es este requisito obvio y que no exige comentario. Máxime en una propiedad cual la industrial que según el artículo 7 del estatuto sólo queda reconocida tras su inscripción en el Registro administrativo.

B) No es preciso que se adquiera de otro titular inscrito.

Aquí radica la enorme diferencia entre el registro inmobiliario y el administrativo que estudiamos. En este último puede gozar de la fe pública el inmatriculante. Este punto, sin embargo, sobre el que conviene llamar poderosamente la atención, se desarrollará al tratar del tercero en otro parágrafo.

Si al hablar de la cancelación de marcas por caducidad veíamos cómo la pérdida del derecho surgía para el titular aún sin haber tercero, no podrá extrañarnos que a la inversa ese titular llegue a verificar una adquisición plena del derecho aun sin ser tercero. Más adelante, como se anunció, se habrá de ver el fundamento de esta realidad.

C) Necesidad de la buena fe.

Lo preceptúa el artículo 14 del estatuto tantas veces citado. Ahora bien, esa buena fe es amplia: en el inmatriculante será de tipo posesorio o estático, en el tercer adquirente será una buena fe de tráfico o en la titularidad de su transmitente.

Un supuesto de mala fe posesoria fue el resuelto por la sentencia de 22 de mayo de 1915. Se trataba de la marca de un producto farmacéutico y tras sentar una posible usucapión por la posesión continuada de buena fe y justo título de tres años, se negaba la adquisición al faltar la buena fe, ya que el titular inscrito era el mismo far-

macéutico que fabricaba el producto por cuenta del dueño de la marca.

El requisito de la buena fe es apreciado en otras sentencias. Así la de 29 de febrero de 1932, que absuelve al demandado que había prescrito la marca. Se decía: no puede combatirse esa prescripción porque la existencia de la buena fe y de la posesión continuada son apreciaciones de la exclusiva competencia del Tribunal sentenciador. También absuelve al demandado la sentencia de 3 de enero de 1936 por haber prescrito la marca. La resolución decía: no se ha probado su falta de posesión ni su mala fe. Y es que, en definitiva la buena fe es supuesto que se presume.

D) Justo título.

Es éste requisito para el juego de la fe pública que exige el artículo 14 del estatuto. El registro inmobiliario no lo pide expresamente, aunque la ley hipotecaria establezca que la inscripción no convalida los actos y contratos nulos.

Por descontado que ese justo título no es la mera inscripción. Esta sí que puede operar como título, pero es a efectos de la usucapación. Así se deduce de la sentencia de 29 de febrero de 1932. Se apreció que el demandado había prescrito la marca. Y se añadía: en cuanto al justo título es forzoso reconocerlo porque la inscripción constituye una presunción de propiedad que no se ha destruido en tiempo hábil.

Nada vamos a decir aquí respecto a lo que el justo título sea. Para ello cabe remitirse a la doctrina elaborada por los civilistas en torno a la usucapación y además a la sustentada sobre el artículo 464 del Código civil.

Si debe hacerse constar cómo en el registro industrial juega el principio de convalidación, general en nuestro derecho. Es muy interesante el efecto de la sentencia de 23 de octubre de 1954, que anuló la marca del demandado (por ser genérica) a pesar de haber transcurrido los tres años del artículo 14 del estatuto. Se decía así: "faltó en su transcurso la cualidad de justo al título ostentado, porque al haber sido otorgado en contra de lo prescrito en la Ley, se hallaba afectado de nulidad radical, conforme al artículo 4 del Código civil, sin que por tanto pudiera alegarse como elemento útil en la prescripción. En efecto, el artículo 1.953 del Código civil previene que el título para la prescripción ha de ser verdadero y válido y por la cualidad de nulo con que éste había nacido carecía notoriamente de la necesaria e indispensable validez. Por ello no pudo entrar en juego en ningún momento la excepción de prescripción aducida".

Resulta empero no muy ajustado que se exija este requisito del título para el juego de la fe pública, siendo así que el mismo es característico de la usucapación. Quizás haya influido en la exigencia el hecho de que para la actuación de la fe pública registral se requiera el transcurso de tres años. Al señalarse este plazo, que normalmente es de usucapación, la ley introduce un requisito cual el justo título característico del instituto prescriptorio.

Más acertado sería darle otro carácter al requisito que tratamos. En vez de la exigencia positiva del justo título se haría una definición negativa: la fe pública no actuaría cuando la nulidad dimanase de causas constantes en el mismo registro. Con esta elaboración podría haberse llegado a la misma solución en la sentencia de 1954, aunque con técnica quizás más ajustada.

Con ello, el requisito del justo título queda enormemente facilitado. Cuando la fe pública ha de jugar a favor del inmatriculante la misma posesión de buena fe engloba al título (con base en el art. 464 del Código). A su vez, si aparece un tercer adquirente la creencia o buena fe de que adquiere del verdadero propietario servirá también de justo título (vale también el art. del Código acabado de citar). Sobre estos extremos volveremos además al hablar del tercero.

E) Transcurso de los tres años.

Este requisito venía exigido por el artículo 30 de la Ley de 1902 y ha pasado al artículo 14 del estatuto vigente que pide esos tres años para que se consolide el dominio de la marca inscrita. Más arriba se ha criticado la redacción del precepto y cómo éste parece aludir a una usucapión que en realidad no existe propiamente.

Una reiteradísima jurisprudencia insiste en este requisito de los tres años. La s. de 19 de abril de 1913 dice que el propósito del legislador de 1902 es dejar a salvo los derechos de tercero que dentro de tres años acudiese a reclamar su prioridad en el legítimo uso de tales marcas y demostrar su posesión o dominio.

La de 22 de mayo de 1915 sienta que durante ese plazo puede reclamar la propiedad de la marca, para su uso exclusivo, el tercero que justifique su dominio o posesión. Igual otra sentencia de 14 de marzo de 1924, pero referida al nombre comercial; de éstos también trata la de 5 de mayo de 1930. Según ésta, durante los tres años la inscripción no tiene fuerza para enervar cualquier otro título civil que corresponda al que no inscribió.

Lo mismo proclama la sentencia de 25 de febrero de 1941. En igual sentido, la de 23 de marzo de 1945. Y la de 17 de diciembre de 1956 proclama: Si el certificado de concesión no lleva tres años de vida registral, la protección del Registro puede ser desvirtuada mediante prueba que justifique la adquisición por un tercero del distintivo registrado mediante su uso o quieta posesión anterior con buena fe y justo título.

De los modelos se ocupa la sentencia de 3 de marzo de 1933. Se anota que el certificado de modelo se otorga sin perjuicio de tercero. Al no haber pasado tres años, el titular registral no había consolidado el dominio a su favor. Hay que decir que se le achacaba al modelo la falta de novedad. Más adelante volveremos sobre esta sentencia.

Expuesta la exigencia del plazo y la jurisprudencia que la aplica, resta el indagar la naturaleza del requisito. A nuestro entender, el transcurso de los tres años más que requisito es condicionamiento o restricción. En definitiva es un plazo de suspensión para el juego de la fe pública análogo al que el derecho registral inmobiliario es-

tablece para las inmatriculaciones por título público o para las adquisiciones derivadas de herencia. Sino que aquí el plazo de suspensión que se ha fijado es siempre el mismo de los tres años. Más adelante, al tratar del tercero, hablaremos más detenidamente de este punto.

3) *Naturaleza de la adquisición que provoca la fe pública.*

Cuando juega este principio a favor de un tercer adquirente de la marca, se provoca una típica adquisición a *non domino*. Nada se ha de decir sobre la naturaleza y circunstancias de ella, pues basta con remitirse a las conclusiones que para ese supuesto establece la doctrina hipotecarista con relación a los inmuebles. La adquisición es legal y basada en la confianza que inspira la apariencia tabular.

Cuando la adquisición opera a favor del inmatriculante de la marca, cabría hablar más bien de creación a *non domino*. Con más motivo en este caso la adquisición será de tipo originario.

Pero en uno y otro caso cabe proclamar que la adquisición es directa y no de rebote. O sea, que la propiedad no nace porque se extingue la acción reivindicatoria del vero domino, sino a la inversa. Por eso no es del todo desafortunada la expresión del artículo 14 del estatuto de que la propiedad se consolida. En definitiva, se trata de un mantenimiento en la adquisición análogo al que opera en el registro de la propiedad inmueble. Todavía en el párrafo siguiente, al tratar sobre la prescripción y el registro, volveremos sobre este punto.

XIV. LA PRESCRIPCIÓN Y EL REGISTRO

1) *Usucapión a favor del Registro.*

A) Doctrina tradicional.

Una forma de usucapión tabular parecía ser contemplada en el artículo 30 de la Ley de 1902 para las marcas de fábrica. Y la misma opinión, aunque ya más forzosamente, se ha derivado del artículo 14 del vigente estatuto. El plazo, en uno y otro caso, era de tres años.

La sentencia de 29 de febrero de 1932 proclama que la Ley de 1902 estableció en su artículo 30 una prescripción de tres años. La de 3 de enero de 1936 sienta que el demandado había prescrito la marca por el transcurso del aludido plazo. Igualmente, la de 4 de mayo de 1945 señala que el actor había consolidado la prescripción de la marca por los tres años.

Doctrina semejante, pero aplicada a los nombres comerciales, es la contenida en las sentencias de 14 de marzo de 1924 y 5 de mayo de 1930. La solución es idéntica, puesto que el régimen jurídico de aquellos nombres se remite al establecido legalmente para las marcas.

B) Restricción en cuanto a las invenciones.

La sentencia de 3 de marzo de 1933 daba a entender que también en los modelos la propiedad se consolidaba a los tres años. Pero la doctrina varía en la fundamental sentencia de 24 de diciembre de 1940. Decía así: los modelos de utilidad no son propiamente bienes muebles. Esa denominación, consignada en el artículo 30 de la Ley de 1902, ha desaparecido del artículo 14 del vigente estatuto, en homenaje a una dirección científica que tras vacilaciones ha conferido al derecho de autor un rango especial agrupándolo en la categoría de los derechos sobre bienes inmateriales. En el caso debatido no se pudo adquirir el dominio del modelo por usucapión porque el Registro de la propiedad industrial amparaba realmente un derecho no susceptible de apropiación, como lo era un modelo carente de novedad.

Análogamente ocurre en las invenciones. Anota Fuentes Carsí, en su obra sobre la propiedad industrial, que las patentes no pueden beneficiarse de la usucapión, ya que son atacables durante todo el lapso de vida legal.

C) Doctrina correcta en cuanto a las marcas.

Ya hemos criticado la interpretación jurisprudencial que quería ver un caso de usucapión en los artículos 30 de la Ley y 14 del estatuto. La reacción la supone la sentencia de 24 de septiembre de 1963: no cabe hablar de prescripción cuando la Ley presupone que existe la propiedad desde un principio. Pero esta sentencia la transcribiremos más adelante.

Descontado lo anterior, tampoco cabe hablar de usucapión tabular como si la adquisición se operara exclusivamente por la eficacia registral sin ayuda alguna. La usucapión puede ayudar a rectificar un asiento inexacto, pero siempre con la colaboración de otros elementos.

La inscripción puede servir de título a una posterior adquisición. Recordemos cómo la sentencia de 29 de febrero de 1932 sentaba que el justo título había que reconocerlo porque la inscripción suponía una presunción de propiedad.

2) *Prescripción extintiva a favor del titular registral.*

A) Bases legales.

Los artículos segundos de los reglamentos de 1903 y 1924 contenía un precepto que hoy recoge el artículo 9 del vigente estatuto. "La prescripción de acciones, en cuanto no estuviese regulada por este estatuto, se regirá por lo determinado en el Código civil." Y muy parca es, por cierto, la normación del estatuto.

El artículo 14 del mismo establece un plazo de tres años. Ya hemos visto cómo no es correcto concebirlo como de usucapión. Ahora bien, ¿puede considerarse tal plazo como de prescripción de las acciones de los terceros frente al titular tabular?

B) La sentencia de 26 de septiembre de 1963.

Empieza diciendo que la prescripción (arts. 609 y 1.930 del Có-

digo civil) es un medio de adquirir la propiedad de la marca y con las condiciones requeridas por la ley; por ello no cabe hablar de usucapión o prescripción adquisitiva cuando la ley tiene ya por adquirida la propiedad y lo que establece es la prescripción de las acciones que puedan corresponder a terceros para alegar la existencia de vicios capaces de anular la adquisición, y por ello en tal caso las cuestiones referentes al plazo y condiciones de la reclamación han de regularse por el capítulo III y no por el II del título XVIII del libro cuarto del Código civil.

Veamos cómo la sentencia termina su ceñido razonamiento. Así ha de entenderse que ocurre con el precepto del párrafo 1 del artículo 14 del estatuto, en el que no se dice que el dominio de la marca se adquiere por prescripción, sino que se empieza por sentar que el certificado de concesión del Registro de una marca constituye una presunción iuris tantum de propiedad y se añade que el dominio se consolida a los tres años, o sea que una vez transcurridos éstos el titular queda inmunizado de las acciones impugnatorias que los terceros puedan deducir, transformándose la presunción iuris tantum en la de iuris et de iure. Por ello, si se habla de prescripción habrá que referirse a la de aquellas acciones de impugnación que quedan invalidadas por ministerio de la ley (prescripción extintiva) y no a una prescripción adquisitiva, totalmente innecesaria desde el momento en que la ley establece a partir de la concesión una presunción de propiedad a favor del titular de la marca registrada.

C) Nuestra interpretación.

La sentencia que tan por extenso hemos transcrito supone un avance considerable en la interpretación del artículo 14 del estatuto. Sólo resta dar un paso adelante y proclamar que ese plazo de tres años es un mero lapso de suspensión de la fe pública, transcurrido el cual se consuma la adquisición a non domino o la creación a non domino, según los casos.

Induce a confusión el que dicho término coincida con el normal de usucapión de las cosas muebles, pero nada impide que se hubiera fijado plazo distinto. O aún pudo determinarse plazo distinto según se tratara de tercero o del propio inmatriculante. Por lo que hace a la prescripción extintiva, la confusión es más difícil porque el plazo de ésta es de seis años en nuestro Código.

En conclusión lo que el artículo 14 sienta es una adquisición que se opera tras un plazo de suspensión. La prescripción extintiva de las acciones de los terceros es consecuencia de aquella adquisición y no viceversa. Lo mismo ocurre en el Registro inmobiliario.

3) *Prescripción extintiva en contra del Registro.*

Al no establecerse nada especial habrá que estar a lo que al respecto disponga la legislación civil. Se debe recordar que en el derecho hipotecario esta clase de prescripción afecta al titular registral.

4) *Usucapión en contra del Registro.*

A) Referencia al derecho francés.

He aquí lo que expone Roubier cuando se trata de marca no registrada. La idea de usucapión debe rechazarse entonces porque la marca puede usarse por diferentes personas al mismo tiempo. La Corte de París admitió empero la usucapión de una marca nominal. Añade aquel autor que la prescripción adquisitiva no puede fundar derechos frente a la prioridad de uso porque las dos posesiones co-existen paralelamente.

Frente a la marca registrada no cabe decididamente la usucapión. El uso posterior al registro no se tiene en cuenta: la posesión posterior de otro es ineficaz. Y es que no existe para el propietario de la marca la obligación de usarla (principio de que el registro hace a la marca independiente del uso).

Con todo, en la doctrina gala abundan las críticas contra las precedentes soluciones. Así Pouillet y Couhin.

B) Jurisprudencia patria.

La sentencia de 14 de mayo de 1924 sentaba la siguiente doctrina: el actor, propietario por prescripción de un determinado nombre social, puede reivindicarlo. No es obstáculo el certificado —título expedido a favor del demandado—, porque éste no lo había poseído tres años conforme exige la ley.

Análogo criterio contiene la sentencia de 17 de diciembre de 1956. El actor había comenzado el uso de las marcas discutidas más de tres años antes de la demanda; por tanto, durante el tiempo necesario para adquirir la propiedad por prescripción. Por ello, siendo tal uso anterior a la inscripción del demandado, ha quedado enervada la presunción *iuris tantum* del artículo 14.

En la sentencia de 6 de mayo de 1955 se afirmaba que el actor y su causante habían tenido la posesión quieta y pacífica de un signo parecido que induce a confusión, manteniéndola durante el tiempo mayor al necesario para adquirir por el uso extrarregistral la propiedad del título en litigio. Expresamente se desecha la tesis de que la prescripción sólo puede invocarla el titular registral.

Ahora bien, la usucapión no se da cuando el titular registral sea tercero protegido. Es lo que razona la sentencia de 4 de mayo de 1945. El demandado que no inscribió (porque la Administración le denegara el registro) obtuvo de la Audiencia sentencia permitiéndole el uso de la marca que se decía habría ganado por prescripción. El Supremo casó la sentencia por infracción del artículo 14 del estatuto: el actor o titular registral había consolidado la propiedad de la marca por el paso de los tres años.

C) Revisión crítica.

Las sentencias que hemos citado en el apartado anterior no contemplan propiamente casos de usucapión contra tábulas. Son simplemente supuestos en que se enfrentan dos pretendidas titularidades y en los que triunfa la no inscrita por el hecho de ser anterior en el

uso. Según expusimos en otro párrafo, el único propietario era el extrarregistral. El titular tabular sólo podría considerarse como poseedor cuyo derecho cede ante el dueño. Ello, claro está, siempre que no entre en juego la fe pública.

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que no pueda darse en nuestro derecho la usucapición contra tábulas. No existe la dificultad de admisión que en derecho francés. Desde luego es más rara que tratándose de otros bienes, porque el contacto posesorio que se da en las marcas es más sutil. Además, ambas posesiones podrían ser compatibles en muchos supuestos. Sin embargo, en algún supuesto concreto en que se dieran todas las circunstancias la usucapición se consumiría contra el titular registral si éste no impedía la posesión contraria.

Cabe preguntarse si el titular tabular será perjudicado cuando conozca la posesión contraria o lo será aún cuando tuviera posibilidades de conocerla. Creemos que es preferible la primera solución porque la segunda, que es la vigente en derecho hipotecario, viene a ser una excepción a lo general.

XV. DOBLE INMATRICULACIÓN

Tras haber examinado la usucapición y el registro, que viene a poner en tensión el juego de la fe pública, abordamos el problema de la doble inmatriculación, que supone también una no pequeña dificultad para la aplicación de aquel principio.

Un interesante supuesto fue el resuelto por la sentencia de 6 de abril de 1945. Al inscribirse la segunda marca, ya la primera (que se intabuló antes) había consolidado el dominio. No había precepto que de forma expresa determinara la prelación para tal supuesto. Sin embargo, todas las normas en materia análoga dan superior derecho al poseedor más antiguo; así, el artículo 445 del Código civil y Ley Hipotecaria. Por ello se dio la prioridad a la inscripción más antigua.

Más clara era la solución cuando uno solo de los oponentes había consolidado su adquisición por la fe pública. En el caso de la sentencia de 1 de mayo de 1947 ambas marcas se habían inscrito. El actor la registró antes en España y además la consolidó por los tres años. En cambio, el demandado no había realizado tal consolidación. Alega la sentencia que por el poder excluyente de la propiedad la segunda marca no debió entrar en el registro sin ser protegida. Si se inscribió, ahora debe ser invalidada por los Tribunales. El fallo, sin embargo, corrobora su argumentación diciendo que es aplicable el principio "prior tempore".

Para otros supuestos de doble inmatriculación que pudieran pensarse, creemos serían aplicables los mismos principios ya establecidos en ese caso por el derecho hipotecario.

XVI. LA FE PÚBLICA Y EL CONCEPTO DE TERCERO

1) *Formulación negativa de la fe pública.*

Según ella, lo no inscrito en el Registro de la propiedad industrial no perjudica a tercero. A falta de una proclamación general de tal principio, cual ocurre en la Ley Hipotecaria, podría valer la más concreta que contiene el artículo 31 del estatuto para las cesiones y transmisiones.

Lo no inscrito en el Registro tampoco perjudica al inmatriculante cuando éste sea protegido. Esta posibilidad de protección ya la hemos apuntado varias veces hasta aquí y se desarrollará en este mismo parágrafo.

2) *El tercero ante el Registro de la Propiedad Industrial.*

A) El tercero totalmente extraño.

Supuesta la inscripción de una invención o marca llamaremos tercero extraño a quien ninguna relación tiene ni con el negocio jurídico que dio lugar a la registración ni con la patente o marca inscrita.

Es dicho concepto más bien negativo y por exclusión; quedará, pues, aclarado después de examinar las otras formas o modalidades de tercero.

B) El tercero interesado.

En el registro francés se dice que son terceros todas las personas interesadas en criticar la transmisión de la marca; fuera, naturalmente, de las partes contratantes y sus sucesores a título universal. Toda persona que tenga interés puede prevalerse del incumplimiento de la publicidad en la transferencia.

Pero cuando hemos hablado del tercero interesado no nos referíamos precisamente a ese interés genérico que se acaba de describir. Ahondaremos más en nuestro derecho.

La Ley de 1902 decía en su artículo 104 que la acción para pedir la nulidad de una patente no podría ejercitarse sino a instancia de parte interesada.

Es el artículo 102 el que aclara: Se considerará parte interesada para los efectos de esta ley, todo fabricante o comerciante que se dedique en España a la fabricación o comercio de un objeto igual o similar al de la patente o título de propiedad industrial o comercial sobre que verse su reclamación; así como el que... acredite mediante requerimiento por acta notarial que el dueño de la patente ha rehusado concederle permiso de explotación de la misma previo el pago de la remuneración fijada...

El vigente estatuto contiene en su artículo 12 la prevención de que las modalidades en él reguladas se concederán sin perjuicio de tercero. Pero luego omite una definición de lo que el tercero sea.

Será la jurisprudencia la que nos diga cuál sea este tercero interesado. La sentencia de 4 de diciembre de 1959 dice lo siguiente: el

perjudicado por la concesión de la patente de invención tiene acción, según el artículo 115 del estatuto, para pedir la nulidad de ella. Pero como dicho cuerpo legal no da un concepto de tal carácter de perjudicado, hay que buscar ese concepto jurídico de perjudicado, como título único que aquí esgrime, en otras disposiciones legales sobre esta materia. Y únicamente la da el artículo 102 de la Ley de 16 de mayo de 1902, que en este punto sigue vigente en virtud de la norma transitoria 6.ª del estatuto, ya que se refiere a un punto que éste no determina.

La afirmación anterior podía parecer un tanto tajante. La resurrección de aquella Ley de 1902, un poco discutible. He aquí cómo aborda el Supremo el problema en posterior sentencia de 18 de junio de 1960. El artículo 115 del estatuto no da una acción popular de nulidad de patente, pero tampoco exige para entablarla un perjuicio real y efectivo. Y luego define el que hemos llamado tercero interesado o perjudicado: "basta con la estimación de algún daño o menoscabo, presente o futuramente previsible en el orden normal de las circunstancias de las cosas". Y luego viene la aplicación al caso: esa calidad se da en el actor al ejercer la industria de cerrajería, en la cual pueden utilizarse sin duda los productos resultantes de las patentes en sus variadas aplicaciones prácticas.

C) El tercero protegido.

Esta figura tiene ya íntimo contacto con el respectivo asiento del registro. Es, pues, un tercero registral. Será protegido siempre que reúna los requisitos que se estudiarán a continuación. A este tercero es al que desde ahora dedicamos nuestra atención

3) *Puede ser tercero el inmatriculante.*

A) Afirmación que se propone.

Al hablar de los efectos de la cancelación de las inscripciones de patentes dijimos que la fe pública jugaba en contra del inmatriculante aun sin existir terceros. Por tanto, ahora que tratamos de la fe pública en materia de marcas no podrá extrañar que la misma opere a favor del titular registral que abre folio.

En efecto, el artículo 14 del estatuto establece que el dominio de la marca se consolida a los tres años de la inscripción; y no distingue para dar ese beneficio entre que el titular sea el inmatriculante o un tercer adquirente. De toda la jurisprudencia citada hasta aquí también puede desprenderse esa conclusión.

La defensa del titular registral que abre folio queda apuntada, aunque como objeción, en la sentencia de 23 de octubre de 1954. En el caso en ella debatido se anuló la marca del demandado, aunque habían pasado tres años, porque la misma era genérica. La acción ejercitada fue la de nulidad. Pero he aquí los pronunciamientos que vienen a cuento: "ello aparte de que la acción que en este litigio se ha ejercitado no es la reivindicatoria de la propiedad de la marca concedida a los demandados, en cuyo caso quizás hubiera podido ope-

nerse con eficacia por aquéllos el dominio de su marca consolidado por los tres años del artículo 14 del estatuto”.

O sea que frente a la mera acción reivindicatoria del verdadero primer propietario el demandado hubiera podido oponer con éxito el artículo 14 aun siendo el inmatriculante. La sentencia transcrita no es totalmente decisiva, pero apunta de forma clara esa salida. Veamos ahora qué fundamento pueda tener esa solución.

B) Justificación de esta especialidad.

Las marcas y demás signos distintivos tienen con frecuencia una duración no excesivamente dilatada. Muchas veces se crean para atraer el público, y por ello sufren fácilmente los embates del tiempo. De ahí que durante su vida requieran una enérgica protección del registro administrativo que refuerce su feble consistencia.

Es más, en el registro inmobiliario el tráfico es lo normal y cotidiano. En cambio, en las marcas registradas muchas de ellas lo son a favor de cualquier sociedad y probablemente no experimentan transmisión alguna o muy contadas. Con ese dato, el negar los efectos de la fe pública al inmatriculante sería privar de eficacia total a un porcentaje muy amplio de las marcas.

Además, y en el último término, el Registro de la propiedad Industrial está configurado en beneficio de los terceros. Pero no bastaría para ello considerar tercero a los terceros adquirentes. El tercero beneficiario de la fe pública industrial es mucho más amplio. Por ello, el no garantizar debidamente los derechos del inmatriculante sería inferir un grave perjuicio a esos terceros que se trataba de proteger. La confianza que inspira una marca registrada que lleva varios años sin contradicción no puede quedar al azar de cualquier eventualidad.

Dicho en otras palabras, el beneficiario del Registro industrial es el público en general, y ello demanda una amplia seguridad al distintivo registrado. El que el inmatriculante goce de la fe pública es una consecuencia obligada.

B. DE CHASSENEUZ, citado por ROUBIER, pone de relieve el interés general que comportan las marcas. Según él, en dicha materia el interés de los consumidores tiene al menos valor igual al de los productores (los titulares registrales). Pudo, pues, decir que *ideo interesse tant publicum quam privatum considerandum est*.

Por ello no puede extrañar que, en Francia, un Edicto de 1564 penase como monederos falsos a los convictos de haber falsificado las marcas de telas preciosas. Tanto jugaba el crédito público en estos signos distintivos que se equiparaba al que merecía la moneda. La protección penal, que siempre ha tenido la propiedad industrial, prueba esto mismo de forma clara.

C) Requisitos del inmatriculante para ser protegido.

En este punto nos remitimos a lo que se expuso al tratar del principio de fe pública. Para el requisito del plazo de tiempo la remisión se amplía a lo que diremos en el apartado que sigue.

4) *Formulación positiva de la fe pública.*

A) Adquisición a "non domino".

Cuando la fe pública opera en favor de un tercer adquirente, éste es mantenido en su adquisición aunque falle el derecho del transmitente. No utiliza el estatuto esta terminología. Pero un valor análogo puede tener la consolidación del dominio de que habla el artículo 14. Sobre la naturaleza de tal adquisición damos por reproducido lo expuesto al abordar en general el principio de fe pública.

Sí que indicamos someramente los requisitos que debe reunir el tercer adquirente para poder gozar de la protección legal.

B) Requisitos de inscripción y de adquirir de titular inscrito.

El tercer adquirente en sentido estricto debe reunir ambas circunstancias. La segunda se dispensa, en cambio, al inmatriculante, según se dijo más arriba.

C) Requisitos de la buena fe y justo título.

La exigencia de buena fe en la propiedad industrial vino proclamada en el artículo 30 de la Ley de 1902 y hoy la cita el artículo 14 del estatuto. En todo caso está en línea, con lo que prescribe el derecho hipotecario.

El justo título es el negocio traslativo sobre el que operará luego la fe pública. Fundamentalmente ésta, mediante la adquisición legal o a *non domino*, sanará la falta de titularidad del *tradens*. Por las razones que se apuntaron al hablar del principio de fe pública, este requisito debe entenderse de modo lato y generoso.

D) ¿Se requiere la onerosidad?

El derecho registral inmobiliario consagra tal exigencia. No es que la onerosidad sea sustancial para la protección del tercero, pues puede darse ésta sin aquel requisito; pero hoy día el sistema español proclama aquella necesidad. Con ello se hace eco del principio de que en igualdad de circunstancias debe ser preferido quien sufre un perjuicio a quien sólo deja de percibir un beneficio o favor. Y el principio tiene, desde luego, arraigo entre nosotros.

Ahora bien, ¿cabe trasladar sin más aquel requisito de la onerosidad al Registro de la Propiedad Industrial? En el inmobiliario se dice del adquirente a título lucrativo que no gozará de más protección que la que tuviera su causante. Si este último era el inmatriculante, su sucesor a título gratuito prácticamente queda desprovisto de protección.

Pero no ocurre así en nuestro caso. El primer titular registral puede gozar de la fe pública con los requisitos necesarios. Por tanto, mal puede negarse el mismo beneficio a quien adquiere de él, aunque sea lucrativamente. Además cabe una argumentación legal. La Ley de 1902 y el estatuto no contenían la exigencia de onerosidad para la protección del tercero, a diferencia del derecho hipotecario ordinario, y tal silencio sólo cabe interpretarlo como una dispensa del requisito aludido.

E) El transcurso del plazo legal.

a) Adquisición por el tercero pasados tres años de la inscripción.

Este supuesto no ofrece duda alguna. Dándose los demás requisitos, el adquirente será mantenido en su propiedad aunque derivara de un *non domino*. El verdadero propietario habría dejado de serlo y no podría combatir al tercero.

b) Adquisición por el tercero antes de los tres años.

Tiene a su vez tres subcasos.

En primer lugar, que luego de su adquisición dicho tercero tenga otros tres años inscrito su derecho. En este supuesto, una vez que eso ocurra, su situación será inatacable.

En segundo término, que el tercero adquiera antes de ese plazo, pero luego uniendo su inscripción a la del causante complete ese término. Será también protegido porque como titular tabular puede unir la vida de su inscripción con las de aquellos de quienes trae causa.

Y queda el caso más dudoso. Que adquiera al año, por ejemplo, de la inmatriculación y luego él tenga inscrito su derecho otro año, pero sin sumar el plazo trienal. Aquí cabe primero entender que la exigencia de esos tres años es para el primer inscribiente, pero que el tercero es protegido en cuanto adquiere. O cabe mantener que la exigencia de los tres años es absoluta para que opere la fe pública, pues durante ese plazo está suspendida la eficacia de dicho principio. Nos inclinamos por esta segunda solución; primeramente porque la ley sólo habla de propiedad consolidada después del paso de tres años, y sobre todo porque lo contrario facilitaría las usurpaciones con sólo realizar una enajenación inmediata de la marca inscrita.

c) Inmatriculante que consuma los tres años.

Es protegido también, según tuvimos ocasión de exponer en otro apartado de este mismo párrafo. La acción reivindicatoria del verdadero dueño no prosperaría después de cumplido dicho plazo. Nos remitimos a la sentencia de 23 de octubre de 1954 de capital importancia.

XVII. PROTECCIÓN PROCESAL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

No se va a estudiar en este momento la dificultad que plantea a la doctrina tal protección. FUENTES CARSI, en su obra sobre el proceso especial de nulidad, dedica el capítulo III a tratar del problema de la jurisdicción en la propiedad industrial. A él nos remitimos.

Pero es claro que dicha propiedad, al igual que otras especiales, como pudieran ser la de aguas o la de minas, ofrecen complejos problemas procesales. Y el primero es el de la jurisdicción competente. La duda la provoca el carácter híbrido de las patentes y marcas, a caballo entre lo civil y lo administrativo, y las proclamaciones no siempre tajantes de la legislación.

Contribuye a aumentar la dificultad el hecho de que la protección

penal de dicha propiedad y la competencia ilícita aparezcan reguladas no en el estatuto, sino en la Ley de 1902, que en esta parte sigue vigente.

Finalmente, la protección civil se complica por el hecho de que el estatuto no se limita a remitirse a las leyes de enjuiciar, sino que crea un proceso especial para los casos de nulidad de registro.

De forma muy somera aludiremos a continuación a la protección de la propiedad industrial mediante el recurso contencioso administrativo, después abordaremos con igual concisión la protección penal y civil de las modalidades industriales, finalmente trataremos con alguna mayor dedicación del proceso especial de nulidad de registro que con tanta brillantez examinó FUENTES CARSI.

XVIII. RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y CONTENCIOSOS

1) *Textos legales que los admiten.*

La Ley de 1902 establecía el recurso contencioso para las patentes en el artículo 66 y para las marcas en el 86. Los artículos 14 del Reglamento de 1902 y del de 1924 hacían referencia a aquellos dos artículos de la Ley. Hoy día, el estatuto sustituye dichos preceptos de la ley de 1902 por sus artículos 108 y 155. Pero además añade otro artículo, el 15, que establece de forma genérica la admisión del recurso contencioso.

El recurso administrativo extraordinario de revisión estaba previsto en los artículos 14 de los dos Reglamentos existentes en la materia. Hoy lo regula el artículo 16 del estatuto.

Finalmente, el artículo 28 del Reglamento de 1903 y el 30 de 1924 establecían la incompetencia de la Administración en los casos de concesión de patentes. Hoy, el artículo 67 del estatuto contiene la misma prevención.

2) *El recurso de revisión.*

El contemplado por el estatuto se da para los supuestos de notorio error de hecho acreditado con prueba documental. Y cabe preguntarse si dicho recurso es compatible con el más amplio y del mismo nombre que regula la Ley de Procedimiento Administrativo.

Nos inclinamos por la afirmativa. Bien es verdad que los procedimientos en materia de propiedad industrial son especiales a los efectos de la Ley de 1958. Pero ello no impide que en materia de recursos la unificación se produzca. Por tanto, ambos regímenes no se excluyen, sino que se complementan. En lo previsto en el estatuto regirá el mismo; para los otros supuestos, la Ley de Procedimiento. Y es claro que al regir ésta a ella habrá que acudir para determinar los órganos competentes para conocer, causas de apertura, plazos y demás extremos.

3) *Incompetencia de la Administración en los recursos contra la concesión de patentes.*

La Administración no es competente para conocer de las reclamaciones que se entablen contra aquella concesión. He aquí el artículo 67 del estatuto. "El Registro de la Propiedad Industrial es incompetente para conocer de las reclamaciones que puedan presentarse contra las concesiones de patentes. Las que en este sentido se presentaren serán rechazadas de plano, dejando a salvo el derecho del peticionario para acudir a los Tribunales a los cuales corresponda".

El artículo transcrito plantea extraordinarias dudas. Sobre todo al ponerlo en relación con el artículo 115 del mismo estatuto en la parte que citaremos. Son nulas las patentes: 5.º Cuando por error se haya concedido sin tener en cuenta las prohibiciones contenidas en el presente estatuto. 6.º Cuando no se hubiere cumplido con los requisitos que se fijan en el presente estatuto antes de ser concedido el registro. La acción para pedir la nulidad de una patente deberá ejercitarse ante los Tribunales por quienes se estimen perjudicados. En el caso 6.º corresponde a la Administración acordar la nulidad.

M. DÍAZ VELASCO, al estudiar la nulidad de las patentes expone que en aquel artículo 67 lo que se prohíbe es el recurso contencioso contra la concesión del registro e interpuesto por tercero perjudicado. Según él lo razonable sería que tal recurso existiera, pero la Ley no lo autoriza. El artículo 67 debería declarar la incompetencia de la Administración, pero sólo cuando la reclamación contra la concesión se fundase en la falta de requisitos no sometidos a previo examen.

Según el autor citado, el remedio que da el estatuto a la indefensión del tercero es peor que la enfermedad. Sobre todo critica el número 6.º del artículo 115, según el cual, la Administración, firme ya el acto de concesión y en cualquier momento de la vida de la patente, puede anular ésta por inobservancia de requisitos de forma.

Sin embargo, entendemos que cabe otra solución. Esa anulación administrativa no cabe en cualquier tiempo, sino en los plazos normales del recurso. Y el que éste cabe no puede negarse, so pena de dejar sin contenido el caso 6.º del artículo 115. Entonces, el artículo 67 habría que adicionarlo diciendo que la Administración es incompetente, salvo en el caso 6.º del artículo 115. Así podrían armonizarse los dos preceptos y tener su campo de aplicación distinto y correspondiente.

Por lo que hace a los extremos, que no son objeto de examen administrativo (la utilidad y novedad), es claro que la Administración rechazaría cualquier recurso contra la concesión y que éste se entablaría ante los Tribunales ordinarios.

Y quedan finalmente aquellos requisitos de fondo que son examinados por el Registro (patentabilidad, unidad de objeto). Es indudable que su falta da origen a posible anulación ante los Tribunales ordinarios. Pero, ¿cabe reclamar la concesión ante la Administración?

El artículo 67 parece impedirlo. Otra cosa sería si se redactara como proponía DÍAZ VELASCO.

Nos atrevemos a romper una lanza en pro del recurso administrativo y contencioso en tales supuestos. Para ello habría que darle al caso 6.º del artículo 115 una interpretación amplia: la falta de requisitos legales no sólo se referiría a los defectos de forma, sino que abarcaría a los de fondo (patentabilidad, etc.). Desde luego, no es absurdo mantener que la palabra "requisitos" engloba a los de las dos clases.

Entonces, el caso 5.º del artículo 115 vendría a estar subsumido en el 6.º, sólo que en el primero, además del recurso administrativo cabría también el judicial durante toda la vida de la patente. El artículo 67 habría que entenderlo entonces cual proponía DÍAZ VELASCO. Veamos la posible defensa que esta construcción pueda tener. Por descontado que la protección de los terceros sería mucho más eficaz con ella.

El autor citado trae a colación, al estudiar el artículo 67 del estatuto y sus antecedentes, dos sentencias. La de 26 de diciembre de 1872 y la de 30 de diciembre de 1924. Ambas proclaman la incompetencia de la Administración para entender de reclamación contra la concesión de patentes. Pero es de advertir que en los dos casos se alegaba la falta de novedad que no es examinada por el Registro.

El dar una interpretación amplia al caso 6.º del artículo 115 y el restringir la proclamación del 67, lleva a que los requisitos de fondo de la patente puedan ventilarse primero ante la Administración, con eventual recurso contencioso, y luego ante los Tribunales ordinarios. Parece que el supuesto es inadmisibile; sin embargo, en materia de marcas se da constantemente. Buena prueba y mejor defensa de lo que decimos la proporciona la Sentencia de 26 de septiembre de 1963 "La sentencia de 4 de febrero de 1954 no se opone a la competencia de los Tribunales en materia de nulidad de marcas. Dicho fallo de 1954 proclamaba la inatacabilidad ante la jurisdicción ordinaria del incumplimiento de los requisitos registrales previos a la concesión no combatidos en vía contenciosa; pero ello en realidad no merma el ejercicio de la acción civil para pedir la nulidad (núm. 1 del art. 124 del estatuto), limitando la cuestión de la semejanza de marcas a una apreciación apriorística a ventilar en el reducido término establecido para recurrir en vía contenciosa, siendo así que la acción impugnatoria no es pública, sino que sólo se concede al perjudicado y muchas veces los efectos lesivos de la concesión no se concretan debidamente hasta pasado cierto plazo, siendo justo, por tanto, respetar el plazo más holgado durante el que la acción civil es viable".

Y si el cauce contencioso no excluye al civil, fácil será concluir que para la concesión de patentes con infracción de cualquier requisito del estatuto el recurso de los Tribunales ordinarios no debe impedir el conocimiento de la Administración que suele ser más rápido y enérgico. La doctrina de la compatibilidad de recursos no puede exponerse más acertadamente que en la sentencia transcrita.

XIX. PROTECCIÓN PENAL

1) *Usurpación de la propiedad industrial.*

Hoy día, dicha materia viene regulada no en el estatuto, sino en los artículos correlativos de la Ley de 1902. Para esos extremos, objeto de alguna incertidumbre, nos remitimos a la obra sobre Propiedad Industrial, de C. E. MASCAREÑAS. De este mismo autor es el trabajo "los delitos contra la propiedad industrial", donde se hallará ampliamente desarrollada su problemática.

2) *Represión de la competencia ilícita.*

Para situar la acción tendente a ella acudiremos a la exposición de ROUBIER: La acción de concurrencia desleal, dice éste, es en cierto modo supletoria de la acción de contrafección. 1.º Se da en ciertos supuestos en que el derecho privativo no reúne todos los requisitos para ser protegido (marca no registrada, invención impantentada). 2.º Se da en determinadas formas de propiedad industrial que difícilmente dan lugar a un derecho privativo (así el nombre comercial, porque pueden existir diferentes personas con el mismo).

El artículo 131 de la Ley de 1902, vigente hoy en lugar del estatuto, define la competencia ilícita como toda tentativa de aprovecharse indebidamente de las ventajas de una reputación industrial o comercial adquirida por el esfuerzo de otro que tenga su propiedad al amparo de la presente Ley.

Parece de ese texto que sólo halla protección el que tenga inscrito su derecho en el Registro administrativo. Sin embargo, el artículo 1 del Reglamento de la materia de 1924 establece que la falsa indicación de procedencia y la competencia ilícita pueden perseguirse sin necesidad de llenar previamente formalidades administrativas de ninguna clase. (Lo contrario de lo que ocurre con la acción de defraudación.) El artículo 4 del Estatuto actual recoge la sustancia de aquel precepto reglamentario.

Aunque el tenor de estos últimos preceptos parece claro, no ha faltado polémica en la doctrina sobre si el sujeto pasivo del delito de competencia ilícita necesita tener inscrito su derecho para poder accionar. Nos remitimos al libro de MASCAREÑAS sobre delitos contra esta propiedad especial. Jurisprudencialmente puede citarse la sentencia de 28 de septiembre de 1931: "Corroboran los razonamientos expuestos la Ley de 1902 y su reglamento, por cuanto el artículo 138 de aquélla se halla en perfecta concordancia con el 436 del Código penal de Marruecos, y porque en todo caso la falsa indicación de procedencia y la competencia ilícita pueden perseguirse sin necesidad de llenar previamente formalidades administrativas (art. 1. del referido reglamento de la materia)".

XX. PROTECCIÓN CIVIL DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

1) *Competencia de la jurisdicción ordinaria.*A) *Delimitación general.*

Para ello nos remitimos de nuevo a la obra de F. Carsi sobre el proceso en materia de propiedad industrial. Allí establece la línea histórica de tal atribución a los Tribunales y los criterios delimitadores para los casos mixtos. Simplemente recogemos algunas precisiones. 1.º El Real Decreto de 17 de febrero de 1928 supuso una regresión a la jurisdicción administrativa. Por cierto, una extensa crítica de esa disposición se hallará en la tantas veces citada obra de Díaz Velasco. 2.º Por excepción en los modelos y dibujos la competencia general estuvo atribuida a la Administración hasta fecha reciente (Decreto de 26 de diciembre de 1947). 3.º A veces el mismo estatuto autoriza la doble impugnación del Registro por vía contenciosa o civil, a elección del interesado (caso de los modelos de utilidad).

B) *Normas legales en la materia.*

El Reglamento de 1903 dedicaba dos artículos de interés. Según el 44, el Registro de la Propiedad Industrial no podrá mezclarse nunca en las cuestiones de posesión y dominio que se susciten con motivo del registro de las marcas, dibujos y modelos. Expedido el título al primer solicitante se deja a salvo el derecho de los opositores a demostrar su mejor derecho ante los Tribunales (teniendo en cuenta el artículo 30 de la Ley).

El artículo 45 hacía la salvedad de que se suspendería la resolución del expediente si antes de dictarse se recibiere en el Registro exhorto de algún Juzgado o Tribunal poniendo en su conocimiento haberse entablado litis sobre la propiedad o posesión de la marca, dibujo o modelo.

Los dos artículos anteriores pasaron a ser el 50 del Reglamento de 1924, con alguna supresión y adición a cambio.

A su vez la materia la regula el estatuto en su artículo 13. "Las cuestiones de propiedad y dominio serán de conocimiento de los Tribunales de Justicia. Si antes de extenderse el certificado de Registro se recibiese en el Registro exhorto de cualquier tribunal de haberse entablado una acción reivindicatoria, se suspenderá la resolución del expediente hasta que recaiga el fallo definitivo."

De este precepto del estatuto conviene destacar dos extremos: 1.º La competencia de los Tribunales se ciñe exclusivamente a los casos relativos a la propiedad; no se habla de posesión como antes. 2.º Las acciones que pueden originar la suspensión de la concesión son las relativas al dominio, y concretamente sólo la reivindicatoria.

C) *Posibilidad de juicio de árbitros.*

Sobre la admisión de tal modalidad en nuestra materia hay que dar por reproducidas las conclusiones de F. Carsi en su obra tantas veces aludida. Bien es verdad que el matiz administrativo y de orden público que tiene tal propiedad será siempre no pequeña dificultad

para la franca viabilidad del proceso arbitral. Piénsese que en la propiedad industrial el delimitar las competencias civiles y administrativas ofrece muchas veces dificultades de peso.

2) *Manifestaciones de la competencia de los Tribunales.*

A) *Legislación anterior.*

Dejamos a un lado los supuestos de nulidad de registro porque los mismos serán tratados especialmente en el párrafo siguiente.

La Ley de 1902 preveía la competencia de los Tribunales ordinarios para determinados supuestos de caducidad. Así los casos 4 y 6 del artículo 109 y el supuesto 2 del artículo 112. El Reglamento de 1924 recogió esos preceptos en su artículo 59.

También el Reglamento de 1903 estableció la actuación de los Tribunales para supuestos de concesión superponiéndose a otra anterior, pero de distinta modalidad; así en sus artículos 38 y 58. El Reglamento de 1924 recogió esas normas en sus artículos 69 y 80.

B) *Vigente estatuto.*

La competencia de la jurisdicción ordinaria viene establecida concretamente para las patentes en los artículos 115 y 117; para las marcas, en los 158 y 163; los 180 y 181, en materia de modelos; para otras modalidades de la propiedad industrial están los artículos 194, 218, 232 y 264.

3) *Procedimiento judicial establecido.*

A) *En la Ley de 1902.*

Su artículo 145 declaraba competentes a los Tribunales ordinarios que lo fueran por razón de la materia. El procedimiento se acomodaría a lo dispuesto en las leyes de enjuiciar, disponía el 148. Además, la Ley de 1902 daba ciertas normas sobre competencia territorial y legitimación. El artículo 149 hacía entrar como parte al Ministerio Público en los juicios de nulidad y caducidad. Sobre la publicación de las sentencias que acordaron aquéllas daba prevenciones el artículo 151.

B) *En el estatuto vigente.*

En él, su artículo 267 declara competentes a los Tribunales ordinarios para conocer de las materias de la propiedad industrial. Para determinar la competencia de dichos jueces y tribunales se estará en general a lo dispuesto en las leyes de enjuiciar.

Pero la prescripción más interesante es la del artículo 268 que declara competentes a las Audiencias Territoriales para los juicios de nulidad de las patentes y marcas. El procedimiento para dichos juicios se articula en los 270 y siguientes del estatuto. Para esta materia hay que remitirse a la obra tantas veces citada de FUENTES CARSI. También más adelante trataremos de este proceso especial.

4) *Acciones civiles que protegen la propiedad industrial.*

A) Principio general.

Puede ser ilustrativo el panorama del derecho francés tal cual lo expone ROUBIER. Según la teoría tradicional, sólo existe la acción de concurrencia desleal y la acción de *contrefaçon*; esta última ejercitada por vía civil o penal, pero siendo la misma acción. De ésta es subsidiaria la de concurrencia, según se expuso más arriba.

Sin embargo, la Sala de lo Civil de la Corte de Casación ha dicho: "La propiedad de la marca registrada confiere a su titular un derecho de reivindicación contra todos los usurpadores bajo cualquier modo y de cualquier manera que sea". Según eso, todo atentado al derecho privativo podría ser objeto de una acción civil, con independencia de los textos legales concretos.

Aquí habría un principio susceptible de hacer progresar la sanción de los derechos privativos más allá de los supuestos previstos en la ley especial. Ahora resta por ver si estas orientaciones tienen aplicación en derecho patrio. A ello cabe contestar que, salvo en la vía penal donde debe partirse de una idea restrictiva, las acciones protectoras de nuestra propiedad especial pueden jugar con toda amplitud y libertad. De ello tratamos en los siguientes párrafos.

B) La defensa interdictal.

Por la afirmativa se inclina el clásico tratado de ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA sobre Derecho mercantil. En las páginas 238 y siguientes del tomo IV, dedicado al nombre comercial, rechazan las posibles dificultades que se presentan para la admisión de los interdictos. Allí puede consultarse el problema.

Es significativo al efecto el tono en que se produce la sentencia de 21 de marzo de 1958. "Quienes tengan inscrita una marca comercial en el Registro de la propiedad Industrial pueden hacer valer ante los Tribunales su derecho a no ser perturbado en su empleo con el uso de otra marca que pueda confundirse con ella, según los artículos 4, 7, 123 y 267 del estatuto y según la sentencia de 4 de mayo de 1945".

C) Acción reivindicatoria.

Es la más enérgica y definitiva defensa de la propiedad industrial amenazada. El propio artículo 13 del estatuto la menciona expresamente indicando que su interposición puede ser causa de suspensión de la concesión del Registro.

Como secuela de la acción anterior es también admisible la publiciana. Esta está reconocida últimamente por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de febrero de 1962. Precisamente cuando el que acciona es el titular extrarregistral, si no se le quiere conceptuar auténtico propietario la publiciana puede orillar bastantes dificultades.

Y es claro que la defensa de las modalidades industriales se da no sólo cuando éstas son usurpadas plenamente, sino también si el ataque es parcial. Es muy significativa la sentencia de 25 de febrero de 1941. La lesión a la marca puede ser no sólo por reproducción íntegra de sus signos, sino por la de sus elementos más característicos, con variaciones por adición o sustracción o por cambio o sustitución.

XXI. EL JUICIO ESPECIAL DE NULIDAD DE REGISTRO

1) *Intervención del Abogado del Estado.*

A) Preceptos legales.

El artículo 149 de la Ley de 1902 regulaba aquella intervención: en concepto de parte procesal. En cambio, los artículos 75 del Reglamento de 1903 y 90 del de 1924, se limitaban a decir que el Registro de la Propiedad Industrial emitirá informe en las materias relativas a dicha propiedad cuando fuere requerido por los Tribunales.

El artículo 312 del Estatuto toca ambas facetas. A la asesoría jurídica del Registro corresponde representar a éste ante los Tribunales y emitir informes en derecho. En el vigente cuerpo legal la intervención del Abogado del Estado ya no es como parte.

B) Consideraciones doctrinales.

Veamos primero las reflexiones que hace la doctrina francesa por boca de ROUBIER. En aquel país, el juicio de nulidad de patente sólo produce cosa juzgada según las normas generales. Por ello, el artículo 37 de la Ley de 1844 prevee un procedimiento para obtener la nulidad absoluta de la patente mediante la intervención del Ministerio público, que es quien tiene la defensa de los intereses y del buen orden de la sociedad.

El Ministerio público puede: a) convertirse en parte en todo juicio de nulidad y pedir la nulidad absoluta de la patente; b) accionar en forma principal en los casos de invenciones farmacéuticas, invenciones inmorales, título fraudulento.

El Ministerio público debe demandar al patentado y sus causahabientes. En este caso, la nulidad de la patente será *erga omnes*. En cambio, si la acción del Ministerio Fiscal no prospera ello no impide que la nulidad la pida un tercero.

En Francia, para las marcas no hay posibilidad de dar a la nulidad efecto *erga omnes*, porque no hay previsto un procedimiento análogo al caso de las patentes.

C) Doctrina patria.

Los mismos problemas planteados en Francia se daban en nuestro derecho. La obra de DÍAZ DE VELASCO sobre concesión y nuli-

dad de patentes los estudia ampliamente. Cita en primer lugar la Real Orden de 1 de junio de 1886, que señaló la necesidad de intervención del Ministerio Público en los juicios de nulidad. También trae a colación la sentencia de 4 de noviembre de 1891, que declara que la intervención corresponde a los Abogados del Estado. Sobre la opinión de dicho autor en torno a estos pronunciamientos nos remitimos a lo que expone en su obra citada.

Recientemente, FUENTES CARSI ha estudiado la postura del Abogado de Estado en estos juicios de nulidad. Su parecer es más bien contrario al mantenimiento del informe de la Abogacía. También los anales de la Dirección General de lo Contencioso ha publicado un trabajo sobre la intervención procesal de la Abogacía del Estado en tales pleitos.

D) Nuestra postura.

En primer lugar existen los casos en que la intervención del Abogado del Estado es principal. Basta recordar que en los supuestos 2.º y 5.º del artículo 115 del Estatuto la demanda de nulidad la interpone el representante de la Administración.

En los demás supuestos, la audiencia de la Abogacía puede tener relación con la eficacia de cosa juzgada de la sentencia que recaiga. Nuestro derecho admite claramente como causa de la nulidad de los derechos registrales la sentencia firme que así lo acuerde.

Con independencia de ello, la misión de la Abogacía del Estado cabe configurarla como típica del fiscal. Unas veces la ejercerá siendo parte, otras, las más, mediante su informe en derecho. Aunque en la jurisdicción contenciosa la denominación se ha perdido, no así el cometido. El representante de la Administración unas veces defiende a ésta, otras, las menos, informa al Tribunal (caso de la suspensión de actos reclamados o de inejecución de fallos). El factor cuantitativo no debe obscurecer los dos cometidos.

Pues bien, si la Abogacía actúa como fiscal de la jurisdicción en materia administrativa, ¿por qué no ha de ocurrir lo propio en la propiedad industrial? Aquí nos limitamos a dar por reproducido lo dicho sobre el carácter administrativo del Registro que protege tal propiedad.

Algo análogo ocurre en materia de montes públicos. Aunque éstos sean de los municipios, la Ley del Ramo establece la preceptiva intervención como demandado del Abogado del Estado. E igual hubiera podido dicha Ley estatuir que la Abogacía actuara por vía de informe, cual ocurre en la propiedad industrial. En definitiva, ambas misiones entran dentro del ser fiscal en una jurisdicción. En cuanto a que actúe la Abogacía y no el Ministerio Fiscal ordinario el carácter administrativo es el que decide a favor de la primera.

2) Acción que se ejercita en el juicio de nulidad.

A) No tiene por base la propiedad inscrita.

En el Registro inmobiliario se establece una acción especial para la defensa de los derechos inscritos. O más bien un procedimiento especial, el del artículo 41 de la Ley. Es ello una consecuencia del principio de legitimación.

No es ello lo que ocurre en la propiedad industrial. El procedimiento o juicio especial de nulidad puede entablarlo cualquier interesado, con independencia de tener o no inscrito su derecho. Es un proceso que no está relacionado con la legitimación registral. Esto se examinará después.

B) No tiene que ser propiamente una acción de nulidad.

El juicio especial más que por la acción entablada se individualiza por el efecto perseguido. Será viable si con él se trata de conseguir la anulación de un registro, aunque la acción deducida no sea específicamente la anulatoria.

Esto tiene una confirmación práctica. No siendo precisa en nuestro derecho la *editio actionis* no habrá que especificar que se ejercita una acción de nulidad. Y si se replicase con el párrafo segundo del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabría contraargumentar con la sentencia de 30 de octubre de 1928, según la cual, aunque en tal caso previsto se hubiera omitido la clase de acción, deberá determinarse atendiendo a la súplica del escrito de la demanda.

Contraria a nuestro sentir, parece la sentencia de 18 de marzo de 1960. Se trataba de un juicio de nulidad en el que se desestimó la demanda. El Supremo afirmaba: "lo verdaderamente discutido entre las partes no es la nulidad de la marca del demandado, sino la propiedad de ella que, por prioridad en el uso, pretende tener el recurrente. Ahora bien, esta declaración sólo puede lograrla por la vía extraordinaria de la acción reivindicatoria, mencionada en el artículo 13 del Estatuto, pero no por la de anulación del registro".

Esta sentencia será criticada más adelante. Por el momento baste consignar un detalle: la sala de instancia había proclamado evidentes diferencias entre las marcas en litigio. Y es obvio que dándose tal circunstancia nunca podría prosperar la demanda de nulidad.

C) Fundamento del juicio especial de nulidad.

Ya hemos dicho que el mismo es independiente de que el actor tenga inscrito su derecho. Igualmente su ámbito excede del de una típica acción de anulación. Pero entonces, ¿por qué existe este juicio especial?

La fundamentación es de tipo más bien pragmático. La necesidad de especialización en el órgano juzgador y la exigencia de rapidez en el procedimiento. Si se ha logrado ello, sobre todo lo segundo,

es cuestión que no admite solución pacífica en la doctrina. Buena parte de ésta se inclina por la supresión del juicio especial que tratamos.

Y sobre todo cabe preguntar ¿Es que esa exigencia de rapidez no se da en todos los juicios sobre propiedad industrial y no sólo en los de nulidad? Piénsese que muchas manifestaciones de esa propiedad tienen una vida limitada, lo que exige que las dudas se resuelvan lo antes posible. En suma, el juicio especial de nulidad podría ser mirado con algún escepticismo.

3) *Competencia de las Audiencias Territoriales.*

A) Proclamaciones genéricas y especiales.

La competencia de la jurisdicción ordinaria en materia de nulidad la proclama la sentencia de 6 de marzo de 1928. Dice que una cosa es la concesión de la patente y otra la calificación jurídica que discierne si existe o no el invento, o sea, su originalidad. La declaración de nulidad de una patente de propiedad industrial entraña una cuestión de naturaleza jurídica o de índole civil, cual es su calificación, que afecta al fundamento del derecho, y al tuyo y al mío, pues de la existencia del invento depende el derecho de su autor y de ser del solicitante o de un tercero se deriva el ser aquél o no sujeto de dicho derecho.

Más concretamente la sentencia de 23 de septiembre de 1932 añade: Las cuestiones de propiedad del invento son competencia de la jurisdicción ordinaria y se refieren a la certeza de las circunstancias de propia invención, novedad y utilidad de la patente y reconocimiento de la verdadera paternidad del invento. Y concluye: Para la declaración de nulidad la Audiencia era el único Tribunal ordinario competente que podía conocer de la acción.

La sentencia de 23 de octubre de 1954 sienta igual doctrina. El actor se funda en una continuidad en la posesión y uso extrarregistral de una denominación. Y el derecho de este uso no puede tener otro carácter que el de civil. Por ello, al ser vulnerado, con la concesión otorgada a los demandados, no cabía en su defensa otra que ejercitar la acción civil ante la jurisdicción ordinaria. La sentencia de 26 de septiembre de 1963, examinada en otro lugar, contiene análoga declaración.

Muy interesante es la de 8 de febrero de 1962. El caso contemplado no afectaba al acceso de la marca al Registro (competencia de la jurisdicción contenciosa), sino a la colisión jurídica de doble inmatriculación de nombres similares. Al haberse pedido expresamente la anulación de una de dichas inscripciones (lo que en suma constituye una verdadera acción reivindicatoria) no puede ofrecer la menor duda que su conocimiento compete a la jurisdicción ordinaria.

Esta sentencia prueba, según antes mantuvimos, que la acción reivindicatoria no es totalmente incompatible con el juicio especial de

nulidad. En efecto, en el caso resuelto el fallo de instancia lo dictó la audiencia de Madrid, que declaró la nulidad de una marca por similitud con la otra.

B) Extensión de la competencia de las Audiencias.

Al tratar del principio de legitimación vimos la Sentencia de 27 de diciembre de 1954. Según ella, la nulidad de una marca debía acarrear el eliminar su nombre del Registro Mercantil, donde figuraba como nombre de una sociedad. Bien es verdad que estas peticiones se hicieron en juicio ordinario ante el Juez de Primera Instancia.

Por eso tiene más interés la sentencia de 23 de septiembre de 1932. Tras declarar la competencia de la Audiencia Territorial para anular la patente, añade: además debe tenerla también para fijar los efectos que la nulidad necesariamente produciría en el patrimonio de los demandados. De otra forma o el actor había obtenido una declaración inane o se veía forzado a promover nuevo pleito ordinario para las consecuencias de la nulidad. Por ello la Audiencia al fallar sobre todo no infringió los artículos 267 y 268 del estatuto.

El criterio es extraordinariamente lógico, pero no es unánime. La sentencia de 6 de abril de 1945 da la solución opuesta. La acción de indemnización de perjuicios presupone la previa nulidad; por ello parece natural que pueda ejercitarse a la vez. Pero los artículos 267 y 268 limitan la competencia de la Audiencia a la demanda de nulidad; por tanto no puede extenderse a los demás negocios cuyo conocimiento se atribuye a los jueces de Primera Instancia.

Esta división de competencias, que atenta a la continencia de la causa, es un grave inconveniente del juicio especial de nulidad que precisamente hallaba su fundamento en la celeridad del procedimiento.

4) *La acción puede ejercitarla el titular no inscrito.*

A) Principio general.

La acción de nulidad puede deducirla quien tenga su derecho inscrito, pero también el titular extrarregistral. Si se requiere el ser interesado. Así, según la sentencia de 26 de septiembre de 1963, la acción de impugnación no es pública, sino que sólo se concede al perjudicado.

B) Jurisprudencia que lo corrobora.

La sentencia de 19 de abril de 1913. El actor tenía sobre la marca la propiedad adquirida como autor y poseedor de ella. La Ley de 1902 quiso dejar a salvo los derechos de tercero que reclamase la prioridad en el legítimo uso de tales signos. Igual pronunciamiento hace la de 22 de mayo de 1915: la marca inscrita pue-

de reclamarla para su uso exclusivo el tercero que justifique su derecho.

La propiedad extrarregistral la reconoce la sentencia de 14 de marzo de 1924 para el nombre mercantil. La de 5 de mayo de 1930 sienta: la Ley de 1902 respeta la adquisición de las marcas por cualquier título de Derecho civil (uno es la creación), aunque no se inscriba en el Registro administrativo. El titular civil puede atacar, pues, la inscripción a favor de otro. Lo mismo sienta la sentencia de 5 de junio de 1933: acreditada la prioridad de uso el actor tiene acción para impugnar con éxito la misma marca posteriormente registrada por el demandado.

Los fallos modernos contienen la misma doctrina. Según el de 25 de febrero de 1961, el poseedor de la marca no carece de acción para defender su derecho, aunque no inscribiera su adquisición; pues su falta es en todo caso una infracción administrativa. No es plenamente acertada la expresión, pero el significado está claro. Para la sentencia de 5 de julio de 1962 el uso extrarregistral de una denominación es de carácter civil; por tanto, su vulneración por una inscripción sólo cabe rechazarla acudiendo a la jurisdicción ordinaria.

C) Proclamaciones contrarias.

Algunos fallos parecen condenar al titular extrarregistral y no permitirle la acción de nulidad de la marca inscrita. Así el de 16 de febrero de 1963. El resultado es extraordinariamente duro, pues la acción civil de nulidad es el último remedio de aquél. Por ello conviene ver aquellas sentencias. Desde luego, en la citada existían diferencias entre las marcas en cuestión.

Más clara parece la sentencia de 18 de marzo de 1960. Se desestimó la pretensión de anular una marca. Respecto a ello, decía, han de regir ante todo las normas del artículo 124 concretamente reguladoras de la materia, en cuyo artículo detallada y taxativamente se enumeran los motivos legalmente impeditivos de la concesión de las marcas. Pues bien, en ninguno de ellos, relacionados como *numerus clausus*, se encuentra el de la prioridad en el uso, alegado como causa de anulación.

Este criterio daría al traste con una jurisprudencia reiterada enumerada en el apartado anterior, y conduciría a la indefensión del verdadero propietario. Por ello no lo estimamos prevalente. Además, en el caso debatido, la Audiencia también había proclamado evidentes diferencias entre las marcas en litigio. Y es claro que en tal supuesto no procedía la anulación de la inscrita.

5) *Puede accionar el carente de protección administrativa.*

Y es lógico si se tiene en cuenta que estamos ante una acción civil y que el registro administrativo no es constitutivo de la propiedad industrial.

La sentencia de 23 de octubre de 1954 contempla el caso del poseedor extrarregistral de una marca genérica. Precisa el fallo que la denominación en cuestión, por ser común a los productores de la región, es una *res nullius* y por tanto no puede atribuirse privativamente a uno sólo. El uso de esa denominación no puede tener otro carácter que el civil: su defensa ha de hacerse mediante una acción civil.

Es más, la protección civil al titular no inscrito ha de darse aunque éste haya incumplido además otras formalidades administrativas. Así lo expresa claramente la sentencia de 22 de mayo de 1951 en la que los trámites omitidos eran sanitarios. Igual ocurre en la de 5 de junio de 1933. "El no haber sometido el actor el producto farmacéutico al Registro de sanidad no obsta a la posesión de la marca con prioridad al demandado. Por ello procede anular la inscripción posterior de éste, sin que sea obstáculo a ello la definición legal de marca del artículo 131 del estatuto, ni la registración obligatoria de las marcas farmadéuticas del artículo 133 del mismo texto".

6) *La nulidad no tiene siempre motivos tasados.*

A) Sentencia que parece negarlo.

Ya la hemos recogido. Es la de 18 de marzo de 1960. Según ella, la nulidad de la marca sólo cabe en los supuestos del artículo 124 del Estatuto, en ninguno de los cuales se recoge la prioridad de uso. Continúa: "y si se pretendiese que tal prioridad pudiera determinar un posible error o confusión, con lo que entraría en el número 1.º de aquel artículo, cabe replicar que dicho error ha de ser con otros distintivos ya registrados".

Ya hicimos la crítica de esta decisión en otro lugar. Allí se decía que en realidad las marcas enfrentadas en la litis tenían evidentes diferencias.

B) Nuestra postura.

La exigencia de que la nulidad se base en las causas legales puede admitirse con un complemento: que sea cuando se haya de perjudicar a un tercero. Cabría repetir la prescripción del artículo 38 de la Ley hipotecaria: "La demanda de nulidad habrá de fundarse en las causas que taxativamente expresa esta Ley cuando haya de perjudicar a tercero".

Pero más que las causas lo interesante es la condición del titular inscrito. Cuando éste sea tercero protegido, la acción de nulidad será inoperante frente al mismo. En cambio, si el titular inscrito no goza de esa protección se podrá obtener la anulación de su derecho, aun por causa diversa de las tasadas en la Ley. Sobre esto nos remitimos al número 4 de este parágrafo.

En cuanto a lo que sea tercero protegido y a las condiciones para gozar de esa protección, al estudiar dicha figura y tratar del principio de fe pública se indicó lo necesario.

7) *Plazo de ejercicio de la acción de nulidad.*

A) Caso de las patentes y modelos.

FUENTES CARSI, en la obra tantas veces citada, expone y hace suya la opinión de DÍAZ DE VELASCO. En el caso de las patentes, la acción de nulidad cabe ejercitarla mientras duren aquéllas. Ello es así porque el perjudicado sólo podrá accionar cuando tenga conocimiento de la patente indebida.

El mismo régimen ha de seguirse para los modelos de utilidad. La sentencia de 24 de diciembre de 1940 no admite la usucapión de éstos. Así el indebidamente inscrito podrá atacarse aún transcurridos los tres años.

B) Plazo para la acción de nulidad de las marcas.

En este supuesto para prosperar la pretensión anulatoria ha de ejercitarse dentro de los tres años desde la inscripción de la marca en el Registro. La jurisprudencia que proclama esta exigencia es reiteradísima. Las sentencias de 19 de abril de 1913, 22 de mayo de 1915, 14 de marzo de 1924, 29 de febrero de 1932, 25 de febrero de 1941, 23 de marzo de 1945, 6 de mayo de 1955 y 17 de diciembre de 1956. Ellas se han transcrito en la parte pertinente al tratar del principio de fe pública y ahora sólo es preciso recordarlas.

En torno al cómputo de esos tres años, punto de arranque y otros problemas concretos, ha recaído copiosa jurisprudencia que sin embargo no resulta de especial interés a nuestros efectos.

C) Precisiones sobre lo anterior.

La acción de nulidad entablada dentro de los tres años podrá prosperar contra el titular inscrito. En cambio, si se ejercita pasado ese plazo el favorecido con la inscripción, sea el inmatriculante, sea un tercer adquirente, quedará inmune frente a la nulidad; se operaría una adquisición a non domino ya aludida. Esto, por supuesto, cuando el titular registral reúna los requisitos para ser protegido por la fe pública, porque faltando ellos podrá ver anulado su derecho aunque la acción se deduzca después de tres años. Pero sobre esto y las diversas hipótesis que pueden darse se dijo lo suficiente al tratar de la fe pública y el concepto de tercero.

Entonces se trajo a colación un caso de nulidad de marca declarada después de los tres años. Es el de la sentencia de 23 de octubre de 1954: la marca fue otorgada con infracción legal por ser genérica. "Ante esa nulidad radical por contravención a la Ley, la acción (que no tiene plazo señalado en la legislación sobre propiedad industrial)

ha de regirse por los preceptos del derecho común; y según éstos y conforme a admitida jurisprudencia, al tratarse de acto no convalidable la acción puede ejercitarse sin limitación de plazo.”

El caso expuesto en el párrafo anterior (en el que falta el justo título) es una manifestación concreta de lo que se decía con carácter general en el primer párrafo de este mismo apartado. La solución hubiera sido la misma si el requisito inexistente fuera la buena fe.

D) El plazo de tres años no es de prescripción extintiva.

Lo contrario se mantiene en la sentencia de 26 de septiembre de 1963, de la que nos ocupamos al tratar de la prescripción de acciones a favor del titular inscrito. Allí mantuvimos que durante esos años está suspendido el juego de la fe pública; una vez transcurridos, opera ésta a favor del titular registral y se da una adquisición a non dominio. El que las acciones de los titulares extrarregistrales queden paralizadas es una consecuencia de aquella adquisición, y no viceversa.

La prueba la tenemos en que no operando la fe pública por falta de cualquier requisito la acción del perjudicado tiene un plazo de prescripción superior a tres años: o bien seis, que puede ser lo normal, o bien más aún si se trata de nulidad, conforme se expuso en el apartado anterior.

8) *El actor de nulidad no precisa tener una titularidad trienal.*

A) Jurisprudencia que parece contradecirlo.

Citaremos primero la sentencia de 17 de diciembre de 1956. Prosperó la acción del titular extrarregistral frente a la presunción del registro, ya que la demanda se entabló antes de tres años de la inscripción. Se decía: la protección tabular queda desvirtuada al haberse justificado la adquisición por un tercero del distintivo registrado, mediante su uso o posesión anterior fuera del Registro, pero durante el tiempo necesario para adquirir el dominio por prescripción.

Análoga declaración hace la sentencia de 6 de mayo de 1955. El actor había tenido, durante más tiempo del preciso para adquirir la propiedad, la posesión de un signo tan parecido al inscrito que inducía a confusión. El fallo desecha la tesis de que la usucapión sólo puede invocarla el titular registral.

B) Postura que prescinde de esa exigencia en el actor.

Para la sentencia de 19 de abril de 1913 basta que el titular extrarregistral con prioridad de uso acredite su posesión o dominio. La de 22 de mayo de 1915 admite que durante los tres primeros años la marca puede ser combatida por quien justifique un dominio o posesión. La de 5 de mayo de 1930 deja a salvo durante ese trienio cualquier título civil de quien no inscribió. Finalmente, la de 23 de

marzo de 1945 admite la acción de tercero fundada en su posesión o dominio.

En efecto, si la acción se entabla en los tres primeros años el titular registral que aún no es propietario, sólo será poseedor. Pues bien admitida en nuestro derecho la acción publiciana no es lógico exigir al actor una posesión de más de tres años. Bastará, al contrario, que acredite su mejor derecho, o sea una posesión más antigua.

Pero en realidad en ese supuesto el tercero con prioridad de uso de la marca, aunque fuera del Registro, es ya verdadero propietario y ningún plazo temporal requiere para poner en ejercicio su derecho. Solamente si el titular inscrito consume tres años es cuando el extrarregistral de uso anterior dejaría de ser propietario en virtud de la adquisición a non domino del primero. Fuera de este supuesto, el primero en utilizar una marca es quien debe reputarse propietario de ella y, por tanto, debe tener acción, sin más, para pedir la nulidad de los registros que de ella se concedan ulteriormente.

9) *Pruebas admisibles en el juicio de nulidad.*

A) Planteamiento general.

En primer lugar, hay que remitir al trabajo de Fuentes Carsi donde se abordan estos problemas; particularmente la prueba pericial y de inspección judicial son objeto de tratamiento especial.

Concretamente, la sentencia de 17 de diciembre de 1956 admite que la presunción de propiedad del artículo 14 del Estatuto pueda desvirtuarse mediante documentos privados.

B) La prueba testifical.

La sentencia citada últimamente no admite, en cambio, la prueba de testigos. Y muestra de que ese criterio no es peculiar de nuestro más alto Tribunal la tenemos en estas palabras de Roubier con relación a Francia: Es peligroso admitir simples documentos, de fecha más o menos segura, o a fortiori testimonios siempre algo sospechosos por los que pudiera probarse el derecho anterior a la invención. Es contrario al espíritu de nuestro derecho permitir que de esta forma se creen títulos jurídicos en la materia fuera del título público que es la patente.

Este criterio ilumina la sentencia de 6 de abril de 1945. No se puede admitir que el derecho de propiedad pueda ser enervado por la prueba testifical practicada en un juicio declarativo por virtud del cual se establezca que con notable anterioridad a la fecha en que dicha propiedad fue consolidada era propietaria de la marca una tercera persona. De admitirse ello, el artículo 14 resultaría prácticamente inoperante, y con él el Registro de la Propiedad Industrial. Máxime si se tiene en cuenta que las marcas se anuncian por un plazo deter-

minado en el Boletín para que los perjudicados se opongan a su concesión dentro del expediente.

Desde luego, si el actor en aquel litigio intentó su acción una vez consolidada la marca inscrita, su pretensión debió rechazarse en todo caso en virtud de la fe pública y con independencia de la prueba con la que intentare acreditar su propiedad. Ahora bien, si la nulidad se entabla dentro de los tres años no es totalmente convincente la exclusión absoluta de la prueba testifical. Sobre todo si ninguna de las partes aporta probanza documental. Quizás la prescripción del artículo 1.248 del Código civil, sobre valor del testimonio y su admisión, bastase, sin necesidad de la negación radical de dicho mérito de prueba.

Examen sustantivo fiscal del Código civil

JOSE MENENDEZ

Registrador de la Propiedad de la Guinea Ecuatorial

Cada día en mayor medida el derecho público fiscal se interfiere en zonas jurídicas caracterizadas por su "climax" civilístico. Nada mejor para demostrarlo que considerar tributariamente unos desperdigados preceptos del Código básico, elegidos precisamente entre los que mayores esquinas pueden oponer a nuestro propósito, dada su descomprometida base; pues se trata de artículos cuyo supuesto de hecho no entronca necesariamente con la mecánica de las transmisiones patrimoniales, presupuesto tributario para que entre en juego cualquiera de los impuestos que gravan el tráfico jurídico. Tráfico que, sustantivamente considerado, tiene su adecuado marco en el Código civil.

Entre el copioso articulado, de signo aséptico, del Código civil, hemos escogido dispersos preceptos de distintos libros de dicho cuerpo legal. En el presente trabajo se contienen consideraciones sustantivo fiscales sobre los efectos de la posesión de buena fe, sobre algunas normas de derecho transitorio del Código, sobre la aceptación de la herencia a beneficio de inventario... temas todos cuya simple enunciación parece denotar su no beligerancia fiscal.

I

LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

La aceptación de una herencia a beneficio de inventario, como casi todas las instituciones sucesorias, al ser examinada desde el prisma del impuesto de sucesiones, nos suministra apoyo para llegar a interesantes consideraciones fiscales.

El efecto básico de esta especial aceptación hereditaria es el de restringir la responsabilidad del heredero al importe del activo patrimonial del "de cujus". El heredero se desentiende de las deudas que excedan del acervo que recibe. Lo que constituye una excepción al principio general, del derecho de obligaciones, de sucesión en las deudas:

aquel famoso “*stipulamur nobis heredibusque nostris*” del derecho romano.

El beneficio de inventario implica, pues, primariamente una comparación entre los bienes y las deudas. Las deudas, el pasivo de cualquier herencia, enfrentadas desde un punto de vista tributario, plantean el problema de su deducibilidad en el que más tarde insistiremos.

Tres resultados son posibles tanto en la aceptación de herencia simple como en la realizada a beneficio de inventario:

1) Que el acervo hereditario supere las deudas del causante.

Para cifrar el superávit habrá sido preciso examinar previamente las deudas. Este examen nos lleva de la mano para adentrarnos en la figura fiscal de la deducibilidad de las deudas. Los débitos del causante habrán de justificarse cumplidamente para que puedan ser tenidos en consideración. Es decir, han de ser deducibles en la forma establecida por el artículo 130 de la L. R. T.

Si no reúnen todos los requisitos establecidos para su deducibilidad no podrán ser tomados en consideración y no producirán el efecto de disminuir el activo hereditario. Y, por tanto, o bien total o bien parcialmente, no podrá verificarse la inicial comparación entre el haber y el debe del causante, presupuesto esencial de toda aceptación a beneficio de inventario.

Si, como decíamos, el conjunto de los bienes recibidos excede del importe de las obligaciones, la aceptación a beneficio de inventario desemboca en el régimen normal de una aceptación pura y simple. El heredero acepta sin cortapisas, y por la herencia recibida deberá pagar por el tipo que le corresponda según su parentesco con el “*de cuius*”.

2) Que activo y pasivo se equiparen, quedando reducida la herencia a cero.

En este supuesto, nada hay que tributar desde el punto de vista del impuesto de sucesiones porque el heredero nada adquiere y falta el supuesto de hecho necesario para que entre en juego la acción fiscal.

3) Que el pasivo supere al activo.

Es necesario distinguir:

a) En la aceptación a beneficio de inventario no se produce ningún efecto ni sustantivo ni fiscal. Sencillamente porque el heredero nada adquiere. Ya que su aceptación estuvo condicionada a la inexistencia de lesividad en su propio patrimonio. Al no haberse producido el evento previsto de superioridad del activo, ha fallado la contingencia y se producen los efectos propios del incumplimiento de toda obligación suspensiva: la no adquisición del derecho. Porque, a nuestro entender, en la aceptación a beneficio de inventario hay latente una condición suspensiva. Es como si el heredero dijese: aceptaré la herencia si el patrimonio de mi causante excede a las deudas transmisibles del mismo.

Este enjuiciamiento acarrea una importante consecuencia fiscal.

Al tratarse de una situación condicional sería preciso aplicar la norma del artículo 173, 3.º, de la L. R. T., según el cual en toda adquisición cuya efectividad dependa del cumplimiento de una condición, un término, o cualquier manera de limitación, se aplazará de momento la liquidación hasta que la limitación desaparezca. Esta norma serviría para discriminar el procedimiento de las oficinas gestoras ante uno y otro tipo de aceptaciones hereditarias. Tratándose de la aceptación pura y simple deberá practicarse por el liquidador la inmediata determinación de la cuota contributiva del heredero.

Tratándose de la aceptación a beneficio de inventario deberá aplazarse la liquidación hasta que el inventario esté ultimado.

Decimos esto sin olvidar que la que nos ocupa más que una propia condición suspensiva es una "conditio juris". Quedando un poco en el aire la exigente aplicación del artículo 173 de la L. R. T. a que antes aludíamos.

b) Tratándose de la aceptación pura y simple, a primera vista pudiera pensarse en un supuesto de asunción de deuda.

No deja de ser ortodoxo este enjuiciamiento. Disponiendo todo heredero del resorte liberador del beneficio de inventario, si lo desdén haciendo suyas las deudas del causante es como si voluntariamente quisiese asumirlas.

Pudiera pensarse, pues, que este tipo de aceptaciones liberadoras entrañan una *asunción de deuda*.

No asunción convencional, pues falta el entrecruce de voluntades característico de los negocios sinalagmáticos.

La aceptación a beneficio de inventario constituye un acto unilateral del heredero, declarado ante notario o ante juez competente en la forma establecida por el artículo 1.011 del C. c.

Según el artículo 1.011 del C. c.: "la aceptación de la herencia a beneficio de inventario podrá hacerse ante notario o por escrito ante cualquiera de los jueces competentes para prevenir el juicio de testamento o abintestato."

Indudablemente, el requisito de este precepto hace que la escritura en que se manifiesta la aceptación a beneficio de inventario tenga carácter constitutivo y ad solemnitatem.

Por tanto, el artículo 1.011 representa un supuesto de forma notarial con carácter alternativo, aunque no lo mencione expresamente la doctrina.

Se trataría, pues, de un supuesto de asunción legal de deuda. Esto en el caso de que aceptásemos la interpretación aludida.

Y aun admitida esta posición, ninguna trascendencia fiscal se deriva del hecho de aceptar la figura de la asunción legal. Porque la misma no encaja en las previsiones de la ley.

En efecto, la dicción legal sujeta exclusivamente las adjudicaciones en pago de asunciones de deuda. Constituye un molde tributario al cual no se ajusta la hipotética asunción legal a que antes nos habíamos referido.

Porque, en primer lugar, se trata de una asunción legal y no de una asunción convencional, que es a la que se refiere la ley. Y en segundo término, en el caso que nos ocupa falta la compensatoria adjudicación en pago.

Esto es fundamental. Si la asunción de deuda está sujeta a imposición es porque el asumente recibe unos bienes en contrapartida de la obligación que hace suya. Es fundamental que así ocurra en un impuesto que grava las transmisiones patrimoniales, los desplazamientos de riqueza.

II

EL ARTÍCULO 1.939 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU RÉGIMEN TRANSITORIO

Según el artículo 1.939: "La prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo."

Consagra, pues, un principio de irretroactividad para las situaciones que se originaron bajo el régimen de la ley antigua, aunque hayan de completarse una vez promulgado el nuevo texto legal.

Añade el artículo: "pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo."

Aquí se pronuncia por la admisión de la regla retroactiva, en el caso de cumplirse la totalidad del tiempo marcado en el Código. Constituye una aplicación de aquel principio en virtud del cual ha de fomentarse todo lo que signifique facilitación y esclarecimiento de las situaciones jurídicas. Hay que acabar —siempre lo ha pensado así el legislador— con las situaciones de incertidumbre y perentoriedad. Y un derecho que precisa el apoyo del tiempo es algo incierto. Por ello, al admitir que lo que es bueno para un futuro inmediato (el que el lapso de tiempo sea más breve a tenor con la mayor celeridad de la vida jurídica moderna) lo sea también para un pasado próximo que ha de completarse con un porvenir, a él ligado, se obra dentro de la mejor técnica jurídica y al amparo de una loable previsión.

En apoyo del legislador cabe invocar las mismas teorías que sirven para fundamentar el instituto de la prescripción: la seguridad en el tráfico y la certidumbre en la vida jurídica. Ambos fines se hallan logrados con la norma expresada.

El artículo 1.939 del Código civil se refiere a la prescripción comenzada, "antes de la publicación de este Código".

Es una referencia un poco extraña ésta que se fija en la fecha de publicación del texto legal. Por tratarse de una norma de derecho intertemporal, lo lógico sería que la ley se refiriese no a la fecha de publicación del Código, sino a la de su entrada en vigor. Téngase en cuenta que según el artículo 1.º del C. c. las leyes entran en vigor a los veinte días de su publicación en el periódico oficial.

La literalidad del precepto puede conducir a hermenéuticas contra-

dictorias. "La prescripción comenzada antes de la publicación del Código se rige por las leyes anteriores a él." ¿Y la comenzada después de la publicación del mismo? Según lo establecido en el artículo 1.939 de nuestro superior cuerpo legal, debería regirse por el Código civil, pues alguna diferencia debe existir entre los hechos anteriores y los posteriores a la publicación, ya que se ha establecido esta fecha para deslindar situaciones jurídicas relacionadas con la retroactividad normativa. Sin embargo, no es así. La prescripción comenzada después de la publicación del Código y antes de su entrada en vigor se regirá también por las leyes anteriores en cumplimiento de lo establecido por el artículo 1.º del C. c.

La prescripción es un instituto jurídico que se adapta con dificultad a la normativa del derecho intertemporal. En efecto, el problema de la retroactividad o irretroactividad de las leyes tiene su punto neurálgico en el respeto a los derechos adquiridos. Basta con examinar las disposiciones transitorias de carácter general del C. c. para confirmar este aserto. La primera disposición transitoria se refiere a los derechos nacidos; la segunda, a los actos jurídicos. Hay una distinta perspectiva jurídica en estas disposiciones primera y segunda. La primera se enfrenta con los derechos como situaciones firmes y la segunda con los actos jurídicos. Los actos no son derechos. Son modos de adquirir los derechos. Es decir, que la diferencia entre las dos disposiciones radica en el hecho de que la primera estudia los derechos ya nacidos y la segunda se refiere a los actos jurídicos que sirven de soporte al nacimiento de los derechos.

La prescripción se aviene mal a la ortodoxia del derecho transitorio. Porque tratándose de la prescripción ni puede hablarse de derecho adquirido ni de acto adquisitivo hasta que la prescripción se ha consumado.

La prescripción meramente comenzada, que es a la que se refiere el artículo 1.939 del Código civil, no es más que una simple expectativa; su misma naturaleza jurídica explica suficientemente que no haya de proliferar en conexiones con el problema de la retroactividad de las leyes, cuya verdadera justificación, al decir de muchas escuelas doctrinales, está en el respecto a los derechos adquiridos, y tratándose de la prescripción (a la que se refiere el *art. 606* del Código civil considerándola como uno de los modos de adquirir el dominio) el derecho no se adquiere hasta que la misma se consuma. En cualquier momento anterior la prescripción se puede paralizar mediante el ejercicio de cualesquiera de los actos interruptivos de la misma. Que producen el efecto de truncar el "iter" adquisitivo del derecho.

Lo mismo ocurre si consideramos los actos adquisitivos, a los que se refiere la disposición transitoria 2.ª del Código civil.

La prescripción extraordinaria nunca tiene por origen un acto adquisitivo, pues se basa en la carencia del título y su única explicación consiste en apoyarse en una usurpación continuada durante un gran lapso de tiempo.

En estos casos no puede hablarse, por tanto, de actos válidos según la legislación derogada. Lo único que hay es una posesión de pronunciado tiempo, nacida antes de la nueva ley y continuada después de su promulgación; una posesión alargada que soslaya fácilmente el dique jurídico impuesto por el cambio de leyes en el tiempo.

Es preciso hacer una aclaración. *En la prescripción extraordinaria lo que no hay es un negocio jurídico bilateral*. Es decir, el acto como sinónimo de contrato a que suelen referirse las leyes fiscales y en especial el derogado reglamento del impuesto de derechos reales que en sus artículos iniciales siempre se refería en igualadora enunciación disyuntiva a “los actos o contratos”.

Porque acto *humano unilateral sí lo hay* en el hecho de la toma de posesión y en la actitud constante de prolongar la posesión iniciada.

Y es que a nuestro entender, en la disposición transitoria 2.^a del Código civil se empleaba la palabra acto en el sentido de declaración de voluntad y no en el de manifestación de voluntad. Avala esta inteligencia del cuerpo legal la ejemplarización de supuestos contenida en el mismo.

Al justificar la prescripción al principio de este trabajo, aceptamos la forma normal de opinar de los juristas. Puede, al efecto, examinarse la argumentación de autoridades contenida, al enjuiciar este precepto, en los “Comentarios” de Manresa.

Sin embargo, a nosotros no nos parece del todo justificada la regla del artículo 1.939 del Código civil. Dígase lo que se quiera en pro de la seguridad del tráfico, lo cierto es que la prescripción implica una verdadera usurpación y que en muchos casos bastaría con las ventajas que al prescribiente le depara la efectiva posesión y utilización de la cosa poseída.

Pero, en fin, no es este el momento de discutir la equidad o falta de ella que pueda haber en la protección del prescribiente; es que, dada la excepcionalidad jurídica de la usucapión, no debe extremarse la protección a la misma en el sentido preconizado por el artículo 1.939 del Código civil, de hacer retroactivas las reglas que favorecen al usurpador protegido.

Porque lo que a él le favorece, perjudica en la misma medida al propietario negligente. Y con ello se trueca el equilibrio previsto por la ley, bajo la que la prescripción empezó a realizarse (1). A diferencia del usurpador prescribiente, que ningún derecho adquirido ostenta, pues su situación es endeble, por cuanto sólo se apoya en una usucapión comenzada en el supuesto que nos ocupa del artículo 1.939 del Código civil.

(1) No hay que olvidar que el propietario contra el que la prescripción se opera es un auténtico dueño. Siempre se ha considerado como una seria barrera para la retroactividad de las leyes la que representaba el respeto a los derechos adquiridos. Y piénsese que en la pugna de intereses que alienta bajo todo proceso prescriptivo, el único derecho consolidado que existía era el de aquel contra el que se opera la prescripción.

Si se hubiese respetado el derecho del dueño despojado, no figuraría en el texto legal la última parte del artículo 1.939 que a quien protege es el prescribiente, favoreciendo con la lenidad temporal la irregularidad de titulación del prescribiente de mala fe.

Problemas fiscales

En principio, ninguna trascendencia fiscal puede tener el artículo 1.939 del Código civil o sus similares de cualesquiera otros textos legales ya publicados o publicables en el futuro.

Decimos lo que antecede porque la prescripción no está sujeta al impuesto, no ya la meramente comenzada, sino que ni siquiera la consumada.

La no sujeción al tributo de las adquisiciones originarias

El esquema de los actos tributables se contiene en el artículo 144 de la ley de R. T. Por mucho que rebusquemos en la hermética lista legal, no hallaremos ninguna figura gravable que pueda encajar en los moldes de las adquisiciones originarias. Por medio de ellas (ocupación, prescripción...) se aboca a una situación dominical.

Por ello, detendremos nuestra atención exclusivamente en aquellas instituciones cuya vertencia jurídica pueda desembocar en una atribución de propiedad. En este caso se encuentran los números 1.º y 2.º del artículo 144, ya citado, y el apartado 9 del artículo 155 de la L. R. T.

Según el número 1.º, contribuirán por el impuesto las transmisiones de toda clase de bienes y derechos realizadas por actos "inter vivos".

No rima esta dicción reglamentaria con el supuesto de la usucapación o de la toma de dominio de las cosas que carecen de dueño. Porque el artículo habla de "transmisión". Y la transmisión o enajenación hace referencia a las adquisiciones derivativas, que requieran la presencia de dos sujetos: el que dispone y el que adquiere. Cosa que no ocurre tratándose de las adquisiciones originarias en las que el sujeto del derecho habido no necesita enlazar con ningún titular jurídico anterior, por cuanto su titularidad es originaria o "ex novo".

La adquisición derivativa se integra de los dos eslabones "transmisión-adquisición". En el primero de ellos ha puesto su acento este apartado 1.º del artículo 144.

Lo que no deja de ser extraño, habida cuenta de que la presión fiscal comprime no al que transmite, sino al que adquiere (al comprador, al titular del derecho...).

Por el contrario, la adquisición originaria sólo conoce el tramo final. Es como si tuviese mutilada la fase transmisiva. En ella, sólo y todo lo es la adquisición. Por ello, y teniendo en cuenta la proclama

del artículo 148 de la L. R. T., según el cuál el que paga es el que adquiere, lógico sería, para enmarcar estos actos jurídicos en el área del impuesto, que este número básico del artículo 144 llamase a contribuir no a las transmisiones de dominio (1), sino a las adquisiciones de este derecho real paradigmático.

Por otra parte, este mismo apartado, en el régimen anterior, sujetaba a las transmisiones de dominio "a título oneroso". Este requisito calificador falta lógicamente en las prescripciones y ocupaciones de bienes, porque al no existir dos sujetos jurídicos, el que abdica transmitiendo y el que adquiere, no tiene por qué existir compensación de prestaciones opuestas, que es lo que define a la onerosidad.

En el número 2.º se llama a tributar a la "constitución, reconocimiento, modificación, prórroga, transmisión y extinción por contrato, acto judicial o administrativo de derechos reales".

Dado el número 1.º de este mismo artículo, que grava las transmisiones de dominio directamente, se hace difícil pensar que pudiera estar incluido en los derechos reales inmobiliarios a que alude el número 2.º, el dominio. Este apartado 2.º alude a los derechos reales de toda clase y dada la identificación romanista entre la propiedad y el bien mismo, de la que se hace eco nuestra legislación, parece lógico pensar que el precepto se refiere a los derechos reales limitados que gravitan sobre el dominio (o sobre los bienes, como decía el texto reglamentario, pues tanto vale una como la otra expresión).

Pero además, todos esos actos jurídicos requieren una documentación mínima para que puedan ser alcanzados por la acción fiscal, ya que de otra manera les protegería la exención de los contratos verbales si su cuantía no excede de 25.000 pesetas (art. 146). Ahí está el quid de la dificultad. En una primera ojeada puede pensarse que al producirse una usucapión, por ejemplo, ha surgido un *acto constitutivo* del dominio. Se ha originado la constitución de un derecho real sobre un bien. Pero aunque esto fuese así, siempre se opondría a la tributación del acto adquisitivo el valladar que significa la exención de la verbalidad jurídica en los actos de modesta cuantía. Porque se trataría de una constitución muchas veces desdocumentada o con documentación feble y añeja, escapante al módulo de los diez años de prescripción del tributo. En la ocupación se ve todavía más claramente la indocumentación del acto adquisitivo.

Por otra parte, forzoso es reconocerlo, todo esto no se produce con la nitidez que sería deseable. Tengamos en cuenta que el número 79 del artículo 146 de la L. R. T. exime a los "contratos verbales" hasta 25.000 pesetas, es decir, a los supuestos sinalagmáticos más expresivos de las adquisiciones derivativas.

También el artículo 44 (2) tiene la vista puesta en una voluntad

(1) En cuanto Derecho real; la fórmula legal abarca genéricamente las transmisiones de bienes y derechos de toda clase.

(2) Del RIDR. Vigente por imperativo de la nueva ley.

pacticia, que deja entrever claramente cómo el legislador sólo ha pensado en las adquisiciones derivativas.

El número VII del artículo 5.º del R. I. D. R. se refería a las traslaciones de dominio a título oneroso de bienes muebles.

De la dicción reglamentaria cabía deducir que la constitución de derechos reales sobre bienes muebles (a diferencia de lo que ocurría con los bienes inmuebles) no tributaba. Dificultad salvada actualmente por la mayor amplitud de términos de la nueva ley.

No parece lógica la exclusión de tributar de las adquisiciones originarias, pues con ellas se aumenta, indudablemente, el acervo patrimonial del adquirente y con la ventaja para el mismo de no tener que soportar una gravosa onerosidad convencional, como ocurre en muchos de los actos sujetos.

Tampoco el apartado 9 del artículo 155 puede servir de apoyatura para llamar a la imposición a las adquisiciones originarias. Según este párrafo: "Contribuirán por el impuesto de derechos reales las transmisiones de créditos o derechos mediante cuyo ejercicio hayan de obtenerse bienes determinados y de posible estimación".

Clave será para nuestro repudio la palabra "transmisiones" empleada en este párrafo. Transmisión y adquisición "ex novo" son términos irreconciliables. La transmisión hace referencia a las adquisiciones derivativas. Hoy enajena quien ayer adquirió.

Insistimos en una idea mantenida varias veces en este trabajo. Sería más comprensivo y más justo a la larga este artículo y cada uno de sus números si en vez de referirse a transmisiones hablase de adquisiciones. En el mencionado artículo 5.º muy bien puede conectarse el tributo con las "adquisiciones" de "créditos, derechos o acciones mediante cuyo ejercicio...". El que adquiere la propiedad de una cosa adquiere por ello un derecho mediante cuyo ejercicio se obtendrán, si fuese controvertida su titularidad y estuviese desprovisto de la posesión material, los bienes que constituyen el objeto del derecho. Entraría así en juego la "facultas vindicandi" inherente al ámbito jurídico del dominio.

Vemos, pues, que las adquisiciones originarias no han sido tenidas en cuenta por el legislador. No deja de ser una anomalía. Como lo es también el que paguen impuestos los vehículos de motor usados y no lo paguen los nuevos (1). Las muestras de la artificiosa veleidad fiscal se repiten a lo largo de los textos reguladores. Piénsese, por ejemplo, en lo que ocurre con el comodato y con el precario. Según Bas y Rivas, el comodato está sujeto al impuesto porque el artículo 27 llama a tributar a "los contratos de préstamo" en general, sin particularizar sus exigencias en el mutuo. (La cita viene dada con referencia al R. I. D. R.)

No somos de la opinión de este ilustre tratadista. Porque, a renglón seguido, el Reglamento indica que los préstamos están sujetos

(1) La situación era más injusta anteriormente. Hoy se palian las diferencias con el impuesto sobre el tráfico de las empresas, que extiende sus tentáculos tributarios hasta las enajenaciones de coches nuevos.

“cualquiera que sea su importe” y que satisfarán el 0,50 por 100 del capital de la obligación. Ni en el comodato ni en el precario, estructuradas ambas instituciones jurídicas a base de una cesión gratuita del uso de una cosa (el comodato es el préstamo de uso), puede hablarse de importe ni de capital prestado o cedido. No hay cifra alguna porque hay gratuidad. Al no exigirse contraprestación económica al comodatario no hay forma de determinar una indispensable base de liquidación. Al no haber base se vendría por tierra la presunta exigibilidad del impuesto y no se piense en que podría tomarse por módulo el valor de las cosas cuyo uso se ha prestado. Sería una base falsa. Porque hay una indudable diferencia entre el valor de una cosa y el valor del uso de esa cosa. Si los interesados no fijan un valor a ese uso no podrá hablarse de importe del préstamo.

En opinión nuestra, en cualquier futura reforma del impuesto de transmisiones patrimoniales “inter vivos” debiera preverse la sujeción de la prescripción.

Téngase en cuenta que la nomenclatura de “transmisiones patrimoniales” no es totalmente indicativa del contenido del tributo, pues existen algunos actos gravados que no constituyen verdaderas transmisiones. Por eso no puede ser muy definitiva la objeción que pudiera ponerse partiendo de la naturaleza de la prescripción extraordinaria, en la que no hay ninguna transmisión entre el prescribiente y el prescrito, sino una usurpación que presupone la ausencia de aquélla.

Lo lógico en presencia de la prescripción operada sería exigir siempre el tributo.

Las normas intertemporales contenidas en la ley de reforma tributaria (L. R. T.) son en cierto sentido contrarias a las del artículo 1.939 del Código civil. En efecto, es el artículo 184 de la L. R. T. el que contiene la normativa aplicable en estos términos: “Como régimen transitorio serán de aplicación en el impuesto de transmisiones patrimoniales inter vivos las siguientes reglas:

Primera. Los preceptos legales serán de aplicación a los actos y contratos causados o celebrados a partir de uno de julio de 1964.

Se aplicarán igualmente estos preceptos a los actos y contratos causados o celebrados con anterioridad a la fecha antes indicada que se presenten a liquidación fuera de los plazos reglamentarios o de las prórrogas que hubiesen sido concedidas, siempre que en virtud de sus disposiciones hayan de practicarse liquidaciones en cuantía superior a las que fueren procedentes según la legislación anterior”.

La diferencia es neta. El artículo 1939 propugna una retroactividad favorecedora de las situaciones pendientes. El 184 de la L. R. T. se inclina por una retroactividad perjudicial para los actos y contratos aún no liquidados.

Claro que la misma no será normalmente aplicable a la prescripción, pues como antes hemos consignado, este modo de adquirir el dominio está inexplicablemente ausente de tributación en la L. R. T.

III

CONSECUENCIAS FISCALES DE LA POSESIÓN DE BUENA FE

Según el artículo 457 del Código civil. “el poseedor de buena fe no responde del deterioro y pérdida de la cosa poseída, fuera de los casos en que se justifique haber procedido con dolo”.

Según el a. 433 “se reputa poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide”.

El defecto que invalida, y cuyo conocimiento es presupuesto de la mala fe del poseedor, puede afectar al título inexistencia de un requisito esencial de la compraventa, del testamento...) o al modo (si en un supuesto de compraventa de bienes muebles se reputase que consumaba la entrega del objeto vendido la circunstancia de poner en poder del comprador títulos de pertenencia contra las reglas de los arts. 1.463 y 1.464 del C. c.).

En términos generales, el dolo es el acto realizado con conciencia y voluntad de producir una transgresión jurídica.

Puede existir dolo en el caso de surgir una posesión de mala fe. En este sentido considera el artículo 435 del Código civil que se extingue la buena fe desde el momento en que existen actos que acreditan que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente.

En el momento en que el poseedor conociese la existencia de otra persona que ostenta un título superior al suyo, y comprendiese las posibilidades de extinción de su Derecho, por tendencia natural se abandonaría en el cuidado de la finca, que en cualquier momento, podría pasar a un tercero, es decir, cesaría en esa diligencia característica del buen padre de familia. Por tanto, integraría una negligencia culpable, de cuyo abandono podrían derivarse perjuicios o deterioros para la finca, cuya responsabilidad cabe enmarcar en el artículo 457 del Código civil.

Aparte de esta negligencia culpable, puede encontrarse, una vez extinguida la buena fe, una responsabilidad cualificada por dolo en sentido estricto, en el supuesto de daños intencionadamente causados en la finca.

Considerado el artículo 457 del Código civil desde el punto de vista fiscal, la primera digresión jurídico tributaria que nos sugiere es la referente a una contemplación fiscal de la posesión.

En principio, pudiéramos decir que la posesión no está contemplada en la lista de actos sujetos a la L. R. T.

Si bien es cierto que en materia de posesión es preciso distinguir entre la detentación que sirve de sustrato a ciertos institutos jurídicos y la posesión en sí misma considerada, como entidad jurídicamente sustantiva.

La posesión incluida en la copia de facultades de ciertos titulares jurídicos no tiene por qué tributar con independencia, porque el *ius possidendi* forma parte del estatuto jurídico legal de las instituciones en cuestión. Es el caso de la detentación subyacente a los derechos

de propiedad, usufructo, uso, habitación y censos, cuya tributación total envuelve en su área tributaria lo que, de otra forma, hubiera habido que pagar por la transmisión de la posesión, al menos desde un punto de vista de "lege ferenda". Lo mismo cabe decir del arrendamiento, contrato por el que se transmite el uso y disfrute de una cosa, y, por tanto, la posesión.

Pero, ¿qué ocurre con la posesión del precarista? Se trata de una situación jurídica no tarifada especialmente en el impuesto de transmisiones patrimoniales "inter vivos". ¿Y qué ocurre con la detentación sin título alguno, capaz de llegar a engendrar una robusta situación dominical al cabo de un cierto número de años?

La Ley de reforma tributaria (L. R. T.) no atribuye beligerancia fiscal a la posesión independizada. Nos parece un error. La posesión tiene un valor. Por ello su adquisición debiera estar sujeta al impuesto. Lo mismo cabe decir de los actos jurídicos de análogo alcance: actos modificativos, declarativos, transmisivos... de la posesión.

* * *

Fiscalmente considerado, el artículo 457 del C. c. puede conducir a una curiosa consecuencia. Sobre todo, "a sensu contrario", si tenemos en cuenta que este precepto también dispone con respecto al poseedor de mala fe que este último responde aún de los deterioros producidos por fuerza mayor, en caso de mora.

Hay que tener presente que la fuerza mayor lo mismo afectaría a los bienes aunque éstos estuviesen en poder del propietario reivindicante. Luego al ocurrir la fuerza mayor, el titular del derecho real debiera sufrir en su propio patrimonio el desmerecimiento económico que implica el deterioro sobrevenido.

Luego, si por haberse interferido un poseedor de mala fe, el vencedor en la posesión adquiere derecho a ser restituido en un valor que habíase extinguido para él, ello determina a favor del mismo un verdadero enriquecimiento que, a nuestro juicio, debiera ser afectado por el impuesto de transmisiones patrimoniales.

El valor de la reparación del deterioro pasa desde el poseedor de mala fe hasta el que tiene derecho a percibirlo. Hay, pues, un auténtico acto de circulación o traspaso de riqueza, perfectamente afectable por el impuesto gravador del tráfico.

IV

LOS CONTRATOS SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS, CIVIL Y TRIBUTARIAMENTE CONSIDERADOS

Según el artículo 336 del C. c., tienen la consideración de cosas muebles los contratos sobre servicios públicos.

Los contratos son consensuales, reales y formales. Para los con-

sensuales, el artículo 1.254 C. c. dispone que “el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio”.

En este concepto, equivaliendo al contrato el consentimiento, indudablemente, éste no puede merecer la conceptualización de cosa, ni mueble ni inmueble, porque es algo intangible.

Por tanto, el artículo 336 del C. c. indudablemente se refiere a los contratos formales. Al documento en que consta ese contrato sobre servicios públicos. Lo confirma el Derecho administrativo, que considera los contratos sobre servicios públicos como eminentemente formales.

Tratándose de servicios públicos, el negocio jurídico más generalizado es la concesión. Hasta tal punto, que las más recientes construcciones doctrinales atribuyen a las concesiones administrativas de obras o de servicios públicos naturaleza contractual.

Esta identificación jurídica entre concesión y contrato, trasplantada al terreno fiscal puede plantear algunas dificultades de aplicación.

En efecto, según la tarifa aplicable a las transmisiones patrimoniales “inter vivos”, pudieran aplicarse tipos de tributación discrepantes.

a) Partiendo de lo establecido en el artículo 336 del C. c., que considera cosas muebles los contratos sobre servicios públicos, y admitida la realidad contractual de las concesiones administrativas, habría que pronunciarse por lo establecido en el número 4 de la tarifa, según el cual debe pagar al tipo del 4 por 100 la constitución y transmisión de derechos reales sobre bienes muebles.

La concesión administrativa aboca a una situación real oponible “*erga omnes*”. Basta recordar a este respecto la definición de Roca Sastre, según el cual la concesión es el acto por el cual se constituye un derecho subjetivo de explotación exclusiva y recayente directamente sobre una cosa mueble (según la asimilación establecida por el artículo 336 C. c.).

b) Sin embargo, no se concilia con esta interpretación lógica jurídica lo establecido en los números 23 y siguientes de la tarifa.

Veamos los distintos supuestos:

Núm. 23. Las concesiones administrativas (como lo son los contratos sobre servicios públicos cuando revisten forma de concesión) cuando sean a perpetuidad o sin tiempo determinado o no revertibles, contribuirán al tipo del 2,30 por 100.

Núm. 24. La transmisión de estas concesiones, al 3,40 por 100.

Núm. 26. Las concesiones administrativas cuando sean temporales o revertibles, al 1,40 por 100.

Núm. 27. La transmisión de esta clase de concesiones, al tipo del 1,20 por 100.

La solución fiscal que hemos apuntado inicialmente con la letra a), en virtud de la cual habría que aplicar el tipo más elevado, podrá tener aplicación en el supuesto de los contratos sobre servicios públicos que no se formalicen como concesiones, pues cuando revisten esta última

forma han de sujetarse a la tributación especial y más benigna señalada en los números 23 y siguientes.

V

PROBLEMÁTICA FISCAL DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 13 DEL C. C.

Según la Disposición Transitoria 13 del C. c.: “Los casos no comprendidos directamente en las disposiciones anteriores, se resolverán aplicando los principios que les sirven de fundamento.”

Esta regla es sumamente lógica. Ella misma parte de estimar que en las disposiciones anteriores están regulados todos o casi todos los supuestos que pueden presentarse en materia de cambio de leyes en el tiempo. Así parece reconocerlo al referirse a “los casos no comprendidos directamente...”. Es decir, directa o indirectamente toda la normación transitoria está abarcada por las 12 disposiciones precedentes. Y si una determinada cuestión no estuviese comprendida directamente, al menos, por inducción podría entroncarse en ellas. Por ello se resolverá “aplicando los principios que les sirven de fundamento” y cuyos principios, sin duda alguna, se obtendrán de las normas de dichas disposiciones, cuyo alcance, por ello, es superior al que se deriva de los casos en ellas expresamente consignados.

La Disposición Transitoria 13 se refiere a los “casos” no comprendidos “directamente” en las disposiciones anteriores. La palabra “caso” hace pensar en concretos supuestos de hecho. Por ello parece referirse preferentemente esta Disposición Transitoria a las reglas especiales contenidas en las Disposiciones transitorias números 5 a 12, que son las que también se refieren a “casos” o concretos supuestos. Porque las cuatro primeras disposiciones son muy generales, tanto que no parecen pensadas para “casos” concretos. Aplicar a estos casos “los principios que sirven de fundamento” a las anteriores Disposiciones transitorias es tanto como invocar el procedimiento de analogía, por cuanto casos similares han de resolverse por normas de parecida enjundia jurídica. Aquí está el quid de la problemática fiscal implicada en la Disposición transitoria 13.

Porque en materia del impuesto de transmisiones patrimoniales está rechazado, incluso para lo que sea favorable al fisco, el principio de analogía. A este respecto basta con examinar la norma del *artículo 44* del RIDR, según el cual: “los actos y contratos no consignados expresamente en la tarifa se considerarán en principio no sujetos al impuesto”. Determinando asimismo este precepto que puede instruirse un expediente de asimilación con objeto de declarar la sujeción de un determinado acto.

Lo que no cabe es aplicar por analogía disposiciones dictadas para actos especialmente tarifados a otros no incluidos en la reseña legal, a diferencia de lo que estuvo legislado hasta el año 1947.

Este precepto está hoy vigente en virtud de lo establecido en el

artículo 181 de la Ley de reforma tributaria, según el cual “serán aplicables al impuesto de transmisiones patrimoniales “inter vivos” las normas de la ley del impuesto de derechos reales y sobre transmisión de bienes y su reglamento”.

Anteriormente, ya la Ley General Tributaria, con su superior normación, había denegado la aplicación de la analogía fiscal, en su artículo 24: “No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones.”

Por otra parte, la regulación transitoria de la L. R. T. es tan hermética que prácticamente no da margen para ningún tipo de analogías. En primer término, el artículo 184, regla 1.ª, de la L. R. T. consagra una norma de franca irretroactividad, al establecer que: “Los preceptos de este título serán de aplicación a los actos y contratos causados o celebrados a partir de 1 de julio de 1964.”

Y se cierra la regulación legal al preconizar la retroactividad de las normas nuevas más gravosas con respecto a los contribuyentes morosos en la regla 1.ª, párrafo 2.º, del mismo artículo con una retroactividad de signo opuesto a la preconizada por la Disposición transitoria 3.ª del C. c., que preceptúa la aplicación del derecho nuevo a las situaciones antiguas en perfecta congruencia con el principio penal del “in dubio mitius”, “in dubio pro reo”.

VI

EL USUFRUCTO DE FINCA HIPOTECADA ANTE EL IMPUESTO DE TRANSMISIONES

Según el artículo 509 del C. c., dictado para el caso de usufructo de finca hipotecada, “si la finca se embargase o vendiese judicialmente para el pago de la deuda, el propietario responderá al usufructuario de lo que pierda por este motivo”.

¿Qué es lo que pierde el usufructuario cuando se ejercita el *ius distrahendí*, característico de la hipoteca? Siguiendo la letra del precepto cabe distinguir dos casos:

a) Que la finca se embargare. La dicción legal puede amparar dos interpretaciones diferentes:

1.ª) En primer lugar, la palabra embargo puede ser utilizada, en el sentido amplio, de medida cautelar. Porque la hipoteca engendra una afección directa sobre la finca gravada, que excluye la garantía que implicaría un embargo “*strictu sensu*”. Sostenemos esto con alcance institucional, sin desconocer que en los procedimientos hipotecarios hay un trámite de anotación de embargo.

Es decir, en el sentido en que la L. E. C. equipara, en un mismo título, el embargo preventivo y el aseguramiento de bienes litigiosos.

Esta medida cautelar, en el supuesto de la hipoteca, estaría constituida por la administración interina de la finca hipotecada (admitida.

en el procedimiento judicial sumario y en el ejecutivo ordinario). Y en este caso el usufructuario podría ver disminuida su facultad de uso y disfrute, perdiendo algo, y dando base a la indemnización.

2.^a) El embargo entendido en su sentido procesal directo.

Se refiere el C. c. al embargo de los bienes usufructuados como una de las posibilidades dañosas que se ciernen sobre el panorama jurídico que caracteriza la figura civil del usufructuario.

Parece a primera vista que el embargo, en cuanto que no significa ninguna enajenación actual, poca trascendencia lesiva puede tener para el usufructuario cuya copia de facultades protegidas se desenvuelve en el campo fruicional de las cosas.

Sin embargo, no es difícil imaginar una serie de supuestos en los que se vislumbra ese daño derivado del embargo y los medios de publicarlo (por ejemplo, la anotación preventiva) advierten a todo posible tercero usufructuario del peligro latente de una posible futura enajenación de la finca soporte, con todos los peligros de extinción de gravámenes subsiguientes que ello entraña.

En estas condiciones le será difícil al usufructuario, caso de interesarle operar con su derecho de usufructo, encontrar un posterior adquirente de su derecho, con lo que la potencial disponibilidad del usufructo se encontraría coartada por la traba que represente el embargo.

b) "O vendiere judicialmente para el pago de la deuda." La venta forzosa de la finca hipotecada es el segundo gran peligro que se cierne sobre el usufructuario.

La trascendencia de esta enajenación con respecto al usufructuario puede variar atendiendo a la circunstancia de que dicha carga sea anterior o posterior a la hipoteca ejecutante.

Si el usufructo es anterior a la hipoteca, aunque se produzca la venta forzosa de la finca, dicha transmisión ningún relieve ofrece frente al usufructuario, que continuará con su derecho inalterado frente al nuevo titular de la finca.

El problema, en el que tiene puesta la vista el artículo del C. c. que comentamos, se produce cuando el usufructo es posterior a la hipoteca de la finca. En este supuesto, el daño que se produce para el usufructuario consiste en la pérdida de su derecho provocada por la liberación o purga que se produce en los procedimientos hipotecarios establecidos para el ejercicio de *ius distrahendi*.

En todos los casos, según el Código civil, el usufructuario tiene derecho a que el propietario le abone lo que pierde como consecuencia de la venta de la finca hipotecada. Como consecuencia del principio, según el cual, nadie debe enriquecerse injustamente a expensas de otro.

Si no existiese la regla del artículo que comentamos, en el caso de venta de la finca hipotecada se produciría un incremento torticero en el patrimonio del propietario. Porque el usufructuario adquiriría, en el título constitutivo, un disfrute o vitalicio o por un número determinado de años, que se quiebra, que se extingue anticipadamente

al producirse la venta forzosa de la finca hipotecada. La justa valoración de lo perdido creemos que podrá hacerse acudiendo a los baremos establecidos por el *Reglamento del Impuesto de Derechos Reales*, que proporcionarán el valor del usufructo según sea temporal o vitalicio. Y para valorar el perjuicio bastará con realizar una simple operación de resta atendiendo al tiempo transcurrido desde la constitución del usufructo hasta su extinción anticipada y comparando estas cifras con las que se obtendrían de no haberse extinguido anticipadamente el gravamen.

Consecuencias fiscales de este precepto

1.º) La primera amenaza que se cierne sobre el usufructo es la de que se produzca el embargo de la finca hipotecada. Y tratándose de inmuebles sujetos a procedimiento judicial, todo embargo trasciende hasta la respectiva anotación registral. Surge de esta forma el concepto liquidable de la anotación preventiva de embargo, al que se refiere el número 36 de la tarifa vigente en el impuesto de transmisiones patrimoniales inter vivos.

2.º) La venta de la finca hipotecada.

El C. c. habla de "venta judicial" de la finca hipotecada. Con lo que a primera vista parece que quedaría fuera de su juego toda enajenación que se hubiese producido como consecuencia del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. Sin embargo, creemos que no debe ser así. En primer lugar, porque el Código no podía pensar en un procedimiento inexistente al tiempo de su promulgación. En segundo término y fundamentalmente, porque la razón de justicia que avala la indemnización del perjuicio sufrido por el usufructuario es la misma cualquiera que sea el procedimiento de ejecución hipotecaria intentado. En el momento de producirse la enajenación surge el acto liquidable de transmisión onerosa de bienes inmuebles, gravado actualmente con el tipo del 7,40 por 100.

Es conveniente penetrar en la idiosincrasia jurídico-fiscal de la transmisión de fincas hipotecadas y llegados a este punto se hace necesario volver sobre la distinción antes apuntada entre usufructos anteriores y posteriores a la constitución de la hipoteca que ha entrado en fase de actividad enajenativa.

a) Usufructos anteriores a la constitución de la hipoteca.

Dichos usufructos persisten sobre la finca aunque la misma se venda en procedimiento hipotecario. A ellos les es aplicable la disposición núm. 2 del artículo 177 de la L. R. T., según el cual los Registradores de la propiedad o mercantiles harán constar por nota marginal, en los casos de desmembración del dominio, la afección de los bienes al pago de la liquidación que proceda por la extinción del usufructo. Esta regla está pensada para el momento de la constitución de los usufructos, pero será también aplicable a los usufructos que, constituidos con anterioridad a la ley de reforma tributaria, se reflejen

en el registro incidentalmente con ocasión del embargo o enajenación de una finca hipotecada.

Tratándose de usufructos preferentes a la hipoteca ejecutante, el usufructuario no pierde nada en el supuesto de que la finca se venda judicialmente para el pago de la deuda. Su derecho al uso y disfrute de la finca subsiste pese a los cambios de propiedad de la finca usufructuada, puesto que la enajenación de ésta no es causa de extinción de los usufructos de superior rango jurídico.

El hecho de que en virtud de la enajenación judicial surja un nuevo nudo propietario, no obsta al derecho de usar y percibir los frutos, que constituyen el contenido económico del derecho de usufructo. La enajenación no implica que las facultades transferidas al usufructuario se refundan en la propiedad residual, cosa que ocurriría en el supuesto de que la hipoteca ejecutante fuere de superior rango al del usufructo cuestionado.

El precepto fiscal aplicable a la materia que nos ocupa está constituido por el artículo 150 de la L. R. T., según el cual: "En las transmisiones la base será el valor de los bienes y derechos declarados por los interesados, del que se deducirán las *cargas o gravámenes* impuestos sobre los bienes o derechos transmitidos, siempre que disminuyan realmente el valor y no el precio de éstos y que no sean redimibles por la exclusiva voluntad de su propietario."

Se complementa esta programática expresión legal con lo establecido en el artículo 100 del Reglamento del impuesto de derechos reales, aplicable en congruencia con lo establecido por el artículo 181 de la L. R. T. Dicho artículo 100 reglamentario preceptúa: "En las transmisiones a título oneroso, todas las cargas que afecten a los bienes, merezcan o no a los efectos del impuesto la calificación de deducibles, se presumirá que han sido rebajados por los interesados al fijar el precio y, en consecuencia, se aumentará a éste, para determinar el valor declarado, el importe de las cargas no deducibles a efectos fiscales, salvo que los contratantes estipulen expresamente la deducción de estas cargas del precio fijado o el adquirente se reserve parte de éste para satisfacer aquéllas."

Dicho artículo preconiza la aplicación del reseñado régimen a todo tipo de transmisiones onerosas, "incluso a las realizadas mediante subasta".

"Así determinado el valor declarado, constituirá la base liquidable en los casos en que el tipo correspondiente a la transmisión onerosa de que se trate sea de la misma cuantía que el aplicable a la adjudicación en pago de asunción de deudas; pero si los tipos fuesen distintos no tendrá lugar la adición de la carga a la base liquidable y se practicarán las oportunas liquidaciones por el concepto determinante de la transmisión y por el de adjudicación en o para pago de deudas."

La vertencia del procedimiento ejecutivo ordinario está basada en los postulados vigentes al promulgarse la L. E. C., publicada en un momento en que se preconizaba el sistema de purga de todo tipo de cargas, ya fuesen anteriores o posteriores a la hipoteca ejecutante.

Este sistema determinó el que el tipo de subasta coincidiese con el valor objetivo del inmueble, abstracción hecha de las cargas. De ahí el que Roca Sastre haya insistido en la necesidad de rebajar el importe de las cargas preferentes (que deberá retener el adjudicatario de la finca) del total precio de la subasta.

A efectos de equidad tributaria conviene tener presente este “modus operandi” del procedimiento ejecutivo de la L. E. C. Que plantea la necesidad de aceptar como base liquidable no el precio de subasta, sino el valor neto de la finca deducido el usufructo preferente que continuará gravitando sobre el inmueble. Lo que demuestra que en este punto no van concordes el texto fiscal y la ley adjetiva.

Este problema no se plantea tratándose del procedimiento judicial sumario en cuya vertencia existe la proclamación de la subsistencia de las cargas anteriores o preferentes a la hipoteca ejecutante.

VIDA JURIDICA

DICTAMENES

Facultades dispositivas del fiduciario en caso de premoriencia al testador del fideicomisario

H E C H O S

Primero.

El día 20 de marzo de 1935 doña Francisca otorgó testamento abierto, por el que dispuso, entre otros particulares, la cláusula que, por su importancia, transcribimos:

“Instituye únicos y universales herederos de todos sus bienes, derechos y acciones a su madre, doña Matilde, en la mitad de la herencia; y en la otra mitad a su marido, don Benjamín. Si su citada madre fallece primero que la testadora, en ese caso será único heredero su marido en pleno dominio, pudiendo, por tanto, disponer libremente de ellos por contratos intervivos. Al fallecimiento de su citado marido, los bienes que éste conserve, de los que adquiriera de la testadora, pasarán en pleno dominio a su hermano, don Simón, y a falta de éste, a sus hijos legítimos, sin que ni uno ni otros tengan intervención alguna en las operaciones divisorias de la herencia, pues su derecho queda limitado a recibir los bienes que, procedentes de la otorgante, pueda dejar su marido.”

Segundo.

Con anterioridad al fallecimiento de la testadora, ocurrido en el año 1942, fallecieron su madre, doña Matilde, cuyo óbito tuvo lugar en el año 1942, y su hermano, don Simón, quien falleció, en estado de soltero, en el mes de noviembre de 1935.

Tercero.

Fallecida la testadora, se otorgó ante Notario, el 22 de julio de 1963, el correspondiente cuaderno particional, y en su virtud se inscribieron en el Registro de la Propiedad a favor de su marido, don Benjamín, siete fincas procedentes de aquélla.

En las referidas inscripciones se hizo constar los particulares pertinentes del testamento de doña Francisca.

Cuarto.

Fallecido, a su vez, don Benjamín, el día 9 de agosto de 1963, con testamento abierto, en el que instituyó herederos universales de todos sus bienes a sus tres sobrinos, se otorgó la correspondiente escritura de aprobación y protocolización de sus operaciones particionales, en las que se incluyeron las siete fincas antes aludidas de que no había dispuesto por acto intervivos dicho causante.

Quinto.

Presentado el cuaderno particional referido en unión de los documentos complementarios para inscripción en el Registro de la Propiedad, fue objeto de la siguiente nota denegatoria:

“No admitida la inscripción del precedente documento por el defecto consistente en que habiendo adquirido el ahora causante, don Benjamín, los inmuebles objeto del mismo por herencia de su esposa, doña Francisca, en pleno dominio y con facultad de disponer, pero únicamente por *contratos intervivos*, habiendo de pasar los bienes de que no dispusiera al hermano de la testadora, don Simón, y a falta de éste a sus hijos legítimos, y aunque se dice que este heredero de residuo premurio a la testadora en estado de soltero, no dándose el supuesto que origina el derecho de acrecer, ni el que purifica su adquisición, no pudo, don Benjamín, haber adquirido los bienes con libertad absoluta para poder transmitirlos también mortis causa a sus herederos, a no ser que al abrirse la sucesión legítima de doña Francisca Urosa, por estar en una de las hipótesis del artículo 912 del Código Civil, fuese declarado heredero de tal señora el hoy causante. *El defecto se considera insubsanable...*”

D I C T A M E N

Aun cuando en el testamento no se califica la figura jurídica creada por la testadora, y de la cual surge la controversia, estimamos que debe ser considerada como fideicomiso de residuo, figura de rancio abolengo en nuestro Derecho, y que al amparo principalmente del artículo 783 de nuestro Código Civil ha sido admitida plenamente tanto por la doctrina como por la Jurisprudencia.

No pretendemos en este dictamen dilucidar la naturaleza jurídica, tantas veces discutida, de esta figura, ni si son de aplicación a ella las normas de la institución pura o las de la condicional, las de la institución a plazo o las de la modal; nuestro empeño, mucho más limitado, va a consistir en tratar de averiguar, como reiteradamente viene aconsejando nuestro más alto Tribunal, y así lo dispone el artículo 765 de nuestro Código Civil, cuál fuera la voluntad de la causante y, hallada ésta, apoyarla y defenderla, con una adecuada interpretación de los textos legales y jurisprudenciales y de la doctrina científica:

I. Interpretación del testamento

Sentado lo expuesto, basta leer las cláusulas testamentarias y tomar conciencia de los hechos acaecidos, para que se pueda afirmar sin duda alguna:

1.º Que la voluntad de la causante, doña Francisca, fue la de nombrar heredero puro y libre de todos sus bienes a su marido, si bien con la limitación de que si a su fallecimiento quedaran bienes procedentes de la testadora y viviera su hermano, don Simón (o su descendencia legítima), no dispusiera de ellos a favor de otras personas, sino que pasaran tales bienes a su dicho hermano o a sus hijos legítimos, PERO NADA MAS. No parece acertado pensar que la intención de la testadora fuera privar por privar a su heredero (su marido)

de la facultad de disponer *mortis causa* de los bienes que de ella recibiera; tal limitación sólo tenía una razón: que el remanente de sus bienes pasara a su hermano o a sus hijos legítimos, por ello al premorir éste a la testadora en estado soltero, desapareció tal limitación.

2.º Que la voluntad de la causante fue la de regular por sí misma enteramente la sucesión en todo su patrimonio, queriendo evitar de este modo que por incuria o dejadez tuviera que acudirse en su sucesión a las frías normas del Código Civil sobre sucesión intestada, fundadas en presunciones de cariño que no cariños verdaderos.

En ratificación de las dos anteriores afirmaciones conviene resaltar cómo la testadora previsora se preocupa de otorgar su testamento en el año 1935, disponiendo *integramente* en él de todo su patrimonio; con él quiere la causante salir al paso de toda apertura de la sucesión intestada, en cuanto regula exhaustivamente la trayectoria de sus bienes, nombrando así a su marido (a pesar de ser ello innecesario en virtud del derecho de acrecer) sustituto vulgar de su madre, que, naturalmente, habría de fallecer antes que la testadora.

Asimismo, se aprecia cómo la testadora, a pesar de tener conocimiento de la muerte sin hijos de su hermano y tiempo más que suficiente para ello (veintiséis años aproximadamente), no otorga ninguna nueva disposición testamentaria, siendo lógico pensar que si así actuó fue por no estimarlo necesario, por entender que tal premorencia en nada afectaba al destino de sus bienes, que quedarían ya libremente para su marido, pues no cabe pensar que estuviera en el ánimo de la testadora morir en parte testada y en parte intestada (respecto de los bienes de que no dispusiera su marido).

II. Consideraciones jurídicas

Si hasta ahora nos hemos preocupado de intentar averiguar cuál fuera la voluntad de la causante, a continuación buscaremos apoyar tal voluntad con argumentaciones jurídicas. Así:

Según la nota del Registrador, la premorencia sin hijos a la testadora de don Simón no originó derecho de acrecer ni purificó la adquisición a favor de don Benjamín, por lo que éste no pudo disponer de los bienes *mortis causa*, ya que éstos debían pasar a los herederos abintestato de doña Francisca.

La impugnación que hagamos va a ir, pues, dirigida a demostrar que es totalmente improcedente la apertura de la sucesión intestada pretendida por el Registrador, por haber adquirido don Benjamín, una vez fallecido don Simón en estado de soltero, el pleno dominio de los bienes sin ninguna limitación.

El razonamiento del Registrador al calificar el documento, aunque no resulta muy claro, debemos entender fue el siguiente:

1.º Calificar al fideicomisario de residuo como *heredero* de residuo (así se llama en la nota recurrida), pues si lo hubiera estimado como legatario no hubiera surgido contienda, ya que es claro que, según el artículo 888 del Código Civil, al premorir don Simón se habría integrado su derecho en la masa hereditaria adquirida por don Benjamín.

2.º Estimar que como tal heredero su premorencia a la testadora origina

una porción vacante que obliga a acudir a las normas de la sucesión legítima, ya que según parece entender el Registrador:

- no se da el derecho de acrecer entre fiduciarios y fideicomisarios;
- ni puede estimarse que las limitaciones impuestas al heredero fiduciario desaparecen al premorir el fideicomisario, purificando así aquél su adquisición.

Contra tal criterio estimamos:

a) Que a don Simón no se le puede calificar de heredero de la testadora, ya que ni se le atribuía el caudal de la causante a título universal, sino el simple remanente de unos bienes (teoría objetiva), ni la testadora lo llamó como heredero (teoría subjetiva), sino que la voluntad de la causante fue todo lo contrario, como lo demuestra, entre otros extremos, el haberle privado de intervenir en las operaciones particionales siendo como es ésta una de las facultades más calificadas de los herederos, pues toda vez que suceden a la causante a título universal, y tanto en los derechos como en las obligaciones, es obligado permitir su intervención en las operaciones divisorias.

Visto, pues, que a don Simón no puede calificársele de heredero, hay que entender, por exclusión, que caso de haber sobrevivido hubiera heredado el remanente de los bienes en concepto de legatario, debiendo considerarlo por ello como legatario condicional de residuo.

También podría estimársele como el destinatario de un modo o el favorecido por una limitación de disponer mortis causa, e incluso como el beneficiario de una especie de mortis causa capio al modo del Derecho Romano...

Pero sea de ello lo que fuere y sin entrar en discusiones dogmáticas, lo que parece indudable y es conforme con la voluntad de la testadora, es que don Simón no fue llamado a la herencia a título de heredero, de forma que su derecho era una simple limitación o compresión del derecho del verdadero heredero; por tanto, al desaparecer tal compresión, por la premorencia de don Simón, se expandió el derecho hereditario de don Benjamín, quien recibió por ello la herencia de doña Francisca en toda su integridad y como heredero puro y libre.

b) Que la premorencia al testador del fideicomisario no origina ninguna porción vacante ni obliga en su consecuencia a acudir a las normas de la sucesión legítima, no sólo por que, como ya dijimos, desaparecido el fideicomisario, se expande el derecho del fiduciario, sino también por que es absurdo intentar completar la figura del fideicomiso con las normas del Código Civil sobre Sucesión Intestada, o, en otras palabras: determinar la persona del fideicomisario por las normas de la sucesión legítima. Al fideicomisario lo nombra el testador y sólo él; si el fideicomisario premuere al testador, renuncia o es incapaz, no por eso hay que acudir a la sucesión intestada, sino que el primer llamado extiende su derecho y si, excepcionalmente, hubiera de acudirse a la sucesión intestada por falta absoluta de fiduciarios y de fideicomisarios, quien recibiera la herencia la recibiría no como heredero fiduciario o fideicomisario, sino como heredero legítimo.

Cuando los artículos 783 y 785 del Código Civil exigen bajo pena de nulidad que los llamamientos a la sustitución fideicomisaria sean expresos, lo que realmente persiguen no es tanto establecer un requisito de forma (ver art. 785, número 1, inciso final) como defender los derechos del primer instituido de toda

limitación no clara y explícita; por ello pretender que, no obstante la prelación del fideicomisario, subsisten las limitaciones impuestas al fiduciario en beneficio de personas inciertas: los herederos abintestado de la causante, sería tanto como conculcar la doctrina de tales artículos. Si como se ha dicho alguna vez, el derecho de representación es incompatible con la sucesión testada, podría afirmarse a la inversa que la sustitución fideicomisaria no admite mezcla con la sucesión intestada.

Si el testador nombra sustituto a una persona, sólo tal persona (o si éste fallece después del testador, sus herederos legítimos o testamentarios) tiene derecho a los bienes; faltando éste se expande el derecho del fiduciario, quien transmite lo adquirido a sus propios herederos.

Aun sin olvidar que en materia sucesoria la voluntad de la testadora es la Ley de la sucesión, puede afirmarse que, de no aparecer otra su voluntad, el fideicomiso va dirigido no tanto a establecer un orden sucesorio en la adquisición de los bienes como a favorecer a la persona del fideicomisario y sólo ella, de forma que fallecida la misma sin haber adquirido derecho alguno que poder transmitir a sus propios herederos (art. 784 del C. c.) desaparece el gravamen que pesaba sobre el primer heredero.

En cuanto al derecho de acrecer, si bien es cierto que en el caso que nos ocupa, no se da entre fiduciario y fideicomisario derecho de acrecer estricto sensu, entre otras razones por que, según dijimos, no existe identidad de condición jurídica entre los mismos (el uno es heredero, el otro no), ni tampoco se da la conjunción de llamamientos ni en el tiempo ni en el "quantum", ésto no autoriza, sin embargo, a entender, por exclusión, que se produce una porción vacante a la que deben ser llamados los herederos abintestato de la causante, sino que, por el contrario, se produce un acrecimiento impropio o expansión del derecho del fiduciario.

Y si el problema se contempla desde el punto de vista de las restricciones impuestas a la facultad dispositiva del fiduciario, hay que llegar a la misma conclusión. Toda restricción a dicha facultad ha de responder a un motivo legítimo, que en nuestro caso no era otro que el deseo de la testadora de que el remanente de los bienes que pudieran quedar a la muerte del fiduciario pasaran al fideicomisario con preferencia a otras personas, de aquí que al premorir éste a la testadora desapareciese la causa en que se sustentaba la limitación impuesta al fiduciario de no poder disponer de los bienes mortis causa, quedando tal limitación sin efecto y purificándose así la adquisición de don Benjamín.

Partiendo de lo expuesto, la Resolución de 27 de enero de 1934 declara que "estimándose al fiduciario propietario, aunque con propiedad revocable, puede enajenar los bienes como sujetos a condición resolutoria", tesis ésta que se compagina con la que se defiende en la nota recurrida, ya que la condición es siempre incierta en él, si, esto es, ha de haber duda de si a la muerte del fiduciario existirán o no fideicomisarios, duda que no se daría si se estimara que en el último caso habría de abrirse la sucesión intestada de la causante, pues entonces sería siempre cierta la existencia de un fideicomisario (en último extremo lo sería el Estado).

Y más tajantemente declara la Resolución de 13 de febrero de 1907: "Que hecho constar por nota marginal en el Registro el fallecimiento de una persona

a quien por voluntad del testador debía transmitir los bienes el instituido en primer lugar, puede éste disponer de ellos *libremente*".

De estos criterios participa igualmente la doctrina científica. Así, por ejemplo, Roca Sastre (*Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 713, edición 5.ª) estima que "la extinción del gravamen fideicomisario se produce por eliminación de todos los fideicomisarios posibles, cosa que ocurre en la Sustitución Fideicomisaria condicional cuando los fideicomisarios han fallecido o son incapaces de suceder al tiempo de la delación del fideicomiso". También puede considerarse como un caso de extinción por eliminación de fideicomisarios, cuando éstos renuncian (no se distingue si en forma traslativa o pura y simplemente) a sus derechos a la sustitución.

Si todo nuestro razonamiento hasta ahora ha sido, por lo general, en términos abstractos y con referencia a la sustitución fideicomisaria post mortem, la fuerza convincente que el mismo pueda tener subirá de puntos cuando se tenga presente la interpretación que hicimos de la voluntad de la causante y se observe que en el caso que nos ocupa no estamos ante una Sustitución Fideicomisaria, sino ante un Fideicomiso de Residuo con facultad de disponer inter vivos, incluso a título gratuito, figura ésta en que la posición jurídica del fiduciario se refuerza de tal modo que casi escapa del ámbito de la Sustitución para pasar al campo de la Institución modal.

Finalmente, queremos destacar, a mayor abundamiento, que en todo caso y a raíz del fallecimiento de doña Francisca se operó el tránsito de todo su patrimonio al de su marido, don Benjamín, entrando así a formar parte del haber hereditario de éste; por ello, si no se estimasen nuestras anteriores alegaciones y se pensara que es necesario abrir la sucesión intestada, la que procedería abrir sería la de don Benjamín, en cuyo patrimonio relicto se encuentran los bienes, cosa por lo demás absurda, pues, como se refleja en los hechos, el referido don Benjamín falleció bajo testamento, en el que instituyó herederos a sus sobrinos.

Este es nuestro dictamen, que con gusto sometemos a otro mejor fundado.

ANTONIO MORO SERRANO Y JOSÉ A. NORTES,
Registradores de la Propiedad.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

AMOROS GUARDIOLA, Manuel: «Sobre el Derecho de Inmobiliario Registral y su posible autonomía». Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España. Madrid, 1967. 92 páginas.

Manuel Amorós Guardiola, que es Registrador de la Propiedad, profesor ayudante de Derecho civil en la Cátedra que regenta don Federico de Castro y profesor encargado de un curso de doctorado en la Facultad de Derecho en la Universidad de Madrid, sobre «El sistema registral inmobiliario español», que patrocina el Colegio de Registradores, ha ensayado en este libro el establecimiento de los fundamentos o bases del llamado Derecho Inmobiliario Registral. Es siempre una tarea a la que el estudioso de una determinada rama o disciplina jurídica, cuando el estudio se realiza con rigor y con seriedad, no puede permanecer ajeno, la delimitación de la base contractual mínima de esa rama o disciplina y la búsqueda y hallazgo de sus fundamentos metodológicos. Amorós emprende esta tarea, que entre nosotros cuenta con muy escasos precedentes doctrinales, en este libro, no extenso en cuanto a su tamaño, pero sí intenso en cuanto a su profundidad y a la riqueza de las ideas y ocurrencias del autor.

El punto de partida lo constituye el fenómeno de la disgregación del Derecho civil y la constitución de las modernas disciplinas especializadas. Constata el autor este fenómeno de desintegración, que se ha producido en amplios sectores del ordenamiento jurídico a través de dos hechos sintomáticos. De una parte, el hecho indudable, a su juicio, de la desintegración del Derecho civil y de las grandes ramas jurídicas, motivada por la aparición de nuevas disciplinas; y de otra, el hecho de la especialización, que es consecuencia de la existencia de leyes especiales y de la necesidad de determinar su ámbito de aplicación frente a las normas del Derecho común. Que existe, como ha dicho de Castro, una especialización científica y una especialización técnica, parece cosa que no puede negarse. Cabría únicamente cuestionar si esta aparición de nuevas disciplinas especializadas tiene que coincidir necesariamente con lo que el autor llama la desintegración del Derecho civil. Son cosas distintas—en mi opinión—, el que un determinado número de personas se especialice en el conocimiento o en el estudio pormenorizado de una determinada materia y el que por razones de orden económico, político o social se dicten leyes especiales, respecto del hecho de la desintegración de estas materias frente a la rama jurídica a que con anterioridad estaban adscritas. La especialización por sí sola no determina la autonomía científica o didáctica de un sistema normativo. De hecho, mientras la rama especializada continúa ligada, por medio de un cordón umbilical, a la rama matriz, de desintegración no debe hablarse.

¿Es éste el caso del llamado Derecho Inmobiliario o Derecho Hipotecario? Amorós destaca cómo esta disciplina jurídica aparece entre nosotros muy

condicionada históricamente. La hace nacer la publicación en 8 de febrero de 1961 de nuestra primera Ley Hipotecaria, debida sustancialmente al fracaso momentáneo de la obra codificadora. Creo que ésta es la más coherente respuesta al interrogante que el autor formula cuando se pregunta (pág. 24): ¿Por qué se ha constituido el así llamado Derecho Hipotecario al margen del Derecho civil? Desde este punto de vista creo que también el Derecho Hipotecario o inmobiliario es una disciplina que responde a unos condicionamientos históricos y posee un hondo sentido histórico. De hecho se trata de un cuerpo de normas, nacido al margen del núcleo originario del Derecho común, merced a razones de orden histórico, y que supone la creación de una serie de principios que de alguna manera se apartan de los cánones tradicionales del Derecho común. ¿Justifica todo ello la autonomía científica o didáctica de esta disciplina jurídica? Como pone de relieve el autor, dentro del llamado Derecho inmobiliario confuyen normas de carácter sumamente heterogéneo. Se encuentran, por un lado, normas civiles o de eficacia sustantiva, al lado de las cuales viven otras de estricto carácter administrativo, procesal o mercantil. Para salvar esta heterogeneidad, algunos autores han tratado de establecer la distinción entre un Derecho Hipotecario material y otro formal, clasificación que el autor estima, con razón, insuficiente. Prescindiendo de esta cuestión, constata, lo que es obvio, que no son iguales las soluciones impuestas por las normas civiles y las impuestas por las hipotecarias; que los conflictos de intereses se regulan de manera distinta según se sitúa en el plano registral o en el meramente civil, y que el Derecho civil, por sí sólo, no basta para justificar realidades jurídicas que viven en el campo del Derecho registral. Observa, además, el autor que en el marco del Derecho registral de nuestro país concurre una serie de circunstancias que, a su juicio, confirman la necesidad de un Derecho especial independiente. Cita entre ellas: la legislación separada; la existencia de un objeto propio y plenamente diferenciado, que es el Registro de la Propiedad; la vigencia de unos criterios inspiradores de carácter formal, distintos de los que informan la legislación civil, y la realidad de una jurisprudencia separada, que se manifiesta sobre todo en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Reconozco lo riguroso del estudio de Amorós, aunque no pueda compartir plenamente sus opiniones. Personalmente, creo que la constitución del Derecho Hipotecario o Inmobiliario, en disciplina autónoma y separada, rompe la unidad interna del sistema y ese cordón umbilical que liga la disciplina filial al tronco matriz. A mi juicio, el camino debe ser otro. En lugar de constituir el Derecho Inmobiliario Registral en terreno aparte, lo que se debe hacer, es integrarlo plenamente en el Derecho común. Mi idea es que así como el núcleo central o la parte general del Derecho de Bienes venía siendo hasta ahora la Teoría General de las Obligaciones y de los contratos, debe constituirse una Parte General de los Derechos Reales, que es donde encuentra su cabida, justamente, el hasta ahora llamado Derecho Hipotecario. No es ésta ninguna idea que entrañe novedad, sino que, con alguna matización, significa sólo seguir la pauta de lo que han venido haciendo siempre los civilistas alemanes.

Justificada su posición respecto de la disciplina del Derecho Inmobiliario Registral, la siguiente tarea del autor consistirá en delimitar dicha disciplina, preguntándose cuál sea el objeto del mismo. Este interrogante se subdivide en otras tres preguntas: ¿Qué se inscribe, cómo se inscribe y por qué se inscribe? El autor repasa las opiniones doctrinales más importantes, que han considerado al Registro de la Propiedad o bien como un Registro de títulos o bien como un Registro de derechos, así como las opiniones intermedias, que parten de la distinción entre el objeto de la inscripción—el título—y el objeto de la publicidad—el derecho—, para llegar a la conclusión de que una respuesta adecuada a la pregunta sobre el objeto de la disciplina conduce a lo que él llama *la teoría de la relación jurídica registral*. A su juicio “la relación jurídica registral constituye el objeto del Registro de la Propiedad” (página 55). Para llegar a esta conclusión parte de la idea de que en nuestro Registro de la Propiedad no sólo se inscriben derechos, sino también fenómenos de signo muy diverso, como pretensiones procesales, resoluciones judiciales, pretensiones, etc., de manera que el término “derecho inscrito” no agota el objeto del Registro y parece mejor utilizar un término global unitario más amplio”. Esa idea de la relación jurídica registral es, como digo, la idea más brillante del libro, que el autor deja simplemente apuntada, prometiendo desarrollarla ulteriormente. Este ulterior desarrollo deberá, en todo caso, perfilar la distinción entre la relación jurídica registral y la relación jurídica sustantiva o “registrada” y explicar cómo tienen acceso al Registro fenómenos que no son genuinas “relaciones” jurídicas, sino puras “situaciones”. Pese a ello estimo que la idea es fructífera y que el autor debe terminar de perfilarla.

Como he dicho al principio, creo que este libro de Amorós es un libro valioso, pues valioso es siempre el que una persona dedicada al cultivo de una disciplina haga cuestión de ella. Es valioso, además, porque el tema está tratado con todo rigor, con seriedad, con honestidad y con indudable altura científica, razones, todas ellas, que inducen a aconsejar su lectura a los amantes de este sector del ordenamiento jurídico.

LUIS DIEZ-PICAZO

BARRERA GRAF, Jorge: «La reglamentación uniforme de las compraventas internacionales de mercaderías». (hacia un derecho internacional del comercio). Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1965. 171 págs.

Este libro está formado por tres estudios diferentes, recogidos en tres capítulos. El primero, titulado “Hacia un Derecho del comercio internacional”, contiene una condensada exposición de la evolución del Derecho mercantil y de su tendencia hacia la internacionalización (p. 21-47). El segundo, bajo el rótulo de “La reglamentación uniforme de las compraventas”, enumera los esfuerzos para la unificación de las reglas sobre esta materia; en especial considera los trabajos del Instituto para la unificación del Derecho privado de Roma y las Condiciones Generales de COMECON, y en ellos, especialmente, las cuestiones del carácter internacional de las ventas, la delimitación

de la autonomía de la voluntad y la transmisión de los riesgos (p. 51-73). El capítulo tercero, con la denominación "Las ventas internacionales de mercaderías en Latino-América", informa sobre el movimiento de unificación en los países americanos, y en especial de los iberoamericanos (p. 77-91). Concluye la obra con tres anexos, con los textos de los dos Convenios de La Haya de 1964 sobre compraventa internacional de mercancías y las Condiciones Generales de COMECON. Va precedido de un Prólogo, en el que se precisan propósitos y se narra el proceso de elaboración del trabajo realizado.

Mérito grande y destacable de esta obra es su brevedad sintética. En relativamente pocas páginas se recogen y ordenan datos de un impresionante volumen. Labor meritoria que habrá supuesto el manejo de cientos de fichas. Lo que, al menor descuido, ocasiona desagradables sorpresas al investigador. En nuestro caso, ha sido participe de ella nuestro *Anuario*. El autor, elegantemente, informa: "En la traducción de los dos proyectos de La Haya seguí de cerca, y en algunos casos reproduje o adapté meramente la traducción española de Sánchez Calero y Prieto Gómez del Proyecto de La Haya de 1957, tan similar al texto uniforme definitivo de la compraventa internacional de mercaderías, que se publicó en la "Revista de Derecho Internacional Privado", vol. V, núm. 3, 1952, pp. 775 y ss.". Pero la verdad es que la dicha traducción fue publicada por este *Anuario de Derecho Civil* en su número especialmente dedicado a la Ley Uniforme: tomo XI, fascículo IV, octubre-diciembre 1958, págs. 1141-1166. Debiendo hacer constar también que lo inocente del "lapsus" sufrido parece evidente, no sólo por las mismas fechas citadas, sino por el buen conocimiento que el autor muestra del referido fascículo del *Anuario*, que repetidamente utiliza y cita.

Posiblemente pueda achacarse al señalado tono sintético de la exposición o a otra jugarreta de las fichas, el que parezcan confundidas, como una misma Conferencia, las dos sucesivamente celebradas en La Haya el año 1951 (pág. 37-38). La una fue la séptima de las Conferencias de Derecho Internacional Privado; la otra era la Conferencia primera, que, patrocinada por el Gobierno de los Países Bajos, se hubo de reunir para tratar del Proyecto de una Ley Uniforme sobre las ventas del Instituto de Roma. Organizaciones de caracteres bien diferenciados, de diversos propósitos y con distintos participantes, aunque alguno de éstos fuera miembro de ambas Conferencias.

El buen sentido jurídico del autor se muestra al apreciar la importancia fundamental de la cuestión sobre la autonomía de la voluntad, que ha venido enfrentando los partidarios de su ilimitación y los que han creído necesario delimitarla para evitar abusos y fraudes. El autor se inclina decididamente por dar carácter imperativo a algunas normas de la Ley Uniforme o mejor a todas ellas, como se hace en las Condiciones Generales de COMECON. Advirtiendo el interés práctico de ello para los países que en su comercio exterior generalmente se encuentran en situación desventajosa (págs. 60-61, 85-87).

Es también de destacar la elegante presentación del libro y su cuidada tipografía.

CASTAN TOBEÑAS, José: «Derecho Civil español común y foral». Tomo tercero. «Derecho de obligaciones». «La obligación y el contrato en general». Décima edición, revisada y aumentada. Reus, S. A. Madrid, 1967. 556 págs.

Cuando un libro alcanza el universal renombre de este Derecho civil y cuando, además, su autor ha logrado la máxima autoridad entre los juristas españoles, la función del encargado de hacer esta nota bibliográfica queda prácticamente reducida a dar cuenta de la publicación de esta nueva edición del tomo consagrado al estudio de la obligación y el contrato en general. Pues, en verdad, todo comentario resultará superfluo y cualquier elogio sonará a redundancia. Queda, por tanto, sólo señalar el hecho justo de que este tratado, que hace época en la historia del Derecho civil español, siga manteniéndose puesto al día y siempre con sus acrisoladas características del cuidado en la elaboración, la prudencia en el juicio y la amplísima erudición en notas y citas.

R. E. D.

CASTRO Y BRAVO, Federico de: «El negocio jurídico». Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967. 550 páginas.

Los propósitos y las características de esta obra han sido expuestos en el Prólogo del mismo libro, el que, por ello, nos permitimos reproducir. Dice así:

“Hace más de un siglo que la atención de los juristas ha venido centrándose en la figura del negocio jurídico. Se han publicado sobre esta materia tantos estudios, que su simple mención bibliográfica llenaría un libro de regular formato. Hecho que impone hacerse, y de modo acuciante, la pregunta de siempre: ¿por qué y para qué, todavía, otro libro?”

El interés por el negocio jurídico nace y se fomenta en el clima cultural del pandectismo alemán. Ello, y lo encendido de las polémicas entre sus escuelas, origina estudios de agudeza e ingenio difícilmente superables, pero también de un creciente carácter teórico abstracto. Vicio de origen no corregido y que lleva a que la censura de alejamiento de la realidad, dirigida contra el pandectismo, se extienda a la generalidad de los estudios sobre el negocio jurídico.

Lo que tal reproche tiene de verdad no puede desconocerse. De ahí la preocupación de basar los estudios contenidos en este libro sobre datos tomados de la práctica jurídica. A tal efecto, y en especial, se han recogido y examinado varios centenares de sentencias del Tribunal Supremo. Se han estudiado los casos presentados en sus resultandos y se han valorado los dichos de sus considerandos, en función a lo decidido en los fallos. Estudio crítico de la doctrina jurisprudencial, con el que se ha pensado sería posible conseguir mejor conocimiento del significado real del sistema jurídico español sobre el negocio jurídico.

La autonomía de la voluntad, con o sin el título de negocio jurídico, es-

uno de los grandes tópicos del Derecho, ineludible en cualquier ordenamiento jurídico, y que viene planteando de siempre semejantes cuestiones. Este hecho facilita y favorece la recepción de ideas y el influjo de las doctrinas jurídicas, incluso entre países de sistemas diferentes. Con el grato efecto de la divulgación de una terminología común y de la formación de un acervo de ideas y conceptos generalmente aceptados, que puedan crear hasta la ilusión de un renacido Derecho común. Mas también ha facilitado graves y dañosas confusiones. La sugestión que naturalmente puede ejercer una doctrina científicamente más elaborada, el atractivo de la construcción ingeniosa o estimada más progresiva y el encanto de las novedades, viene seduciendo a los juristas que tratan de traducir o introducir figuras extrañas al sistema jurídico que interpretan, aunque ello sea a costa de deformarlo o de contrariar sus propios fundamentos.

Para evitar este resultado, ha parecido conveniente, y en ocasiones imprescindible, destacar los caracteres de ciertos sistemas jurídicos extranjeros, ya que el contraste de semejanzas y diferencias permitirá precisar los propios y auténticos del sistema español. Ha parecido también necesario, al mismo objeto, referirse al origen inmediato de las instituciones y al influjo que sobre su especial configuración han tenido las diversas corrientes doctrinales, cuyo predominio y juego será decisivo para el significado y fisonomía diferente de los distintos sistemas jurídicos actuales.

Lo muy complejo de las tareas referidas, lleva consigo el riesgo de que este libro alcance una extensión desmesurada. Para evitarlo, en lo posible, se han ido eliminando cuestiones secundarias, se han sintetizado al máximo las referencias a Derechos extranjeros y a los antecedentes históricos y se ha sometido a una poda implacable citas, notas y referencias eruditas.

Como orientación de quien quiera profundizar sobre las cuestiones tratadas, ha parecido bastará la mención hecha, en cada caso, de los principales estudios monográficos y la cita detallada de la correspondiente doctrina jurisprudencial. Se ha creído innecesario referencias a tratados, manuales y libros de usual manejo; sobre todo, cuando no se ocupan con detalle del problema examinado, o expresan la opinión común. Sólo excepcionalmente y siempre por alguna razón especial, se han mantenido ciertas citas. Con la salvedad de que respecto dos o tres figuras, se ha estimado prudente conservar intacto el primitivo aparato de notas, dada su dificultad o lo discutible y controvertido de los criterios sustentados."

El libro se divide en seis partes: La primera bajo la denominación "*Doctrina general de la autonomía privada*", se ocupa de la Autonomía privada, La figura del negocio jurídico, La estructura del negocio jurídico y la Interpretación del negocio jurídico. Se dedica especial atención a las relaciones contractuales fácticas, la declaración de voluntad, el silencio y las reglas legales de interpretación y aquí también, destacadamente, se trata de la interpretación de las disposiciones testamentarias.

La segunda parte, con el nombre de *Vicios y defectos de la voluntad*, trata de los vicios y no existencia de la declaración de voluntad, del error, violencia intimidación y dolo. Se le dedica especial atención a la figura del error,

tanto al que determina la voluntad como al que se da respecto a la declaración, examinándose separadamente la cuestión del error del testador.

La parte tercera va rotulada *La doctrina de la causa*, que trata especialmente del significado y ámbito de aplicación de la causa, de las causas suficientes para la validez del negocio, de los negocios atípicos, las obligaciones morales, los motivos y la causa, los negocios carentes de causa y los vicios de la causa (falsedad e ilicitud).

En cuarto lugar se coloca el estudio sobre *La causa y la relación negocial*, que se ocupa del negocio como título de la relación negocial, las clasificaciones de los negocios según su causa, los negocios formales, los negocios abstractos y la continuada influencia de la causa. Destacan por su extensión los apartados que se dedican a los negocios con causa onerosa y gratuita, la donación renumeratoria, el requisito de forma en los contratos, la postura del sistema jurídico español respecto a la abstracción, la cláusula "rebus sic stantibus" y la base del negocio.

En penúltimo lugar se encuentran *Los negocios anómalos*. Se consideran como tales la simulación, en sus diferentes manifestaciones, el negocio en fraude a la ley, el negocio fiduciario y el negocio indirecto.

Termina el libro con el examen de *La ineficacia de los negocios jurídicos*. Esta parte comprende capítulos dedicados a los tipos de nulidad, los negocios nulos, anulables y rescindibles. En ellos se trata de estas figuras, de su significado, supuestos y alcance de las respectivas acciones. También, en el capítulo de los negocios nulos se estudian las figuras de la convalecencia del negocio, la conversión del negocio nulo y la nulidad parcial; en el capítulo sobre los negocios anulables se hace referencia a la confirmación. Se concluye con un capítulo titulado "Otros tipos de ineficacia", referido especialmente a la nulidad relativa, ineficacia relativa, anulabilidad absoluta e inoponibilidad.

R. E. D.

CERVERA, Alejo de: «The statute of limitations in american conflicts of laws».

University of Puerto Rico Press. Río Piedras, P. R. Oceana Publications. Inc. Dobbs Ferry, N. Y., 1966. 189 páginas.

El libro del que se da cuenta ofrece un destacado interés para los juristas españoles, y ello desde varios puntos de vista: por la importancia teórica y práctica del tema y por la personalidad del autor.

Los tratados de Derecho internacional privado acostumbran a recoger «in extenso» las discusiones habidas sobre la regulación de la prescripción extintiva; cuestión, como es sabido, íntimamente ligada con el problema de la calificación. Se pregunta: ¿Cómo se clasificará la prescripción? ¿Con ella se extingue una facultad jurídica, el mismo derecho o supone una limitación de la posibilidad de reclamar ante el Tribunal? ¿Es una causa de extinción del derecho, insita en el derecho mismo, o se trata de una mera excepción procesal? La doctrina, en general, se ha inclinado decididamente en favor

de aplicar las reglas de prescripción del mismo estatuto del derecho de cuya subsistencia o extinción se trata. Por el contrario, la doctrina inglesa y de los EE. UU. se manifiestan en pro de la prescripción considerada como un remedio procesal, con la consecuencia de aplicar siempre la "lex fori". Los autores han criticado esta solución, han mostrado su falta de base histórica (1) y su carencia de razones (2), pero ella se ha mantenido como creación del "common law".

La doctrina norteamericana, al principio seguidora de la inglesa, tiene propios caracteres. La obra reseñada los va mostrando, mediante el examen cuidadoso de unas trescientas decisiones judiciales. En especial, se advierte de la distinta situación que se ofrece, según que la regla local sobre prescripción sea más corta que la reguladora del mismo derecho, o que, por el contrario, resulte que es más corto el plazo para la extinción, según la ley propia del derecho (lo considera ya extinguido), que el establecido por la ley del foro. El lector ajeno a la literatura jurídica norteamericana se encuentra ante un laberinto de reglas, distinciones, salvedades y excepciones, a lo largo del cual le irá guiando el autor, con seguridad y magistral pericia, aunque sin ocultar las contradicciones en que se incurre y las dudas que se dejan sin resolver en la jurisprudencia de los distintos Estados norteamericanos.

Se han tenido presentes también las disposiciones legales sobre el estatuto aplicable a la prescripción, dictadas por los diferentes Estados, cuyos textos se reproducen literalmente en un Apéndice.

Estudiadas la legislación y la práctica judicial y expuestas las dificultades que origina su aplicación para el tráfico dentro del mismo territorio de EE. UU., el autor propone la unificación de las reglas sobre conflictos de leyes en materia de prescripción, y presenta al efecto un bien estudiado proyecto de ley uniforme para los EE. UU.

De lo dicho podrá ya inferirse el interés práctico de este estudio para los abogados españoles. El aumento creciente de las relaciones comerciales con EE. UU. hace necesario conocer bien cuándo una reclamación hecha en uno de los Estados pueda ser denegada por jugar la excepción de prescripción.

El autor de este libro, juez español y profesor de la Universidad de Puerto Rico, no ha seguido en él ese camino más fácil del Derecho comparado. Ha realizado la nazaña impresionante de adentrarse en el Derecho norteamericano, identificándose con su peculiar método y espíritu, hasta lograr una muy valiosa aportación a la literatura jurídica americana.

R. E. D.

(1) En general, se ha entendido basada en la Escuela jurídica holandesa, GOODRICH, *Handbook on the conflict of Laws*, 1938, § 82, p. 201. RABEL ha mostrado que esa afirmación (basada en una referencia de Story a Huber) no es del todo exacta, *The Conflict of Laws. A comparative Study*, 1950, III, p. 496 y sig.

(2) Sobre "lo insatisfactorio" de la doctrina inglesa: CHESHIRE, *Private international law*, 1946, p. 638; también WOLFF, *Privaté international law*, 1945, § 219, p. 234.

FRAGOLA, Augusto: «La cinematografia nella giurisprudenza». Racolta sistematica di giurisprudenza commentata. Diretta del Prof. Mario Rotondi. Edizione Cedam. Padova, 1966. 363 páginas.

Este libro tiene el mérito de ir mostrando panorámicamente las múltiples facetas jurídicas de la regulación de la producción cinematográfica. Comienza con el examen de los problemas de Derecho constitucional y administrativo, algunos de los cuales, como el de la nacionalidad de la película, tienen interés también para el lector no italiano. Después estudia los problemas del Derecho de autor y del trabajo, capitulo en el que se examinan las cuestiones difíciles e interesantes de los distintos derechos de autor, correspondientes a los varios colaboradores en la obra (guionista, director, productor, músico, actores, etc.) y del uso y abuso en la utilización cinematográfica de la obra ajena. Trata también de los problemas de Derecho comercial que origina el ejercicio en común de las actividades cinematográficas, de algunos contratos cinematográficos atípicos, de los usos cinematográficos y de los títulos de crédito y operaciones de financiación. Especial interés sustantivo y anecdótico tienen los casos examinados bajo la rúbrica de problemas concernientes a ciertos derechos de la personalidad (nombre, imagen, reserva, etc.). Trata, además, en capítulos sucesivos, de problemas de Derecho penal, tributario y procesal.

La obra, fiel al propósito de la colección en la que se publica, se centra en la recopilación de la jurisprudencia italiana, clasificada conforme a las distintas ramas del Derecho y siguiendo el orden antes citado. El autor ha recogido los textos más significativos de las sentencias sobre materia cinematográfica; pero, en letra más pequeña, procura situar cada decisión judicial, comentándola y analizándola críticamente. De este modo, se ha dado todo su valor a la jurisprudencia como «fuerza motriz del Derecho», pero también se atiende a que, como el autor dice, ella no basta para acercar la teoría a la realidad, pues «siendo un fenómeno patológico y a menudo terapéutico del Derecho, no puede apreciarse si antes no se conoce la fisiología jurídica».

R. E. D.

MADRUGA MENDEZ, Joaquín: «Transmisión del derecho arrendaticio de vivienda». Editorial Montecorvo. Madrid, 1966. 248 páginas.

La Editorial Montecorvo, que en tan corta vida ha sacado a la luz una bibliografía jurídica de alta calidad, ha publicado recientemente esta monografía sugestiva, cuyo título por sí mismo nos muestra la dificultad e interés del tema. El autor, profesor adjunto de Derecho civil en la Universidad de Salamanca, ha realizado una síntesis armónica de la experiencia vivida en la práctica del Foro con una elaboración científica de auténtico investigador.

La gran repercusión práctica que ofrece en nuestros días la materia arrendaticia, ha originado una copiosa bibliografía de escaso valor científico, salvo contadas excepciones que el buen especialista sabe elegir. Este es el caso del

profesor Madruga Méndez, cuyo libro supone una primera culminación de la tarea investigadora realizada en temas difíciles y de relevante interés (pueden verse sus estudios sobre la *adopción* en ADC, julio-septiembre 1963, págs. 747 y siguientes, y sobre las *fundaciones benéfico-particulares y docentes*, RGLJ, febrero 1961, págs. 3 ss.). El autor, por otra parte, no olvida el engranaje social de la institución, basada en la apremiante escasez de viviendas que sufre en la actualidad la inmensa mayoría de los países, entre ellos el nuestro.

Por la complejidad del tema, estudia únicamente la transmisión de la locación de vivienda, si bien prepara un segundo volumen sobre el mismo problema en los locales de negocio. Me consta que no tardará en aparecer.

Con riguroso método de investigación y abierto ilimitadamente a la jurisprudencia de intereses, emprende el profesor Madruga Méndez el análisis de los problemas que plantea la transmisión del derecho arrendaticio de vivienda. El libro se compone de dos partes netamente delimitadas: la primera, dedicada a la transmisión *inter vivos*, que recogen los artículos 23 y ss. de la L. A. U.; la segunda, se destina a analizar la sucesión *mortis causa*, según regulación estatuida en los artículos 58 y ss. de la misma Ley. El criterio metodológico se conforma, pues, con la regulación positiva que, en este aspecto, es plenamente acertada.

Después de fijar el concepto de cesión de contrato a la luz de la más selecta bibliografía, estudia el problema de la cesión del contrato arrendaticio. Perfectamente delimitada del subarriendo, que implica superposición temporal de dos relaciones contractuales, considera la cesión arrendaticia como una transmisión integral de los elementos activos y pasivos del arrendamiento, lo que supone sustitución del arrendatario por un tercero (S. de 3 de abril de 1961).

Tras determinar el concepto de cesión del contrato arrendaticio de vivienda, como traspaso que realiza el inquilino de su titularidad en favor de un tercero, pasa a estudiar el problema en el ámbito de la legislación comparada. Es un capítulo breve, por exigirlo así la escasa regulación jurídica sobre el particular. En esta materia no son los ordenamientos extranjeros paradigmas ideales que exijan una especial atención. Con este capítulo termina la primera sección (págs. 23-40).

Dentro de la sección segunda analiza exhaustivamente el artículo 23 de la L. A. U., que veda con carácter general la transmisión a título oneroso de la relación arrendaticia (párrafo 1.º) y subordina la eficacia frente al arrendador de la cesión gratuita al consentimiento expreso del mismo (párrafo 2.º). Con carácter excepcional, el artículo 24 permite la subrogación en el derecho arrendaticio de dicho precepto legal. La llamada "cesión familiar", minuciosamente examinada, viene a ser el punto álgido de la segunda sección.

Se detiene a continuación en el examen de la *cesión consentida* (art. 26, número 1 de la L. A. U.), donde pone de relieve cómo los artículos 23 y 25 del texto refundido de 24 de diciembre de 1964 acaban con las dudas sobre la forma de manifestarse el consentimiento del arrendador, al establecer su ineludible carácter expreso. De no ser así, la cesión se tiene por no hecha y el contrato de inquilinato se resuelve al amparo del artículo 114, causa 5 de la Ley de Alquileres (cfr. págs. 67-84). La prohibición general del artículo 23 queda, pues,

sin eficacia si el arrendador consiente expresamente la cesión de conformidad con el artículo 26.

Mecece destacar, dentro de esta sección, el capítulo dedicado a la transmisión del subarriendo (págs. 91-94) según lo previsto por el artículo 27 de la L. A. U. Puesto que se trata de un segundo arrendamiento constituido por el arrendatario, es lógico que se le aplique la disciplina general de la cesión de viviendas.

El autor no se limita a estudiar la cesión de vivienda en la Ley de Arrendamientos Urbanos, sino que con precisión y sistemática trata el problema en la dispersa legislación especial protectora de viviendas (sección tercera, págs. 99-107). Finalmente, una visión multiforme del tema sólo era posible tomando en consideración los fallos de las Audiencias Territoriales. Nos hallamos frente a cuestiones vitales en las que el Derecho con más frecuencia se hace lucha, como diría Ihering; gran número de ellas no llegan al Tribunal Supremo, se resuelven por las Audiencias. El autor ha recogido esta jurisprudencia menor con sumo cuidado a lo largo de la sección cuarta (págs. 109-124), tarea difícil y meritoria, sobre todo si, como en este caso, va acompañada de una valoración crítica. Su utilidad práctica es evidente.

Quando el tercero es llamado a subrogarse en la posición jurídica del inquilino por fallecimiento de éste, la transmisión del derecho arrendaticio de vivienda se configura como sucesión especial que regulan los artículos 58 y 59 de la Ley de Alquileres. Toda la segunda parte de la obra está dedicada a estudiar la sucesión *mortis causa* de vivienda, siguiendo la misma sistemática que utilizó en el desarrollo de la primera para tratar la cesión de vivienda. Analiza, por tanto, la sucesión en la Ley de Arrendamientos Urbanos (págs. 143-188), en la legislación protectora de viviendas (págs. 191-194) y en la doctrina jurisprudencial, comprendiendo también los fallos de las Audiencias Territoriales (págs. 197-211). Antes se ha detenido en unas consideraciones generales que tratan de fijar el concepto, antecedentes históricos y naturaleza jurídica de la sucesión *mortis causa* de vivienda. Examina también el problema en la legislación comparada, donde, en líneas generales, se admite expresamente la transmisión *mortis causa* de la relación arrendaticia (páginas 127-142). Dentro de esta segunda parte encuentro especialmente lograda la sección segunda, que aborda con exhaustividad la sucesión de vivienda en la ley arrendaticia.

Me sumo a la opinión del autor y a la mantenida por la importante Sentencia de 2 de marzo de 1959, que ve en el artículo 58 de la L. A. U. una sucesión no hereditaria en los derechos y obligaciones del inquilino. Se trata de un beneficio sucesorio, independiente del caudal relicto. Los parientes que señala el citado precepto no suceden *iure hereditario*; sólo reciben *mortis causa capione*. La subrogación *mortis causa* en los derechos y obligaciones del arrendamiento origina una derivación de personas en el contrato de inquilinato, pero el familiar sustituto no es un continuador de la posición del causante: ni ha sido llamado a la sucesión del inquilino como tal ni tiene, por tanto, en su favor un *ius delationis* (1).

(1) Cfr. en este sentido la autorizada opinión del profesor LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Sucesiones. Parte General*, Barcelona, 1961, págs. 114-115.

Libro de agradable lectura por su claridad expositiva y el interés eminentemente práctico de los problemas tratados, supone una valiosa aportación bibliográfica en materia arrendaticia, de consulta obligada para los que consagran su vida a la elaboración o aplicación del Derecho. No está destinado a ser uno más, sino a llenar un vacío. Adhiriéndome al testimonio del profesor Espín Cánovas, manifestado en el prólogo, la obra de JOAQUÍN MADRUGA merece sincera felicitación.

MARIANO ALONSO PÉREZ

Profesor adjunto de Derecho civil

MONTOYA MELGAR, Alfredo: «La extinción del contrato de trabajo por abandono del trabajador». Universidad de Sevilla. Instituto García Oviedo, 1967. 151 páginas.

Así como la resolución del contrato de trabajo por decisión o voluntad del empresario, cuenta con bibliografía, incluso monográfica, de alguna entidad en nuestro país, su contrapunto jurídico, en cuanto forma de extinción anormal del propio contrato de trabajo; esto es, la resolución del contrato de trabajo por cuenta del trabajador, ha provocado hasta ahora menos interés doctrinal. Incluso en los libros generales de Derecho del Trabajo españoles y extranjeros, la parte de los mismos que se dedica al despido es normalmente más amplia que la destinada a analizar la extinción por voluntad del trabajador, cuando no más amplia que la dedicada a todas las demás causas de extinción, incluida la últimamente citada. En fin, como el libro nos informa puntualmente (pág. 131) las decisiones judiciales —y, por lo tanto, los supuestos de hecho de los procesos a que equéllas ponen término final— que tienen al abandono u otras formas de extinción por voluntad del trabajador como motivo central son escasas; la elaboración jurisprudencial en torno al abandono es, por así decirlo, refleja o incidental de la jurisprudencia sobre despidos. He aquí una primera razón para dar la bienvenida a este estudio monográfico sobre materia muy necesitada de especulación doctrinal a fondo.

El libro comienza con una serie de páginas dedicadas a la delimitación del tema, y fundamentalmente a precisar lo que sea exactamente el abandono como modo no único de extinción del contrato por voluntad del trabajador. El abandono se presenta exteriormente como una situación de hecho, un acto o conducta de cesación en la actividad laboral, precedida o no esta mera manifestación de voluntad de la declaración explícita de que el trabajador tiene la voluntad deliberada de extinguir su relación contractual; porque justamente este *animus*, declarado o no, caracteriza el abandono; con esto queda dicho que el abandono es un acto voluntario, exteriorizado siempre a través de una manifestación a la que puede acompañar una declaración y que de suyo implica un incumplimiento del contrato de trabajo en cuanto que sólo se apoya en una voluntad unilateral, no amparada, además, en ninguna causa justa.

Sobre este punto insiste morosamente el libro de Montoya (*El abandono*

como incumplimiento, págs. 97 a 103), y ello le lleva a establecer ya hacia las páginas finales del libro un cuadro completo de las formas de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, cuya misma complejidad es reflejo de la general de todos los temas sobre el contrato de trabajo en cuanto se profundiza mínimamente en ellos. Así, frente al abandono, ya caracterizado (y que, a su vez, puede tener varias modalidades, según que se produzca *ante tempus* en contratos de duración determinada; *ad nutum* y sin preaviso en contratos de duración indefinida; y que en uno y otro supuesto pueda o no ser calificada como de abusivo), hay que situar la extinción unilateral causal, basada en el incumplimiento por parte del empresario conforme al artículo 78 de la Ley de Contrato de trabajo; y la extinción *ad nutum* con preaviso, no necesitada de causa a que se refiere el artículo 76, apartado 9.º, de la propia Ley.

El análisis que de todas estas figuras se hace en el libro es de una gran finura y cuenta con un excelente apoyo jurisprudencial o, por mejor decir, reposa sobre un estudio verdaderamente exhaustivo de las sentencias existentes sobre la materia, y con considerables y precisas ilustraciones de Derecho comparado.

Dos temas deben quizá ser citados para concluir esta nota:

El primero de ellos es el de que el abandono se concibe como un negocio jurídico, entendiendo por tal, reposando sobre la autoridad de autores como Carnelutti, Betti y Cariota Ferrara, la manifestación de voluntad dirigida a producir un efecto jurídico, en este caso la extinción del contrato. Castro nos informa cómo ésta es una concepción generalizada y perfectamente admisible y admitida, aunque en la suya propia (*El negocio jurídico*, Madrid, 1967, página 25), sólo se reputa, en sentido estricto, negocio jurídico a la declaración o manifestación de voluntad dirigida precisamente a la creación de estos efectos, "como relación y base de la relación jurídica, que conforma su contenido y es medida del mismo". En segundo término, la distinción que se hace a lo largo del libro entre *efectos* y *consecuencias* de las declaraciones o manifestaciones de voluntad y, concretamente, del abandono, reservando la primera expresión para lo que naturalmente deriva del negocio, como finalidad querida por quien exterioriza su voluntad, y prevista por el ordenamiento jurídico como efecto normal del propio negocio; y hablando de consecuencia respecto de la vinculación de efectos anormales, sanciones o indemnizaciones, al acto extintivo cuando, como en el caso del abandono, el negocio implica un incumplimiento de un negocio previo y es, por tanto, un acto antijurídico ante el que la norma tiene que reaccionar, sin que pueda hacerlo respecto del contrato de trabajo, por principios hoy elementales y bien conocidos, privando al acto de sus consecuencias normales mediante una declaración de invalidez o ineficacia que impondría la pervivencia y continuación de la ejecución, que casi devendría forzosa, del contrato de trabajo, lo que se traduciría, a su vez, en un régimen de trabajo forzoso cuasi contractual.

Sea cual fuere el juicio que merece esta terminología, aceptable por lo demás, la distinción que encierra es útil y fecunda, y muy a propósito para enfrentarse con los problemas derivados, en general, de la extinción del contrato de trabajo.

Tiene el libro, por lo demás, nociones felices y expresadas con gran concisión y brillantez (por ejemplo, la de que el preaviso actúa "como elemento de conversión [de los contratos de trabajo de duración indefinida] en contratos de duración determinada"; pág. 51). Y alguna otra que, aunque bien razonada, se presentan a discusión (la de que el abandono es una manifestación o declaración de voluntad no recepticia, extinta *per se* del contrato; página 95); cabría plantearse si la ciencia y paciencia del empresario ante el hecho del abandono, sin reacción alguna por su parte, tiene algún efecto sobre el abandono mismo; en la medida en que se crea que lo tiene habría que profundizar sobre el carácter recepticio o no de la declaración o manifestación de voluntad en que el abandono consiste; aunque bien pudiera ser —ciertamente, y la jurisprudencia en cuanto al intento de reincorporación así parece corroborarlo— que la tesis de Montoya fuera la más ajustada a nuestro Derecho vivo y vigente.

También encontrará el lector, últimamente, tratados incidentalmente, pero con la suficiente extensión, temas marginales de sumo interés y actualidad, tales como la suspensión del contrato de trabajo como consecuencia de conflictos colectivos (págs. 81 a 84) y los efectos que sobre el contrato de trabajo tiene la privación de libertad del trabajador por causa a él imputable, aunque posible y normalmente ajena al contrato de trabajo (páginas 114 a 120).

Se publica el trabajo en la excelentísima colección de monografías que viene publicando desde hace años el Instituto García Oviedo, de la Universidad de Sevilla; es este el libro número 19 de la colección.

Manuel ALONSO OLEA

Catedrático de Derecho del Trabajo

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel: «La Herencia y las deudas del causante». «Tratado práctico y crítico de Derecho civil». Tomo 61. Volumen 1.º. Instituto de Estudios Jurídicos. Madrid, 1967. 389 páginas.

Nos encontramos ante una obra profundamente original, apoyada en una brillante interpretación histórica de nuestro Derecho y que, sin duda, será desde hoy imprescindible para cualquier estudio futuro sobre el Derecho sucesorio español.

Las conclusiones fundamentales, para nuestro Derecho, a que llega el autor en su trabajo, son nada menos que las siguientes: 1) Los herederos, como tales, sólo son deudores en cuanto asumen la titularidad del patrimonio del causante. Las deudas, en todo caso, permanecen invariables. 2) Del fenómeno sucesorio sólo se deriva, naturalmente, la responsabilidad *intra vires*. La responsabilidad *ultra vires* es solamente una incidencia en la liquidación, un efecto independiente del fenómeno sucesorio en sí. 3) El patrimonio hereditario persiste siempre individualizado, no obstante las diversas vicisitudes de su titularidad, hasta la total extinción de los créditos del causante. 4) La

pérdida del beneficio de inventario no afecta *en daño de los acreedores* a la subsistencia del patrimonio: sólo produce, como efecto añadido, la responsabilidad *ultra vires* del heredero.

Si se tiene en cuenta que la doctrina española general ha aceptado como principio básico que la sucesión implica una sustitución, en cada deuda, de la persona del deudor; que la responsabilidad *ultra vires* es consecuencia natural de la sucesión universal y que ésta, como regla general, implica la confusión de patrimonios, fácilmente se comprende el profundo cambio que para muchas ideas, estimadas hasta ahora como incommovibles, supone la tesis de Peña Bernaldo de Quirós. Pero no se crea que se trata simplemente de una teoría ingeniosa, más o menos brillante, dictada por afán de originalidad y que en adelante se citará como curiosidad. Todo lo contrario. La nueva tesis viene respaldada por un estudio serio y revelador de los antecedentes históricos y del Derecho vigente en España en materia sucesoria, cuya eficacia de convencimiento y captación de adeptos es pronóstico seguro.

Comienza el autor poniendo de relieve cómo la responsabilidad *ultra vires* es una institución del Derecho romano clásico, sobre cuya fundamentación discrepan profundamente los romanistas. No está claro, en efecto, que aquélla se derive como una consecuencia orgánica del fenómeno sucesorio, bien por suponer éste una continuación de la personalidad del difunto, bien por considerar la *successio* como una *universitas*, bien por poner el acento en el título personal del *heres* como depositario de la potestad familiar (tesis de Bonfante). Para muchos romanistas, como Kaser, la regla está basada en razones prácticas y es efecto independiente de la *successio*. En todo caso, la norma clásica suponía una alteración evidente en el régimen de las deudas, en perjuicio de los acreedores, y exigió en el propio Derecho clásico ciertos condicionamientos a su aplicación general.

Tales condicionamientos se acentúan en el Derecho justinianeo, en el que ya se vislumbra la tesis opuesta de persistencia del patrimonio hereditario en beneficio de los acreedores. La intensificación de la *separatio bonorum*, el beneficio de inventario, los distintos derechos que se conceden a los legatarios, aunque se consideren como excepciones, suponen un giro profundo del Derecho anterior hacia la idea de que la responsabilidad *cum viribus* es el efecto natural de la sucesión.

La evolución sigue desarrollándose en el Derecho intermedio, a cuyo estudio dedica el autor un capítulo, con especial referencia al Derecho español, de gran interés. Así, ciñéndonos aquí a este último, es interesante señalar cómo destaca el autor, aparte de la influencia germánica, el sistema de Las Partidas, donde, en armonía con su concepción residual de la herencia, hay base para entender que la responsabilidad *ultra vires* se impone como sanción, aplicada con criterio restrictivo, al heredero que infringe la obligación legal de hacer inventario; es decir, no es más que una incidencia independiente del fenómeno sucesorio y de la aceptación. Estudiando minuciosamente la teoría y práctica de nuestro Derecho histórico se llega a la conclusión de que la persistencia del patrimonio hereditario en beneficio de los acreedores fue un postulado esencial en toda la época anterior a nuestro Código.

El capítulo III estudia la codificación española. Destaca aquí Peña Ber-

naldo de Quirós la persistencia de la concepción tradicional en las leyes generales inmediatas al Código civil y cómo la base 18 de la Ley de Bases obligaba a articular estas materias de acuerdo con el Derecho histórico patrio. Además, la concepción romano-clásica de la confusión de patrimonios, que había inspirado el Código francés, el Proyecto de 1851 y el Código italiano de 1865, se hallaba contrapesada, en su influencia, por la del Código portugués, en el que no existe ni responsabilidad *ultra vires* ni confusión patrimonial.

En el capítulo IV explica el autor la posición doctrinal dominante en España, poniendo de relieve la injusta preterición del concepto residual de la herencia, tan arraigado en nuestra Patria, y ciertas inconsecuencias en la aplicación de la doctrina de la confusión de patrimonios, sobre todo en el caso de comunidad de herederos.

El capítulo V está destinado a exponer cómo debe ser entendido el sistema español a la luz del Derecho tradicional, indicando las ventajas comparativas del sistema. Hemos señalado antes los rasgos fundamentales de éste, pero nos interesa poner de relieve, con el autor, cómo el meollo de la cuestión estriba en la manera de concebir la sucesión en las deudas: si se entiende que a consecuencia de aquélla pasan las deudas al patrimonio del heredero, estamos en la opinión común, con sus secuelas de la responsabilidad *ultra vires* y de la confusión de patrimonios. Si al contrario, por sucesión en las deudas entendemos que no cambian éstas de patrimonio, sino que sólo es éste el que cambia de titular, las consecuencias inmediatas son la responsabilidad *intra vires* y la autonomía patrimonial.

No vamos a desenvolver, punto por punto, la serie de argumentos en que descansa la tesis del autor: la interpretación histórica; la consideración de que no hay en el Código dos clases de aceptación (pura y simple y a beneficio de inventario) paralelas a dos clases de sucesión, sino que ésta es única y la aceptación siempre pura; las alteraciones que sufrirían las deudas, siguiendo la doctrina común, por actos unilaterales del heredero o herederos; la falta de correlación entre los modos de aceptar y la presencia o ausencia de la responsabilidad *ultra vires*, con artículos tan sintomáticos como los 1.015, 957, 992 y 1.021; la interpretación conjunta del artículo 1.003 con el 1.023, que permite entender que, en la aceptación pura, la confusión patrimonial sólo se produce en *daño del heredero*, son, entre otros, los pilares bien fundados de la nueva teoría.

Es evidente la extraordinaria importancia de las consecuencias prácticas de la nueva tesis: la posición de acreedores y legatarios queda claramente regulada en el Código en los preceptos que dedica al beneficio de inventario, los cuales han de aplicarse igualmente al caso de aceptación pura y simple del artículo 1.003, que sólo supone, como efecto añadido en perjuicio del heredero, su responsabilidad *ultra vires*. De modo que todos los intentos recientes de la doctrina española para introducir el instituto de la *separatio bonorum* o, al menos, un sistema de preferencias entre acreedores hereditarios, legatarios y acreedores particulares del heredero, quedan cortados por lo sano: el grave problema no existía y se ha resuelto por sí solo.

El desenvolvimiento práctico de aquellas conclusiones constituye el objeto de los restantes capítulos de la obra, el primero de los cuales está dedicado a

la persistencia del patrimonio hereditario, no obstante las vicisitudes de su titularidad. La serie de poderes conferidos *ex lege* a los acreedores, los precedentes históricos, la interpretación combinada de los artículos 1.003 y 1.023 son, entre otras, las razones que permiten configurar la herencia en el Derecho español como masa de bienes especialmente afecta a cargas determinadas, estudiándose minuciosamente la prelación de estas cargas. Es muy interesante, en este punto, la observación de que entre los preceptos generales sobre ordenación de créditos hay algunos de ellos, como los créditos por funerales del deudor o gastos de la última enfermedad (art. 1.924 del Código civil), que suponen el fallecimiento del titular del patrimonio, lo que obliga forzosamente a concluir que, no obstante la muerte del deudor, los créditos contra el mismo persisten inviscerados en su patrimonio.

Muchos otros puntos de gran interés encontramos en estos últimos capítulos. Merecen citarse: la nueva interpretación del artículo 1.082 del Código civil en conexión con las facultades de los acreedores en el juicio de testamentaria; la finalidad de este mismo cuando lo instan aquéllos; el régimen de los créditos en el beneficio de inventario y la interpretación de sus normas sancionadoras con criterio restrictivo; la posibilidad, que se apunta, de que el inventario se formalice notarialmente; las consideraciones sobre el carácter mancomunado o solidario de la responsabilidad *ultra vires*, etc., etc., ...

Es imposible continuar enumerando siquiera toda la serie de problemas y sugerencias resueltos o apuntados en la obra. La lectura de los que hemos espigado basta para dar idea de la enorme importancia teórica y práctica del estudio de Peña Bernaldo de Quirós. El mérito del autor estriba en haber abierto un nuevo cauce, sólidamente cimentado, a nuestro Derecho sucesorio. No hay duda de que el mismo será fecundo. Piénsese, apuntamos nosotros, en la interesante aplicación de las ideas de Peña a otros casos de patrimonios separados, como la sociedad de gananciales, las sociedades en general o, incluso, cualquier comunidad de bienes, en virtud de las reglas de remisión contenidas en los artículos 1.428, 1.708 y 406 del Código civil.

Por último, debemos felicitar al autor por el gran despliegue de erudición bibliográfica, histórica y actual que nos ofrece en su obra.

JESÚS DÍEZ DEL CORRAL RIVAS,

Letrado de la Dirección General de los Registros y del Notariado

REVISTAS

A cargo de Bercovitz, R., y Morales Moreno, A. M.

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

BARCELONA, Pietro: *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, RTDP, 1965; págs. 11-79.

Hay que negar la igualdad entre "causa justa" y título idóneo de una transmisión, admitiendo la posibilidad de que un acto negocial o un hecho jurídicamente relevante determine un desplazamiento patrimonial y, sin embargo, no lo "justifique" en el plano sustancial. Para defender esta tesis, el autor de este artículo se apoya en el estudio del enriquecimiento injusto y del pago de lo indebido.

La doctrina dominante asimila la falta de causa justa del enriquecimiento a la falta o a la invalidez de un acto negocial que justifique la transmisión patrimonial de un sujeto a otro. De esta forma, la regulación del enriquecimiento injusto no sería sino el complemento final de integración del ordenamiento en punto a la exclusión de toda transmisión ajena a los supuestos legalmente previstos y regulados. Esta teoría conduce al vaciamiento de la función de la acción de enriquecimiento.

Para salvar esta crítica, otra parte de la doctrina distingue entre fuente y causa de la transmisión, pero sólo con carácter excepcional (para algunos casos, como el de enriquecimiento indirecto). Pero el carácter ocasional de tal distinción no responde a ningún criterio sólido.

Tampoco admite el autor la solución, ya apuntada, de separar las consecuencias jurídicas del acto negocial de las ulteriores consecuencias económicas, con el fin de relacionar cada fenómeno con una "justificación" distinta.

Las construcciones tradicionales del enriquecimiento injusto resultan, pues, insatisfactorias. La solución que se apunta, de acuerdo con la tesis inicial, radica en la exacta determinación de la relación funcional existente entre negocio y atribución.

Pero el estudio del pago de lo indebido resulta aún más revelador. Según la doctrina más difundida, esta figura jurídica se emparenta con la nulidad por falta de causa. Con dicha construcción, el cobro de lo indebido no plantearía problemas de justificación de la adquisición al margen de los relativos al perfeccionamiento estructura y a la validez del supuesto traslativo. Sin embargo, la mencionada construcción es inadecuada, puesto que la regulación legal del cobro de lo indebido y de la nulidad del negocio difieren en puntos importantes: relevancia de la buena fe del accipiens, régimen de oponibilidad a terceros a *causa* del accipiens, regulación del riesgo de pérdida de la *res* indebida, prescripción de la acción de repetición, así como relación de la repetición con la *restitutio in integrum*, propia de la nulidad negocial. Un argumento decisivo viene dado por el art. 1.463 del C. c. italiano, donde resulta evidente que la

condictio indebiti no está relacionada con la nulidad de la transmisión. Por otra parte, si se tratase de la nulidad del supuesto de la transmisión, la devolución se podría obtener con las acciones posesorias. El acudir a la figura específica de la condictio supone reconocer la validez de la adquisición por parte del accipiens, así como la falta, por su parte, de una causa justa de retención. El examen de las dificultades y contradicciones existentes en la configuración técnica de la acción de repetición suministra nuevos elementos de crítica.

Tampoco admite el autor la construcción del pago de lo indebido mediante el mecanismo del negocio abstracto, en la que causa justa o causa de la atribución ya no sería la causa del negocio, sino el negocio causal.

La interpretación histórica del artículo 1.376 del C. c revela que la causa justa de atribución no coincide con la causa del contrato, sino con la voluntad de las partes. La relación del efecto traslativo con un determinado mecanismo comercial no es sino la expresión de la elección de un instrumento. Esto empalma con la tesis según la cual la causa del negocio no es sino el sustituto moderno de la antigua "forma", por lo que tiene sólo el modesto papel de elemento demostrativo de la seriedad de las partes, necesario para recibir la protección del ordenamiento. La distinción realizada coincide con la dualidad histórica entre causa civilis y causa naturalis.

Termina el artículo con un apartado en el que se rechaza la desviación que consistiría en considerar que, de hecho, los remedios contra la falta de "causa justa" de la atribución se reducen a la acción resolutoria, relacionada con el sinalagma funcional del negocio, línea por la que se volvería a incluir la causa justa en el negocio fuente de la transmisión.

LÓPEZ JACOISTE, José Javier: *Los principios generales en la codificación foral*, RCDI, n.º 454, mayo-junio 1966; págs. 617-651.

Los beneficios que aporta la codificación del Derecho no serán tales si aquella no ofrece una versión vital del mismo. En este punto tienen importancia decisiva los principios del ordenamiento. Por ello, la codificación debe procurar plasmar aquéllos en la construcción técnica del sistema. Tarea previa será la de precisar el significado de cada uno de estos principios, ya que, bajo tal denominación, se encuentran las más diversas directrices.

Partiendo de estas consideraciones, el autor aborda el estudio de los principios del Derecho Civil de Navarra. Realiza una exposición de los mismos: libertad civil, unidad y continuidad de la casa, tradición, sencillez, buena fe. Después estudia el carácter y función de los mismos, destacando su valor pragmático. Termina el trabajo con un capítulo dedicado a la aplicación de los principios a la técnica compiladora.

SANTOS BRIZ, Jaime: *El nuevo Código Civil portugués de 25 de noviembre de 1966*, RDP, enero de 1967; págs. 13-25.

El nuevo Código sigue el plan de exposición del BGB. Siguiendo las corrientes jurídicas dominantes, se apunta a las tendencias de socialización y a

una vuelta al Derecho natural. La autonomía de la voluntad aparece bastante reducida, concediéndose al juez un amplio arbitrio para apreciar la relación contractual. El Derecho de propiedad se encuentra limitado por su finalidad económica o social. En el Derecho de familia se rechaza el principio de igualdad de sexos a favor de la jefatura familiar del marido. Sin embargo, el desarrollo legislativo de esta idea es elástico, por lo que no supone una quiebra de la dignidad de la mujer. En cuanto a las lagunas de la ley, después de la analogía, el propio intérprete establecerá la norma a aplicar dentro del espíritu del sistema.

Sus principales innovaciones son: Comienza con una Parte General, en la que se incluyen las normas de conflicto; regula la fianza, la prenda y la hipoteca en la parte general de Obligaciones, y subdivide la responsabilidad civil en responsabilidad por actos ilícitos y responsabilidad por riesgo; incluye las disposiciones de orden público sobre unidades mínimas de cultivo y las de concentración parcelaria en la materia de propiedad; también se ocupa extensamente en el Derecho de cosas del derecho de superficie y de la propiedad horizontal; en el Derecho de familia se introduce la adopción, que anteriormente no figuraba en el C. c. portugués; en este libro se trata también el régimen patrimonial de la familia (y no junto a los contratos); se pasa a un régimen de investigación oficiosa de la paternidad, que puede dar lugar al ejercicio de la acción judicial de investigación de la paternidad; en el Derecho de sucesiones se altera la porción legítima, que ya no es fija, como en el Código anterior; se concede al cónyuge superviviente la facultad de optar, al hacerse la partición de los bienes del matrimonio, entre el régimen de separación o el de comunidad, cualquiera que haya sido el régimen de bienes que rigió el matrimonio; se eliminan los usufructos sucesorios; se admite restringidamente la sucesión contractual, la partición hecha en vida del testador...

3. Derechos reales

CATTANEO, Giovanni: *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, RTDP, 1965; págs. 945-1004.

El trabajo aborda la posibilidad de configurar con carácter real el derecho que tiene el comprador sometido a reserva de dominio hasta el momento en que, pagado todo el precio, adquiere definitivamente la propiedad. Normalmente su posición jurídica ha sido construida con la combinación de dos elementos: transmisión de la propiedad sometida a condición suspensiva y derecho de posesión análogo al del arrendatario. Ello proporciona al comprador una protección relativamente débil, sobre todo frente a terceros. Además se puede dudar de la validez de aplicar analógicamente las normas del arrendamiento. Finalmente, hay que añadir que la condición suspensiva no responde al contenido de la reserva de dominio. En efecto, en la compraventa con reserva de dominio se pretende entregar de inmediato todos los beneficios del objeto de la compraventa y sólo a modo de *garantía* se conserva el dominio en manos del vendedor. Prueba evidente de lo dicho es el paso automático del riesgo sobre la cosa al comprador.

En el ordenamiento jurídico italiano, el legislador ha reconocido la figura de la reserva de dominio con propia autonomía y no la ha dado una construcción vinculante (aunque sólo con carácter supletorio, como en el BGB), que la someta a las reglas de otra institución, como la condición. De este reconocimiento se puede deducir que el legislador desea favorecer su desarrollo de acuerdo con las necesidades propias del caso. Estas necesidades apuntan a equiparar, en la medida de lo posible, a compradores normales y compradores sometidos a la cláusula de reserva de dominio. Ello implica la concesión de una protección de tipo real a los segundos también.

El reconocimiento de este derecho real para el comprador supone que es poseedor en nombre propio y no un mero detentador; que puede disponer de su derecho sin que la oposición del vendedor suponga la ineficacia automática de tal acto; que puede pedir directamente una indemnización a terceros que desconozcan su derecho sobre el bien en cuestión.

DÍEZ PICAZO, Luis: *La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión*, RCDI, n.º 455, julio-agosto 1966; págs. 829-861.

Toda modificación de una relación jurídico-real consiste en una alteración de la estructura o del contenido de la relación. Las alteraciones estructurales inciden siempre sobre los sujetos, el objeto y las circunstancias. La modificación objetiva puede advenir en virtud de un negocio entre las partes de la relación, por el ejercicio unilateral de una facultad de modificar concedida a uno de los sujetos, o puede producirse automáticamente o "ipso iure". En este último caso se sitúa la accesión.

La doctrina actual suele eliminar del campo de la accesión el supuesto de la adquisición de frutos, como radicalmente diverso. Pero aun así, se subraya la falta de unidad de la accesión. Los romanistas señalan que en el Derecho Romano no existió un concepto unitario de la misma, sino una serie de fenómenos típicos que fueron autónomamente regulados. La unificación se inicia en el Medioevo, en la Glosa. Una segunda fase corresponde a los comentaristas de carácter humanista, de los que pasa la idea a Pothier y al Código napoleónico.

La configuración doctrinal se produce por dos caminos distintos. Una primera dirección considera la accesión bajo el punto de vista parcial de un modo de adquirir la propiedad, por el dueño de una cosa, considerada como principal, de todo aquello que viene a unirse a ésta de manera inseparable. La segunda vía, que es la que preside esta materia en nuestro C. c., considera que se trata de una facultad que forma parte del derecho de propiedad. Tampoco esta idea es aceptable, ya que no existe un poder confiado al arbitrio de una persona. Estas consideraciones llevan al autor a la conclusión de que no es posible construir una teoría unitaria de la accesión. Esta comprende una pluralidad de supuestos, cuyo fundamento se encuentra en la idea de la función social de la propiedad y en la aplicación de la buena o mala fe en los casos de colisión de intereses.

Los principios que inspiran en nuestro Derecho positivo la resolución de los conflictos creados por estas situaciones son: buena fe, "accessorium sequitur

principal" y "superficies solo cedit". La buena fe en materia de accesión corresponde a la ignorancia de la antijuridicidad del propio acto; da derecho al restablecimiento del equilibrio patrimonial roto por el edificante, el especificante o el autor de la mezcla. La segunda regla significa que, en un supuesto de unión inseparable de cosas, las accesorias deben sacrificarse y seguir el régimen de la principal, determinada según el destino económico y el rango social del mismo. En cuanto a la tercera regla, es una aplicación anacrónica de la segunda, que, según el autor, debe desterrarse.

A continuación se aborda el estudio de cada uno de los casos de accesión, comenzando con la hipótesis de construcción, que comprende la construcción emplazada en suelo ajeno y el empleo en una construcción de materiales ajenos. La primera puede ser una construcción totalmente emplazada sobre el suelo ajeno o una construcción extralimitada, caso este último de difícil regulación al no estar previsto por el C. c. En cuanto a la especificación, las discusiones se centran sobre su naturaleza, que no parece responder a la de la accesión, ya que no hay unión de dos cosas. La naturaleza jurídica de la confusión es también tema de polémica, ya que no puede hablarse de cosa principal y accesoria, determinándose normalmente un condominio, salvo en los casos de mala fe del que operó la mezcla o confusión. En la unión de cosas, nuestro C. c. no exige la inseparabilidad de aquéllas, previendo como solución, en su caso, precisamente la separación de las mismas. A los casos de mutaciones originadas en los predios por obra de las aguas regulados en el C. c. se añaden las acciones del mar que corresponden al dominio público, como consecuencia de la Ley de Puertos, que atribuye ese mismo carácter a la zona marítimo-terrestre.

DE LOS MOZOS, José Luis: *La defensa de las titularidades dominicales, registrales y extrarregistrales y el procedimiento de concentración parcelaria*, RCDI, n.º 452, enero-febrero 1966; págs. 65-91.

En el período inicial de "investigación", la Ley de Concentración Parcelaria coloca la legitimación registral y la posesión en un plano de igualdad, como consecuencia de la derogación del principio de legitimación registral. El procedimiento seguido por la constancia de las titularidades registrales y la incongruencia entre Registro y realidad dan lugar a contradicciones. Estas, cuando no se salvan voluntariamente por el titular registral, se trasladan a la finca de reemplazo, siempre que las situaciones inscribibles dimanantes de la posesión acreditada en el expediente sean compatibles con el contenido registral anterior. Así, el titular registral del dominio puede quedar registralmente afectado por derechos reales limitativos de su titularidad, anteriormente ajenos al Registro.

El titular registral podrá defender sus derechos en el período inicial del expediente considerado, es decir, antes de la firmeza del acuerdo, aunque firmes las bases, valiéndose o bien de un juicio declarativo ordinario, o bien del procedimiento sumario del art. 41 de la LH.

Frente a las titularidades no inscritas, la LCP concede prevalencia a los poseedores en concepto de dueño. El titular tendrá que acudir en este caso al

correspondiente juicio ordinario, lo que ya prevé la Ley, al dar acceso a tales titularidades en el Registro, como anotaciones preventivas de demanda.

En el período intermedio (que termina con la inscripción, una vez extendido y autorizado el acto de reorganización de la propiedad que va a servir de título para la inscripción de las nuevas parcelas), la defensa de las titularidades inscritas será igual que en el período inicial.

En cuanto a las fincas que reemplacen a las parcelas de dueño desconocido, no serán inscribibles durante cinco años, mientras no aparezca su legítimo titular. Transcurridos los cinco años sin que esto ocurra, se inscribirán a favor del Estado.

Las titularidades correspondientes a derechos no reconocidos en el expediente de concentración podrán defenderse por vía judicial ordinaria.

En la última fase, después de la inscripción en el Registro, hay que tener en cuenta que los títulos de concentración parcelaria no son verdaderos títulos reales. Por ello cabe aún la defensa de las titularidades dominicales de acuerdo con los procedimientos marcados por los artículos 23 y 24, por un lado, y 67, 68 y 69, por el otro, según que se hayan tenido en cuenta o no dichas titularidades en las bases de concentración.

4. Obligaciones y contratos

CORSARO, Luigi: *Concorso di colpa e danneggiato incapace*, RTDP, 1965; págs. 474-490.

El artículo 2.056 del C. c. italiano, que determina la cuantía de la indemnización debida como consecuencia de un acto ilícito, remite, entre otros, al artículo 1.227, donde se prevé la disminución proporcional de este importe cuando en la producción del daño ha concurrido un acto culposo del acreedor. Se plantea un problema en torno a la aplicación de este precepto cuando el perjudicado sea un incapaz. Para solucionarlo es preciso saber si un incapaz puede realizar un acto culposo, cuando tenga capacidad para entender y querer.

Una teoría considera que el artículo 2.046, que exime de responsabilidad por los actos ilícitos a los incapaces, no se aplica en este caso, dado que la acción recae sobre su propio autor. De esto se deduce la aplicación del artículo 1.227, que no se referiría a un concepto subjetivo de culpa, sino a un concepto objetivo, en el sentido de diligencia exigible. Esta teoría sólo podría admitirse si considerase que la capacidad es presupuesto de la responsabilidad, pero no de la culpa. Pero no es así, ya que la interpretación se basa sobre la excepcionalidad del caso.

Otra dirección atiende a criterios de Derecho penal. El legislador no considera la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, por lo que también el incapaz podrá realizar actos culposos. Pero la base legislativa de esta interpretación es dudosa, lo que se une al recelo que suscita la transposición de criterios del Código penal al C. c. Además, con esta interpretación se crean dos grados de capacidad, según que el incapaz tenga o no un grado mínimo de raciocinio.

Otra interpretación asimila el caso del artículo 1.227 al del artículo 2.055, que impone una responsabilidad solidaria cuando en el ilícito han incidido varias personas. La peculiaridad de este supuesto radica en que es precisamente uno de los coautores el perjudicado. Así, pues, responderá el perjudicado cuando tenga una capacidad natural mínima. Aquí el error consiste en reducir a una acción unitaria las actividades del perjudicado y del causante del daño.

Una cuarta solución se basa sobre el concepto tradicional de culpa. Esta presupone la capacidad de la persona. Consecuentemente, el artículo 1.227 no se aplicará.

Finalmente, el autor de este trabajo propone interpretar el artículo 1.227 relacionándolo con el artículo 2.047, que impone la responsabilidad de la persona encargada del incapaz cuando no haya actuado con la debida diligencia. Así, tendrá relevancia la conducta del incapaz, con respecto al artículo 1.227, cuando se pueda imputar la responsabilidad al tercero responsable de aquél.

GALOPPINI, Annamaria: Appunti sulla rilevanza della regola di buona fede in materia di responsabilità extracontrattuale, RTDP, 1965; págs. 1386-1417.

El trabajo se inicia con una crítica de la teoría de la tipicidad del ilícito civil como construcción dogmática de la responsabilidad civil extracontractual. Esta relaciona el resarcimiento del daño con el ilícito civil como violación del derecho subjetivo de un tercero. Ya en la época de auge de la teoría criticada se vio la necesidad de extender la responsabilidad aquiliana más allá del dualismo: lesión de un derecho subjetivo del perjudicado, culpa del causante. En realidad, lo que se plantea es el antiguo principio del "qui iure suo utitur neminem laedit", con la problemática derivada de sus límites respectivos. De esta forma surgen las doctrinas "atípicas". La calificación del acto dañoso como injusto depende, en definitiva, del contraste entre las esferas jurídicas de actuación de cada uno, en base a todo el ordenamiento. Con este planteamiento resulta evidente la creciente importancia de las cláusulas generales y de los principios ajenos a los jurídico-formales. Por ello se puede proponer la buena fe como criterio interpretativo del artículo 2.043 del C. c. italiano, en cuanto ésta contiene un criterio limitativo del ejercicio del propio derecho, que determina el carácter injusto del daño causado. La buena fe actúa como elemento corrector del "ius strictum". Existe una obligación de actuar según la buena fe en aquellos sectores no vetados por prohibiciones específicas.

El principio de la buena fe aparece explícitamente positivizado por el ordenamiento italiano en punto a las relaciones contractuales (art. 1.175 del C. c.). Pero no ocurre lo mismo en el caso de la culpa extracontractual (art. 2.043). Para justificar el paralelismo entre ambos casos se recurre a supuestos intermedios (arts. 1.337, 1.460, 2.598, 2.600), como la culpa "in contrahendo" y la competencia desleal, en los que la ley habla expresamente de criterios de corrección y buena fe para limitar actividades primariamente libres.

El juego de la buena fe como límite objetivo a la licitud de un comportamiento fue ya señalado por algunas elaboraciones de la teoría sobre el abuso de derecho. Aquí penetramos ya en el campo de los límites internos del derecho,

que supera el ámbito de la responsabilidad y se coloca en aquel, mucho más amplio, de una justicia efectiva en el ejercicio de los derechos. No obstante, la doctrina del abuso de derecho colabora en la concatenación del principio de buena fe con la configuración "atípica" del supuesto de responsabilidad aquiliana.

Todas las ideas desarrolladas corresponden, en realidad, a la necesidad de relacionar la disciplina legal con los fundamentos ético-sociales del ordenamiento jurídico.

LUZZATTO, Giuseppe Ignazio: *L'art. 1470 Cc. e la compravendita consensuale romana*, RTDP, 1965; págs. 897-944.

Se ha tratado de amortiguar de tres formas el contraste existente entre la eficacia obligatoria de la compraventa romana clásica y la eficacia real de la compraventa tal como se configura en el C. c. italiano: se alude a los casos actuales en los que aún es necesaria la entrega de la cosa para transmitir la propiedad, se acentúan los elementos obligacionales secundarios o, finalmente, se considera que la figura actual no es sino el resultado de la espiritualización de la tradición. Ninguna de estas soluciones es satisfactoria. La diferencia existe y se debe reconocer no como fruto de una evolución paulatina de la institución, como lo prueba el examen histórico que sigue, sino como consecuencia del cambio de los supuestos socio-económicos.

El estudio histórico de este contrato comienza con el origen y naturaleza de la compraventa consensual romana. Mommsen fija dicho origen, así como el de todos los contratos consensuales en la imitación, dentro del ámbito del Derecho privado, de los esquemas de los contratos concluidos en Roma entre el estado y los ciudadanos. Pero esta idea carece de fundamento. Las demás doctrinas se pueden clasificar en tres grupos, según vean el origen en el contrato real (*mancipatio*), en las estipulaciones distintas y congruentes (*do ut des*), o en el ámbito de las relaciones del "ius gentium". El autor expone estas tres teorías y realiza la crítica de las mismas. La más fundada es la última, dominante actualmente. El autor no la comparte en todos sus extremos. Sin embargo, considera que el hecho mismo de que nos encontremos ante un negocio "ius gentium", accesible en cuanto tal a los extranjeros, implica necesariamente que la compraventa asuma las dos características que le son propias como contrato consensual: separación entre el vínculo obligatorio y la eficacia real del negocio, en cuanto esta última no puede extenderse a los extranjeros; eliminación de formalismos, de los que también quedan excluidos los extranjeros. Lo que supone la relevancia exclusiva del elemento consensual.

Uno de los mayores obstáculos de esta tesis radica en explicar cómo la compraventa, contrato consensual "ius gentium", queda sancionada en el plano procesal mediante un "iudicium bonae fidei", que implica un "dare oportere ex fide bona" y presupone, por lo tanto, una obligación civil medida con el criterio de la "bona fides". El autor aporta una solución partiendo de la consideración de que la "fides" no es un criterio inspirador de las relaciones jurídicas en un plano sustancial, sino una dirección tradicional de la actividad normativa desarrollada por los magistrados romanos, mediante el ejercicio de

la "iurisdictio". En tal caso, cae la dificultad constituida por el hecho de que ese criterio abrace a la vez negocios del "ius civiles" y del "ius gentium", así como la dificultad del paso de un sistema al otro.

En el período postclásico se vuelve a configurar la compraventa como un contrato real, consecuencia de la influencia ejercida por la práctica jurídica de las provincias orientales, una vez eliminada la distinción entre romanos y peregrinos.

En el período justinianeo se vuelve de nuevo a la construcción consensual clásica, con neta separación entre contrato y negocio traslativo del dominio. La figura se mantiene así hasta el Código de Napoleón, donde se introduce la nueva concepción, consecuencia de las ideas iusnaturalistas que atribuyen relevancia al nudo consenso en la adquisición derivativa de muebles e inmuebles.

REFERZA, Domenico: *Danni in occasione della promessa di matrimonio*, DG, enero-febrero de 1967; págs. 1-21.

La seducción de una mujer realizada en base a una promesa de matrimonio supone un atentado a la libertad sexual de ésta en cuanto se ha obtenido el uso de su cuerpo a través de un consentimiento viciado. Este acto viene tipificado como delito por el art. 526 del C. P. italiano cuando el seductor es un hombre casado y la seducida es una menor. Pero, en todo caso, aun cuando no se den las circunstancias de dicho delito, se trata de un ilícito del que nace una responsabilidad civil, en base al art. 2.043 del C. c. italiano. Se plantea el problema de saber si la mayor de dieciséis años y la menor de veintiuno, que penalmente puede disponer de su cuerpo a efectos sexuales, tiene también esta facultad a efectos civiles. La jurisprudencia ha resuelto el problema afirmativamente, por lo que si no media otro vicio en la formación de su voluntad (aparte del hecho de ser incapaz), la disposición de su cuerpo no podrá dar lugar a una obligación de indemnización.

Para que la seducción dé lugar a indemnización debe ir acompañada de dolo (promesa de matrimonio). En cuanto a la naturaleza del consentimiento, el autor la considera negocial. Por ello, los vicios del mismo habrán de estimarse de acuerdo con dicha naturaleza. Así, pues, la promesa de matrimonio sólo viciará tal consentimiento cuando tenga carácter doloso por no haber sido realizado seriamente. La seriedad de la promesa no viene condicionada por su cumplimiento. En todo caso, su incumplimiento podrá dar lugar a indemnización, pero ya no en base al hecho de la seducción, sino en base al artículo 81 del C. c.

La jurisprudencia ha considerado relevante tanto el comportamiento doloso como el culposo del seductor. Sin embargo, la culpa es irrelevante como vicio de la voluntad negocial (art. 1.427 del C. c.). La responsabilidad civil no se suprime aunque posteriormente resulte verdaderamente imposible el cumplimiento de la promesa de matrimonio, ya que lo importante es el hecho de la seducción acompañada de dolo. En cuanto a la forma necesaria para que la promesa sea relevante, es absolutamente libre y depende de las circunstancias. La promesa de matrimonio debe estar relacionada causalmente con el hecho de la seducción.

Los dos últimos apartados se dedican al concurso de la culpa de la seducida.

(la jurisprudencia no lo considera operante) y la posible responsabilidad de la persona encargada del seductor cuando haya actuado negligentemente.

ROMAGNOLI, Umberto: *Per uno studio sul conferimento d'opera*, RTDP, 1965; págs. 1418-1491.

En las sociedades personales rige el principio de proporcionalidad entre ganancias y aportaciones para los socios capitalistas, mientras que el pár. 2.º del artículo 2.263 del C. c. italiano dispone que las ganancias del socio industrial serán fijadas por el juez de acuerdo con la equidad (naturalmente, siempre que las partes no hayan dispuesto otra cosa). Esta regulación rompe con su antecedente inmediato, el artículo 1.717 del Código de 1865, que equiparaba la participación del socio industrial a la del socio capitalista que hubiese aportado menos a la sociedad. Esta depreciación del trabajo frente al capital por parte del Código de 1865 responde al proceso histórico capitalista. Los redactores del Código de Napoleón mantuvieron esta idea recurriendo al subterfugio justificativo según el cual ésta era la única forma de asegurar la diligencia del socio industrial en el cumplimiento de su aportación a la sociedad. Así, bajo un expediente de técnica legislativa, se escondía la formulación de un principio general que respondía a la estructura económica. Este problema se encuentra estrechamente emparentado con el de la reintegración del patrimonio social a los socios una vez extinguida la sociedad. Precisamente el Derecho intermedio articula la sociedad de capital-trabajo sobre la base de que el valor del trabajo es igual a la renta del capital, por lo que el socio industrial nunca participará en el reparto de éste. Esta concepción, unida a la cláusula "ad caput salvum", que luego se plasmará en el llamado contrato trino (combinación de sociedad, seguro del capital a cargo del socio industrial y cesión por parte del socio capitalista de la "spes lucri maioris incerto lurominori"), para escapar a las condenas de los canonistas, hace que la unión capital-trabajo se efectúe, en el fondo, más sobre las bases del mutuo con caracteres usuarios que sobre una auténtica base societaria. Precisamente para evitar que el socio industrial participase en el reparto del capital, como consecuencia del artículo 82 del C. de C. de 1882. (presumía que las aportaciones de los socios pasaban a ser propiedad de la sociedad), la doctrina jurídica equiparó la aportación de industria a las de disfrute de bienes.

El criterio adoptado por el Código de 1942 supone, pues, un cambio sustancial frente a toda la concepción anterior. El remitirse al sentido de equidad del juez supone abandonar la idea de inferioridad de la aportación de trabajo frente a la de capital y reconocer su condición de prestación cualitativamente diversa. El problema actual consiste en la fijación de los límites y bases sobre los que podrá actuar la equidad judicial. Así, la posible eliminación de la responsabilidad del socio industrial no podrá darse en los casos en que éste sea administrador de la sociedad.

TORRALBA SORIANO, Vicente: *Eficacia del contrato preliminar de arbitraje*, RCDI, n.º 453, marzo-abril 1966; págs. 309-360.

Un estudio del contrato preliminar de arbitraje, tal como viene configurado en la Ley de 22-XII-1953, que se concentra en dos puntos especialmente interesantes de la misma. En primer lugar, la posibilidad que la Ley concede para obtener del Juez las consecuencias del contrato cuando alguna de las partes se niegue a cumplirlo a través de la "formalización judicial del compromiso". El segundo se refiere a la eficacia del contrato en cuanto a la exclusión de los Tribunales ordinarios en el conocimiento de las materias sometidas al arbitraje. Punto este oscuro, puesto que la Ley se limita a decir que "el otorgamiento del compromiso impedirá a los Jueces y Tribunales conocer de la controversia sometida al fallo arbitral" (art. 19) y que "formalizado el contrato o pendiente de formalización judicial, el compromiso surtirá todos los efectos que le están atribuidos por esta Ley" (art. 11).

TORRALBA SORIANO, Orencio-Vicente: *Estudio crítico del artículo 1.110 del Código civil*, RCDI, n.º 457, noviembre-diciembre 1966; págs. 1509-1534.

Ni en el Derecho Romano ni en las Partidas encontramos una regla enunciada con el mismo alcance que la del artículo 1.110. Si bien algunos textos hacen referencia a casos semejantes a los previstos por el pár. 1.º: imputación de lo pagado a los intereses pactados, intereses de la mora en la compraventa. En cuanto a los antecedentes inmediatos, sólo los encontramos para el pár. 1.º en el artículo 1.653 del Proyecto de 1851, situado, como el artículo 1.908 del Código francés, entre los que regulan el préstamo con interés. Aunque el legislador hizo bien separando el precepto de las normas relativas al préstamo, no parece que su actual colocación sea adecuada, sobre todo una vez añadido el pár. 2.º, con lo que su contenido conecta claramente tanto con las normas que regulan el pago como con las que atienden a la prueba de las obligaciones.

El fundamento del artículo 1.110 gira en torno a dos razones. En primer lugar, hay que conectar el precepto con las reglas de la imputación de pagos. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la presunción de pago o de condonación de los intereses o plazo queda eliminada cuando el acreedor hace reserva de los mismos Y la existencia de esta reserva puede demostrarse de cualquier forma, sin necesidad de referirse al momento mismo del cobro y al documento de recibo.

Además, para aplicar el artículo 1.110 es preciso que del mismo se derive la liquidación de la obligación, por lo que no será el caso cuando el recibo se refiera sólo a un pago parcial. Así, por ejemplo, la presunción del pár. 2.º sólo se aplicará cuando se trate del último plazo, por lo que el pago de un plazo cualquiera no implicará la presunción de satisfacción de los anteriores.

En cuanto a la eficacia del artículo 1.110, cabe preguntarse si la presunción establecida es definitiva o si admite prueba en contrario. La generalidad de la doctrina parece inclinarse por la segunda solución. Ahora bien, el único medio de prueba lo encontramos en la existencia de una reserva. Esta es la explica-

ción que se puede dar a que el artículo 1.110 identifique el recibo sin reserva con la extinción de la obligación.

5. Derecho de familia

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: *La comunidad conyugal continuada en el Apéndice Aragonés*, Anuario D. Aragonés, t. XII, 1963-64; págs. 183-195.

El estudio se realiza sobre la regulación contenida en el Apéndice de 1925. Este prevé la subsistencia del patrimonio familiar a la muerte de uno de los cónyuges, siempre que la voluntad de los interesados no sea contraria. El régimen señalado en los artículos 53 y ss. del Apéndice no está compuesto exclusivamente de normas imperativas, por lo que la voluntad de los cónyuges y de los herederos es relevante, sobre todo en cuanto a aquellos caracteres que no se consideran esenciales de la institución. Son supuestos de hecho la existencia de un matrimonio válido, la muerte de uno de los cónyuges, que haya bienes comunes fructíferos y que sean superiores a las deudas. En su examen el autor aborda los problemas que implican la declaración de nulidad del matrimonio cuando sea posterior a la muerte, la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y el concepto de bienes infructíferos. En cuanto al cuarto supuesto enumerado, no cree que condicione siempre la subsistencia del patrimonio familiar.

La composición personal de la comunidad incluye al cónyuge superviviente y a los herederos del finado, lo que puede suponer la introducción en ella de elementos ajenos a la familia. A pesar del silencio del texto legal, el fallecimiento del cónyuge superviviente implica la disolución de la comunidad. La solución general para el caso de fallecimiento de los otros partícipes se encuentra en la disolución parcial y liquidación de la parte del difunto a favor de los herederos.

El trabajo en familia aparece como un factor importantísimo en la determinación del patrimonio de la comunidad. Considera el autor oportuno interpretar la existencia de este hecho de manera elástica.

El cónyuge superviviente es el gestor único de la sociedad continuada y, en principio, su actuación es la única que obliga al patrimonio común.

La incompatibilidad parcial de la comunidad conyugal continuada y el instituto de la viudedad, tanto legal como universal, conduce a la necesidad de someterse a uno de los dos regímenes económicos. La solución debe buscarse en la voluntad de los interesados.

El trabajo comprende también un análisis extenso de la gestión de la comunidad y de su disolución y liquidación, con una referencia específica al caso de las segundas nupcias del cónyuge superviviente, aspectos de los que se pretende "dar cuenta detallada y explicación satisfactoria en todos sus pormenores".

El último capítulo se dedica a la naturaleza de la institución: una cotitularidad sobre un patrimonio en la que las relaciones personales y familiares alcanzan relevancia de primer grado, dando lugar a la inalienabilidad de la situación de comunero y a una desigual distribución de las titularidades de gestión.

SAINZ LÓPEZ NEGRETE, Manuel M.: *El nuevo régimen matrimonial francés*, RCDI, n.º 455, julio-agosto 1966; págs. 863-912.

El artículo 1.124 del Código de Napoleón declaraba incapaz a la mujer casada. A partir de una Ley de 1884 que establece la igualdad de sexos para obtener el divorcio, se registra toda una legislación encaminada al mismo fin, dentro de la cual destaca la Ley de 1938. La nueva Ley de 13-VII-1965 reconoce a cada esposo la plena capacidad de derecho.

Después de exponer la historia y naturaleza del régimen matrimonial legal en Francia, comunidad de muebles y adquisiciones, se apuntan las innovaciones más importantes introducidas en el mismo por la Ley de 1965. Ya no forman parte de la comunidad más que las adquisiciones y no los muebles que tuvieran los esposos al contraer matrimonio. La comunidad pierde su derecho de goce sobre los bienes propios de los esposos, dejando reducido dicho goce a las economías hechas sobre los frutos y rentas de sus bienes propios.

La administración de los bienes de la comunidad corresponde al marido, pero, en cuanto a los bienes propios, cada esposo tiene la administración, goce y libre disposición de los suyos. El marido puede disponer de los bienes comunes, siempre que sea sin fraude y que no incurra en una serie de limitaciones aún mayores que las establecidas en nuestro C. c. después de la Reforma de 1958. Una novedad en las posibilidades de disolución de la comunidad está en el cambio de régimen matrimonial, cuya posibilidad se introduce frente al régimen tradicional.

La libertad de los cónyuges para fijar el contenido de las capitulaciones matrimoniales es grande. Tanto es así que en el nuevo texto pueden derogar los derechos reconocidos al marido como jefe de la familia y de la comunidad, al menos en parte. En el régimen de separación de bienes no se admite la presunción muciana. Aplican las presunciones establecidas en las capitulaciones y, subsidiariamente, la indivisión por mitad. El régimen de participación en las adquisiciones es nuevo en el Derecho francés, aunque anteriormente se pensó incluso en establecerlo como régimen legal.

Termina el trabajo con una consideración de las disposiciones transitorias y con una aplicación de la nueva regulación a la situación jurídica de los inmuebles adquiridos por franceses en España.

6. Derecho de sucesiones

ALBALADEJO, Manuel: *Nulidad de la disposición y nulidad del testamento abierto cuando un instituido es testigo o lo son determinados familiares suyos*, RDP, enero de 1967; págs. 1-12.

Algunos autores, ateniéndose a la letra de los párrafos 2.º y 3.º del artículo 754 del C. c., consideran que la prohibición en ellos contenida se refiere sólo a los testigos y no a los cónyuges, parientes y afines. Esta interpretación implica una contradicción con el artículo 682, pár. 1.º, ya que si bien, según el artículo 754, tales personas podrían heredar, al mismo tiempo sería nulo el

testamento al no ser válido uno de los testigos. Albaladejo propone una interpretación acorde con el pár. 1.º del artículo 754 y con el pár. 1.º del artículo 682, lo cual supone salvar la dificultad de que mientras el primero habla de "parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado", el segundo habla de parientes "dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad".

Partiendo de la contradicción entre ambas normas, ¿por qué solución optar en el caso de que se incida en el supuesto de hecho de estos dos artículos, puesto que es el mismo? ¿Por la nulidad del testamento, según el artículo 682, en base a la idoneidad del testigo, o por la nulidad exclusiva de la disposición, en base a la prohibición?

Para Royo la solución consiste "en estimar nulo el testamento abierto si contiene institución de heredero a favor de uno de los testigos, y estimarlo válido, con simple ineficacia de las disposiciones a favor del testigo, si tal disposición no es sino un legado no comprendido en la excepción de modicidad". Navarro Amandi y Sánchez Román optan por la nulidad de todo el testamento. Lacruz, sin pronunciarse definitivamente sobre el problema, apunta hacia el predominio del artículo 754.

Después de esta exposición doctrinal y antes de pasar al examen de la jurisprudencia, el autor adelanta su posición, según la cual ambos artículos son compatibles, por lo que no se plantea ningún problema de opción. La jurisprudencia es bastante abundante y se pronuncia por el artículo 682.

Termina esta primera parte del trabajo con una exposición objetiva de los argumentos favorables a una y otra solución.

II. DERECHO HIPOTECARIO

GARCÍA CANTERO, Gabriel: *La finca como objeto de derecho real*, RCDI, n.º 453, marzo-abril 1966; págs. 281-307.

El registro español se lleva por fincas. Principio éste lógico, por ser éste el elemento duradero y visible de la relación jurídico-real. Pero la inexistencia de un buen catastro y la inseguridad de los procedimientos de inmatriculación dan lugar a la posibilidad de doble matriculación o a la de incluir en el registro fincas inexistentes. Por otra parte, no existe un concepto legal claro de finca. En el C. c. no encontramos un concepto unívoco de finca. Parece que, en sentido material o sustantivo, aquélla equivale a bien inmueble. La misma sinonimia predomina en la LH. Este paralelismo no nos ayuda, si atendemos a la idea que el C. c. tiene de los inmuebles (art. 335). Tampoco vale el concepto legal de finca contenido en el artículo 4.º del R. D. de 3-IV-1925. Sin embargo, la doctrina suele coincidir sobre la definición de la finca en sentido material, delimitándola a los inmuebles por naturaleza.

Partiendo del carácter mutable del concepto de finca, de acuerdo con el estado de desarrollo técnico correspondiente, el autor señala la creciente importancia de la noción funcional de finca, paralela al significado jurídico del "fundus" para los romanos: "El fundo tiene una individualidad propia por su destino económico y por su función".

Aunque el C. c. y la LH recojan indirectamente este concepto funcional de bien inmueble, es, sobre todo, en la legislación especial donde aquél se refleja: la regulación de los huertos familiares en el Decreto de 12-IV-1950, del patrimonio familiar en la Ley de 15-VII-1952, de las unidades mínimas de cultivo en la Ley de 15-VII-1954, de las explotaciones familiares en la Ley de 14-IV-1962, del procedimiento de concentración parcelaria en el Texto refundido de 8-XI-1962. La Ley del Suelo de 12-V-1956 abordó los problemas de la propiedad urbana, tratando de lograr la "óptima utilización del suelo con fines urbanísticos".

Aunque la LH no ha precisado el concepto de finca a efectos registrales, todos los hipotecaristas han señalado la autonomía del mismo. Así, Roca Sastre considera como tal todo lo que abre folio registral propio. A continuación, el autor cita las diversas definiciones dadas por la doctrina y la jurisprudencia hipotecaria.

Sólo pueden constituir finca registral normal los inmuebles por naturaleza: "un trozo de terreno o de espacio físico, edificado o no, debidamente delimitado y perteneciente a una o varias personas pro indiviso".

Lacruz define negativamente las fincas especiales, como aquellas entidades inmobiliarias que no consisten en un simple polígono de la superficie terrestre y que, sin embargo, abren folio registral. El autor incluye y estudia en esta categoría: las fincas discontinuas, la propiedad horizontal, el agua y las concesiones administrativas.

HERMIDA LINARES, Mariano: *La tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad como formas de adquirir los derechos reales sobre inmuebles*, RCDI, n.º 457, noviembre-diciembre 1966; págs. 1401-1507.

Un amplio trabajo con exposición completa de la doctrina española sobre dos problemas ya clásicos en los estudios de tradición, posesión e inscripción. ¿Se puede inscribir en el Registro un título sin tradición cuando ésta sea necesaria para la adquisición del derecho real, según el C. c.? ¿Qué efectos produce tal inscripción en el caso de realizarse: se adquiere o no se adquiere el derecho real por la inscripción? El autor concluye con una síntesis del Derecho inmobiliario español, fusionando las de Morell y De La Rica. En Derecho español hay dos clases de propiedad: la inscrita y la no inscrita. La primera se rige preferentemente por la Ley Hipotecaria y la segunda exclusivamente por el C. c. La propiedad inscrita se puede adquirir al amparo de la fe pública registral, que es una forma de adquirir de categoría superior a la tradición, por lo que, cuando se enfrentan la tradición y la inscripción amparada en la fe pública registral, triunfa siempre la inscripción.

DE LA RICA Y ARENAL, Ramón: *El Registro de la Propiedad y los actos dispositivos sobre inmuebles gananciales, consentidos sólo por el marido*, RCDI, n.º 456, septiembre-octubre 1966; págs. 1185-1230.

La disposición por el marido de los inmuebles gananciales es anulable. ¿Cabe aplicar a estos actos la misma regla que para la disposición por la mujer de

sus parafernales, sin licencia marital, prevén los artículos 169 del Reglamento Notarial y 94 del Hipotecario? La medida del artículo 94 perjudica al tráfico inmobiliario y, como norma especialísima, no puede extenderse a más supuestos que a los expresamente contemplados. Es lógico que el tratamiento registral de ambos casos, el que consideramos y el del artículo 94, sea diverso, ya que licencia marital y consentimiento de la mujer son conceptos distintos.

Algunos juristas, contrarios ya a la Reforma del C. c. de 1958, han visto, lógicamente, también con desagrado la reforma del Reglamento Hipotecario en la parte relativa a la inscripción de las adquisiciones y disposiciones de inmuebles gananciales. El autor muestra cómo el artículo 95, al determinar la inscripción de los bienes presuntamente gananciales "a nombre de ambos cónyuges, conjuntamente, sin atribución de cuotas y para la sociedad conyugal", no ha ido más allá del espíritu ni de la letra del C. c. Lo mismo puede decirse de los actos dispositivos, para los que la regla 1.^a del artículo 95 se refiere a las normas contenidas en la legislación civil relativas a la disposición de inmuebles gananciales; por lo que, si no existe consentimiento de la mujer o autorización judicial, tales actos dispositivos no podrán acceder al Registro. La misma regla 2.^a del artículo 96, introducida ya por el Reglamento de 1947, concuerda perfectamente con el C. c. después de la Reforma de 1958.

Se completa el trabajo con una extensa exposición crítica de la jurisprudencia sobre la falta de consentimiento de la mujer, y de las opiniones doctrinales y del criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el problema.

Termina el autor apoyando su postura en la finalidad del Registro: acabar con la incertidumbre del dominio, favoraciendo así el tráfico. El permitir la inscripción de las enajenaciones de gananciales no consentidas por la mujer, aunque sea con reservas o advertencia para aviso de terceros, entraría dentro de la línea de transformar el Registro de la Propiedad en un Registro de la "propiedad revocable"; con lo que éste perdería su razón de ser. Tampoco abona esta solución los principios registrales de legalidad, tracto sucesivo y consentimiento.

III. DERECHO MERCANTIL

4. Obligaciones y contratos

GARRIGUES JOAQUÍN: *La entrega de la cosa según la Ley Uniforme sobre la venta internacional de objetos muebles corporales*, RDM, v. XLII, n.º 101, julio-septiembre 1966; págs. 7-21.

Frente a la concepción de nuestro C. c., el C. de C. considera que el vendedor ha cumplido su obligación de entrega de la cosa con la puesta a disposición. Esta solución, que el autor considera acertada, fue seguida en el Proyecto de Ley Uniforme de 1939. Pero en el Proyecto de 1956 y en el texto definitivo de la Ley Uniforme se dice en los artículos 18 y 19: "El vendedor se obliga a realizar la entrega... La entrega consiste en la dación de una

cosa conforme al contrato". Con ello se vuelve a la fórmula de los antiguos códigos y, concretamente, del artículo 1.462 de nuestro C. c. Lo que parece adecuado a las ventas propias del comercio al por menor, pero no a las ventas internacionales, "que se caracterizan por una gran complejidad de las obligaciones de los contratantes y, sobre todo, por el hecho de que las partes no se encuentran en un mismo local, sino que están separadas frecuentemente por centenares o millares de kilómetros".

El autor desarrolla su crítica fundamentalmente en base a dos razones. En primer lugar, la redacción del artículo 19 de la Ley Uniforme constituye una tautología, ya que no hace sino sustituir dos palabras sinónimas: "délivrance" y "remise", que al traducirse a otros idiomas darán lugar a grandes dificultades. Así, en español sólo contamos con la palabra "entrega", que corresponde a aquellas dos.

En segundo lugar, el concepto de entrega mencionado está en contradicción con la regulación que la misma Ley hace de las obligaciones del comprador en la venta con expedición y en cuanto a la transmisión de los riesgos.

5. Derecho marítimo y aeronáutico

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio: *La cláusula "de almacén a almacén" en el seguro marítimo español*, RDM, v. XLII, n.º 101, julio-septiembre 1966; págs. 23-45.

La cláusula "de almacén a almacén" plantea la cuestión que se refiere a la extensión del riesgo cubierto por la póliza. En nuestro C. de C., el seguro de mercancías incluye sólo el riesgo marítimo, quedando fuera del mismo el riesgo terrestre. En cuanto a la delimitación temporal, el seguro cubre el período comprendido entre la carga de la mercancía en el buque o gabarras hasta su descarga en tierra en el puerto de destino. Esta concepción "marítima" del viaje responde a la concepción del C. de C. francés, que sigue en esto a la vieja Ordenanza francesa de la Marina. Sin embargo, todas las legislaciones que se han acogido a este criterio, y entre ellas la española, no han dejado por ello de admitir la cobertura de ciertos riesgos terrestres en los casos de interrupción del viaje. Tal principio viene apoyado en nuestro Código por los casos regulados en los artículos 755, n.º 7.º, 792 y 764.

La póliza española para el seguro marítimo de mercancías sigue las soluciones dadas por la práctica comercial en todos los países, adelantando la cobertura del riesgo al momento en que las mercancías "dejan tierra". En cuanto a los riesgos terrestres del viaje, se atiende más o menos a la regulación del C. de C.

La cláusula "de almacén a almacén" constituye precisamente una de las muestras más claras de esa tendencia a extender la cobertura del riesgo, de acuerdo con una concepción más comercial del viaje. En nuestro tráfico, esta cláusula fija el comienzo de la cobertura "en el momento de salir la mercancía del dominio o almacén del remitente" y el final de la misma "en el instante de su entrada (la de la mercancía) en el (domicilio o almacén) del destinatario".

En lo referente a los depósitos efectuados durante el curso del viaje, "solamente se responde de los riesgos de incendio y robo por un plazo de treinta días... pudiendo prorrogarse este plazo mediante el cobro de la oportuna sobreprima"; se suelen aplicar los mismos criterios a los riesgos "terrestres" que a los del trayecto marítimo, en cuanto sean compatibles.

RUBIO GARCÍA-MINA, Jesús: *Algunos comentarios al artículo 146 del Reglamento del Registro Mercantil*, RCDI, n.º 454, mayo-junio 1966; págs. 593-615.

La figura del buque es el centro de gravedad del Derecho Marítimo. Sin embargo, gran parte de las legislaciones extranjeras no presentan o no han presentado hasta hace poco un concepto legal del mismo. Este es el caso de Italia hasta el vigente Código de la Navegación. En nuestro país, el silencio del Código de Comercio se ha pretendido salvar en el Reglamento del Registro Mercantil, cuyo artículo 146 dice: "Se reputarán buques para los efectos del C. de C. y de este Reglamento"...

En el mencionado precepto, la noción técnica de buque se equipara a la de aparato flotante. Tal acepción no corresponde a la idea de tráfico, para la que lo esencial de la noción de buque es la capacidad de navegación. ¿Es preciso aceptar esta definición legal? Por lo pronto, la confrontación del artículo 334, n.º 9.º del C. c. con la naturaleza mueble del buque nos permite eliminar de aquel concepto todos los aparatos que, aunque sean flotantes, entran en el concepto de inmueble. Otro punto de apoyo nos lo brinda la legislación protectora de la marina mercante y de la construcción naval, donde los aparatos flotantes se dividen fundamentalmente en dos categorías: los buques y los artefactos navales. Una definición importante es la contenida en el Reglamento Internacional para prevenir los abordajes, desgraciadamente desvirtuada en la versión española del Decreto de 11-XI-1953. Todo lo dicho atiende a la necesidad de reducir a sus justos límites el concepto de buque dado por el Reglamento del Registro Mercantil, en todos aquellos casos en que sea posible, de acuerdo con la legislación general y especial.

En cuanto a la dedicación del buque a los servicios de la industria o comercio (según el mismo art. 146), ello responde a la actual configuración de nuestro Derecho Marítimo como Derecho Mercantil aplicable al tráfico de mar.

La innovación introducida con respecto al Reglamento de 1919, cuando dice el artículo 146: "*o que pueda destinarse a servicios*"..., plantea un grave problema de interpretación, cuya solución coherente, según el autor, está en entender que se hace referencia a los buques en construcción.

Finalmente, la referencia a la navegación fluvial va en contra de la concepción tradicional de nuestro ordenamiento, en el que el transporte por aguas interiores viene equiparado al terrestre. Esta declaración del artículo 146 carece de valor, tanto frente al C. de C., que dedica el Libro III al comercio por *mar*, como con respecto al Reglamento mismo, ya que es incompatible con su ordenación.

CLAVE DE ABREVIATURAS

- 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 Faculdade de Direito (Coimbra).
 BI = Boletín de Información del Ministerio de Justicia (Madrid).
 BIM = Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Méjico.
 BIR = Bolletino 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 Quartely (Ithaca, Nueva York).
 DG = Diritto e Giurisprudenza (Nápoles).
 DM = Derecho (Medellín, Colombia).
 ED = Estudios de Derecho (Antioquía).
 EF = Ehe und Familie im Privaten und Offentlinchen Recht. Zeinschrift 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 (Munich-Berlín).

- NR = Nuestra Revista (Madrid).
- NRD = Nuova Rivista di Diritto Commerciale, Diritto dell'Economia, Diritto Sociale (Padua, Pisa).
- OZOR = Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches 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 = Rivista del Diritto Commerciale 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).
- RFDDBA = 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 Faculdade 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 Faculdade 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 (Paris).
- 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 (Paris).

- 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 (Bologna).
RLJ = Revista de Legislação e Jurisprudença (Coimbra).
RN = Revista del Notariado (Buenos Aires).
ROW = Recht in Ost und West Zeitschrift für Rechts. vergleichung und in
terzonale 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 Commercial (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 Antonio de LEYVA y ANDIA
Registrador de la Propiedad

DERECHO MERCANTIL

Puede tener acceso al Registro Mercantil una copia parcial de adjudicación de participaciones sociales a uno de los herederos del socio fallecido.—Es suficiente la aseveración del Notario, en la copia parcial, de que en la matriz del instrumento consta haber sido satisfecho el Impuesto de Derechos Reales.—La falta de coincidencia entre la participación social adjudicada y la que figura en el Registro a nombre del causante debe resolverse, como permiten las normas hipotecarias, inscribiendo la participación registrada y suspendiendo o denegando el exceso.

A) Los Notarios se encuentran autorizados en determinadas circunstancias a expedir no traslados íntegros de una matriz, sino de parte de la misma, posibilidad que aparece justificada en la mayoría de los supuestos, en razón a que el resto del contenido afecta a otros interesados con independencia del acto relativo a la persona que solicita primera copia, y así el artículo 237 del Reglamento Notarial permite, a instancia de parte, expedir copias parciales, entre otras, de documentos particionales—como ocurre en el presente caso—de adjudicación de participaciones sociales a uno de los herederos del socio fallecido, para hacer constar la transmisión operada en el Registro Mercantil.

B) Por constar en la matriz, a solicitud de los interesados, la nota acreditativa de haber satisfecho el Impuesto de Derechos Reales, extendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 244-2.º del mismo Reglamento Notarial, y aparecer en ellas transcritas con detalle las diferentes liquidaciones realizadas con sus correspondientes cartas de pago, según se lee en la copia parcial expedida, y dado el valor que todo documento notarial tiene en virtud de la fe pública que cubre su existencia, mientras no se demuestre su falsedad, hay que entender cumplidos los diferentes preceptos que en la legislación fiscal e hipotecaria exigen se acredite el previo pago del impuesto para que los actos puedan tener acceso al Registro, y sin que, en consecuencia, sea necesario que aparezca al pie de la copia una nueva nota que confirme lo que ya resulta justificado.

C) Dada la similitud que presentan los Registros Mercantil y de la Propiedad—reconocida por el legislador en la disposición transitoria cuarta del Reglamento del Registro Mercantil, que declara aplicables al mismo en cuanto no se opongan las normas del Reglamento Hipotecario—, procede utilizar aquí el argumento analógico y estimar que la falta de coincidencia cuantita-

tiva entre las participaciones de que el causante era titular según el Registro y aquellas que son objeto de adjudicación en la escritura controvertida, debe resolverse como permiten las normas hipotecarias, inscribiendo los bienes transmitidos, cuyo tracto aparece cumplimentado y suspendido, o denegando la inscripción de los restantes. (Resolución de 16 de marzo de 1967. "Boletín Oficial" del 29 de marzo.)

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

Patria, potestad y renuncia a la indemnización

(Comentario a la S. del T. S. de 17-12-65)

CELESTINO A. CANO TELLO
Profesor ayudante de Derecho Civil

El día 24 de abril de 1962, sobre las diez de la noche, Diego Morillas Fernández conducía, legalmente habilitado al efecto, por la carretera general de Madrid-Cádiz un automóvil marca Jaguar, SE-56.897, propiedad de Jaime Ostos Carmona, a las órdenes y por cuenta de quien trabaja, y al llegar a la altura de la barriada polígono de San Pablo, en la autopista de dicho nombre, de 18 metros de anchura, por llevar una velocidad excesiva, superior a los 100 km./h., y no observar las más elementales normas de precaución y cuidado, habida cuenta de la señalización existente en dicho lugar, de peligro indefinido, de la llovizna que caía y de la oscuridad de la noche, en tramo recto de la pista, y resbaladizo, en dirección Sevilla, alcanzó con la parte delantera del potente automóvil la trasera de la motocicleta Lambretta SE-29.936, que conducía su propietario, Rafael Aguilar López, llevando a José Santa Eugenia Romero como pasajero, dándole un fuerte golpe y arrastrándole más de 60 metros, sin rozar el pavimento, antes de detenerse, lanzando al pasajero por los aires y cayendo sobre el capó del coche, y finalmente en la carretera, causándole la muerte, y lesiones graves a Aguilar López, que curó a los 156 días, necesitando asistencia médica continua durante 31 días y alterna durante el resto, y resultando la motocicleta con daños valorados en 6.000 pesetas, y las ropas del fallecido en 1.505. Rafael Aguilar López, Jaime Ostos Carmona y Rocío Padilla Martín, viuda de José Santa Eugenia, renunciaron a toda indemnización, ésta incluso en nombre de sus tres hijos menores, al haberle sido abonadas 110.000 pesetas.

La Audiencia de Sevilla apreció la existencia de un delito de imprudencia temeraria, del que resultó homicidio, lesiones y daños, que sirve de base a la indemnización a los perjudicados, herederos menores de edad, del fallecido José Santa Eugenia, en la suma de 75.000 pesetas, con independencia de la cantidad ya percibida, a cuyo pago condena, ante la insolvencia del procesado, al responsable civil subsidiario, Jaime Ostos Carmona.

El recurso interpuesto por Jaime Ostos se basa en la circunstancia de que en los hechos que se declaran probados, los herederos de la víctima renuncian a toda indemnización, a través de su madre, doña Rocío Padilla, por lo que no cabe volver a declarar otra nueva indemnización a favor de los mismos por el mismo hecho.

En presencia de estos hechos, el Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina:

Considerando: Que la renuncia a la indemnización como declaración unilateral de voluntad abdicativa de un derecho de crédito está sujeta a los requisitos y normas que disciplinan tal negocio jurídico (arts. 25 del Código Penal en relación con el 4.º y 1.187 y siguientes del Civil, y 106 a 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), a los generales sobre validez de los negocios jurídicos, y en su caso, a las reglas sobre determinado tipo de negocios jurídicos.

Considerando: Que con la muerte instantánea del interfecto surgió a favor de cada uno de sus tres hijos y herederos un derecho de crédito dirigido a la reparación del daño experimentado por las ropas del fallecido y a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados por la muerte a dichos familiares, que pasó automáticamente a formar parte de su respectivo peculio sujeto a la administración de su madre viuda, por tratarse de hijos menores no emancipados (art. 159 del Código Civil).

Considerando: Que según resulta del artículo 163, párrafo primero del mismo Código, los padres relativamente a los bienes de los hijos, en que les corresponde la administración, son una especie de gestores que tienen las obligaciones propias de todo administrador, entre ellas la de conservar sin menoscabo el peculio de sus hijos, y si bien la administración de aquellos bienes comporta la representación de los hijos en asuntos patrimoniales, dicha representación solamente abarca actos que pueden redundar en provecho de los hijos (art. 155 del propio Código Civil).

Considerando: Que este principio se manifiesta singularmente en materia de actos de disposición que afecten a la substancia del peculio, para algunos de los cuales da nuestro Código especiales normas de control, como las relativas a la enajenación de inmuebles, que sujeta a autorización judicial previa (art. 164) y los relativos a la transacción sobre objetos que excedan de dos mil pesetas, que sujeta a aprobación judicial (art. 1.810-2.º); mas la existencia de estas reglas especiales no implica que los demás casos queden excluidos del control judicial, que si no requerirán la previa autorización o posterior aprobación, sí podrán ser objeto de una declaración jurisdiccional de ineficacia liberatoria cuando, a su vez, la impugnación del acto, fundada en haberse excedido el padre o madre en el poder dispositivo-representativo que le confiere la ley, sea objeto principal o secundario de un proceso.

Considerando: Que compete a la jurisdicción criminal conocer y definir si concurre alguna causa extintiva de la acción o responsabilidad civil (art. 142, último párrafo y 742-2.º de la Ley), en particular de la eficacia de la renuncia a la indemnización realizada sin aprobación judicial necesaria o por exceso de poder, teniendo en cuenta el fundamento y naturaleza de la patria potestad, institución enderezada esencialmente a la protección y asistencia de los sujetos a ella.

Considerando: Que en el proceso penal sometido a distintas exigencias que el civil en materia de congruencia, el órgano jurisdiccional ostenta la potestad indicada, entre otros supuestos, siempre que mediando una renuncia a la acción civil o a la indemnización se ponga en tela de juicio la eficacia de la misma, cuando parte legitimada para ello, en este caso el Ministerio Fiscal (art. 108

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), solicite se condene al procesado y al hoy recurrente en concepto de responsables civiles, directo y subsidiario, al pago de la "indemnización de doscientas mil pesetas a los herederos del fallecido, con independencia de las ya abonadas".

Considerando: Que la referida potestad judicial comporta el inexcusable deber formal de consignar en el resultando o resultandos de hechos probados aquellos datos fácticos enlazados con la cuestión de la eficacia de la renuncia que luego han de resolver en el fallo, y de consignar en los considerandos los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubiesen estimado probados con relación al mismo tema.

Considerando: Que por ello no puede ser estimada la infracción de los artículos 25 del Código Penal y 106 al 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque cuando estos preceptos mencionan la renuncia como causa extintiva de la responsabilidad o de la acción civil se refieren a la renuncia válida y eficaz, no a la nula o ineficaz, en derecho; en segundo término, que lo que se denuncia en el desarrollo del motivo es la falta de fundamentación de dicho pronunciamiento por carecer el juzgador de potestad para conocer y decidir tal cuestión, tesis errónea, como se ha razonado en el considerando precedente, y en último lugar, porque la declaración de ineficacia contenida en el fallo impugnado no es cierto que debía acarrear la nulidad de la indemnización satisfecha, y nunca la condena a una indemnización complementaria, pues lo que el Tribunal de instancia proclama ineficaz es la renuncia a toda indemnización superior a 110.000 pesetas, no la nulidad del pago parcial antes efectuado.

Considerando: Que en cuanto a la infracción del artículo 1.156 del Código Civil, en concordancia con el 117 del Penal, basta recordar que el pago que extingue la obligación es el total, el cual no se entiende efectuado sino cuando completamente se ha entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía.

Considerando: Que por los fundamentos hasta aquí expuestos ha de declararse no haber lugar al recurso, con aquellos otros pronunciamientos de índole económica previstos en la Ley Procesal Penal,

El Tribunal Supremo desestima el recurso y condena en costas al recurrente.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACCIDENTES DE AUTOMOVIL

Como observa Albert EHREMWZWEIG (1), la circulación de automóviles es una actividad intrínsecamente peligrosa, que fue admitida como lícita a causa de un superior interés social. La previsión del daño en el momento de comenzar la actividad debe tenerse en cuenta con preferencia al hecho o al acto que es la causa inmediata del accidente; el hecho de que los miembros de la comunidad queden expuestos a un perjuicio, a un riesgo, es el fundamento básico de la responsabilidad civil con preferencia a la realización de un perjuicio individual.

(1) ALBERT EHREMWZWEIG: *Negligence without fault*, Berkeley y Los Angeles, 1951, esp. pág. 22.

La conducción de automóviles estaría, sin duda, prohibida si sólo se atendiera a los riesgos que produce. El artículo 1.902 del Código Civil se refiere a la negligencia individual, pero, además de éste, cabe la negligencia colectiva. La negligencia de un automovilista que circula a gran velocidad, sin cumplir las normas de tránsito, previendo la posibilidad de un accidente, pero confiando en que no se producirá, tiene su origen en otra negligencia más vaga y difusa: la de la sociedad cuando permite que se usen artefactos peligrosos, que necesariamente habrán de causar alguna víctima. Esto es cierto, independientemente del hecho de que en cada accidente exista una culpa o negligencia individual, hasta tal punto que junto a la responsabilidad individual debe poder exigirse la responsabilidad social, para que la víctima del daño pueda recibir siempre la indemnización con independencia de la responsabilidad del autor material del mismo.

La difusión del seguro ha permitido a los Tribunales desarrollar la responsabilidad en esta materia de accidentes de automóvil, ya que las combinaciones de seguros eran el único medio de hacerlas soportables a los particulares. "Muchos juristas han estimado que hubiese sido preferible deducir de esta práctica espontánea la conclusión de que debe imponerse un mecanismo de seguros obligatorios, que hubiese resuelto el problema de manera más concreta que la extensión de la responsabilidad" (2). Salta a la vista que la nueva regulación española de esta materia no es ajena a las ideas recogidas por el jurista galó.

Pero, con independencia de la existencia del seguro, lo cierto es que la responsabilidad derivada de los accidentes de automóvil se vincula al autor como responsable principal y a las personas que deben responder de los actos de éste como responsables subsidiarios. La responsabilidad de la sociedad es todavía un ideal lejano.

El accidente puede estar motivado por una sucesión de acontecimientos fortuitos, pero puede también ser fruto de una conducta delictiva sancionada por el Código Penal. Este es el caso de la sentencia que nos ocupa.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DIRECTA Y SUBSIDIARIA

El chófer Diego Morilla Fernández es responsable directo, según el artículo 1.902, pero, por su insolvencia, surge la responsabilidad subsidiaria del dueño del automóvil, Jaime Ostos Carmona.

La responsabilidad extracontractual nace cuando concurren los requisitos exigidos por el Código Civil para la existencia de la misma: acción u omisión, daño, culpa y relación de causalidad. En el presente caso, acción u omisión culposa o negligente, imprudencia temeraria, que causa la muerte violenta a una persona, lesiones a otra y daños materiales. La concurrencia de tales requisitos pertenece a los hechos probados. Hay que partir de la existencia de los mismos como presupuesto básico: existe una responsabilidad criminal y, en

(2) PAUL ROUBIER: *L'ordre juridique et la théorie des sources du droit. Le droit privé français au hélicu du XX siècle*. "Etudes offerts", A. G. Ripper, tomo II, París, 1950, páginas 9 y ss.

su consecuencia, civil de Diego Morilla, y por la insolvencia de éste aparece la responsabilidad civil subsidiaria de Jaime Ostos Carmona.

Recordemos que el artículo 1.902 dice que “el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, en íntima conexión con el artículo 22 del Código Penal, en relación con el 21, que funda la responsabilidad civil subsidiaria de los amos por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus criados en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

EL PODER DE DISPOSICION DE LOS PADRES SOBRE LOS BIENES DE SUS HIJOS

Señala la sentencia que con la muerte del interfecto surgió a favor de cada uno de sus tres hijos y herederos un derecho de crédito, que pasó automáticamente a formar parte de su respectivo peculio sujeto a la administración de su madre viuda, por tratarse de hijos menores no emancipados. Efectivamente, el artículo 159 del Código Civil dice que “el padre o en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad”, y el artículo 163 determina “que los padres tienen relativamente a los bienes del hijo en que les corresponde el usufructo o administración, las obligaciones de todo usufructuario o administrador...” Observemos que en ambos preceptos habla el Código de administrador y que en el último, al referirse al usufructo, parece dar a entender la obligación de conservar el patrimonio de los hijos como un deber de carácter absoluto, ya que el artículo 467 dice que “el usufructo de derecho a disfrutar de los bienes ajenos *con la obligación de conservar su forma y substancia...*”. No obstante, la facultad de disponer es parte integrante del normal contenido de la patria potestad en su aspecto económico, ya que el artículo 164 establece determinados requisitos para enajenar los bienes inmuebles del hijo, reconociendo, por tanto, el poder de disposición del padre (o de la madre, cuando sea ella quien ejerce la patria potestad). Los bienes muebles podrán ser enajenados por el padre o madre, en su caso, sin necesidad de cumplir tales requisitos (sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 2.011 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya interpretación en este punto es materia de abundantes discusiones).

Dice el considerando tercero “que según resulta del artículo 163, párrafo primero, del mismo Código, los padres relativamente a los bienes del hijo en que les corresponde la administración, son una especie de gestores, que tienen las obligaciones propias de todo administrador, entre ellas la de CONSERVAR SIN MENOSCARO EL PECULIO DE SUS HIJOS, y si bien la administración de aquellos bienes comporta la representación de los hijos en los asuntos patrimoniales, dicha representación, como también se entiende del número primero del artículo 155 del propio Código, *solamente abarca los actos que pueden redundar en provecho de los hijos*”. La doctrina recogida por el considerando expuesto nos parece plenamente de acuerdo con la naturaleza de la patria potestad y con las obligaciones que impone a los padres. Pero es muy fuerte considerar a éstos como unos meros administradores de los bienes de los hijos, cuando, sin ir más

lejos, el artículo 164 les atribuye, como hemos visto, facultades de disposición (si bien con el cumplimiento de determinados requisitos). Una cosa es que los padres deban procurar por todos sus medios conservar y aumentar el peculio de los hijos, y otra muy distinta que no puedan disponer de los bienes de éstos, pues dichos actos de disposición pueden ser, y lo son la mayoría de las veces, en interés del patrimonio de los hijos.

El poder de disposición de los padres es indudable (3). Dicho poder de disposición debe tener como finalidad siempre la conservación y aumento del patrimonio de los hijos, pero ello no implica de ningún modo que deba considerarse nulo o anulable todo acto de disposición que no tenga o que no logre dicha finalidad, pues ello implicaría que para determinar la validez o nulidad de un negocio jurídico de disposición realizado por el padre, representante de sus hijos menores, se atiende a un elemento tan extrajurídico como es si en definitiva se ha hecho o no una buena operación desde el punto de vista económico (en el presente caso la renuncia de la madre a la indemnización constituyó un mal negocio, por que la sentencia fijó ésta en una cantidad mayor, pero no lo hubiera sido si hubiese señalado una cantidad más pequeña). De prosperar este criterio nadie que contratase con el padre como representante de sus hijos podría estar seguro de que el contrato no iba a ser rescindido si luego resultaba que la operación no era conveniente a los intereses de éstos, lo que supone introducir en la contratación civil un elemento altamente perturbador; y todavía más si se tiene en cuenta que esta amenaza de rescisión no podría evitarse mediante una simultánea autorización judicial, ya que el Código sólo la prevé en el caso del tan repetido artículo 164.

Esto no supone, sin embargo, que los padres tengan absoluta libertad de disponer a su antojo de los bienes de sus hijos, sin prever las posibles consecuencias de sus actos. Los padres tienen, ya lo hemos dicho, la obligación de conservar y aumentar el peculio de sus hijos, pero los actos de los mismos, que contrarían dicha finalidad, no son nulos, sino que dan lugar a una acción de los hijos contra los padres, que no puede alcanzar a la otra parte contratante, ni puede determinar la nulidad del acto o negocio jurídico, sin perjuicio de que ésta pueda ser declarada cuando concurren las circunstancias generales de nulidad del negocio de que se trate o intervengan vicios de voluntad.

(3) Fernández Martín Granizo señala como opiniones que pueden sustentarse en cuanto a la posibilidad de que los padres estén autorizados a renunciar pura y simplemente las indemnizaciones que a sus hijos corresponden, dos, una positiva y negativa la otra. La primera posición puede apoyarse en el art. 164 del Código Civil, en el 992-2.º (T. S. 12-VI-1906) y en la inexistencia de preceptos que lo prohiban. La opinión negativa puede fundarse respecto de los bienes inmuebles que es donde se plantea el problema, en los requisitos de la propia renuncia, en que al tutor le está prohibido renunciar bienes del pupilo (art. 275-1.º del Código Civil), en que los actos de disposición que las leyes autorizan a los padres y tutores exigen como requisito esencial que redunden en utilidad de los menores (arts. 164, 270 y 1810) ("Estudios de Derecho Público y Privado", tomo I, pág. 245. Universidad de Valladolid, 1965). Aunque como puede verse hay argumentos sustentadores de ambas posiciones, los de la primera parecen mucho más sólidos.

ADQUISICION DEL DERECHO A LA INDEMNIZACION

Otro punto de la sentencia que parece interesante, es el relativo a la adquisición del derecho a la indemnización por parte de los hijos: "con la muerte instantánea del interfecto—dice el considerando segundo—, surgió a favor de cada uno de sus tres hijos y herederos, un derecho de crédito dirigido a la reparación del daño experimentado por las ropas del fallecido y a la indemnización de los perjuicios materiales y morales causados por la muerte a dichos familiares... QUE PASO AUTOMATICAMENTE A FORMAR PARTE DE SU RESPECTIVO PECULIO, sujeto a la administración de su madre viuda...".

En cuanto a la adquisición del derecho de indemnización por parte de los más próximos familiares de la víctima (4), puede sostenerse:

1.º Que dicho derecho se transmite a los familiares en concepto de herederos y en cuanto lo sean.

2.º Que el derecho deriva, no la condición de herederos, sino de la de parientes.

Casi todas las sentencias del Tribunal Supremo relativas a esta materia admiten implícita o explícitamente que la víctima del homicidio adquiere el derecho a la indemnización y por ende los transmite a los herederos a pesar de que si la muerte es instantánea, e incluso aunque no lo sea, se hace difícil concebir cómo adquiere el derecho a ser indemnizado por muerte cuando ésta ya se ha producido y, por lo tanto, ha desaparecido la personalidad jurídica. No obstante, el criterio favorable a la transmisibilidad es aceptado, repetimos, por casi todas las sentencias del alto Tribunal (por ejemplo, las de 17-12-1914, 24-2-1928, 17-6-1930 y 2-10-1948).

La doctrina contraria a la transmisibilidad, encuentra su reflejo en un número menor de sentencias, pero que tal vez por esto resultan muy interesantes. La de 20 de diciembre de 1930 señala que "al fallecer instantáneamente—se refiere a la víctima de un accidente de automóvil—por consecuencia de haber sido atropellado por el auto-camión, no llegó a poseer ni por un instante el derecho a ser indemnizado que se supone transmite a sus descendientes, sino que por este acto nació para éstos la acción de indemnización"; o sea, que no la transmite el muerto, sino que nace en sus descendientes (mujer e hijos).

La sentencia de 8 de enero de 1964, relativa al caso de un carretero muerto por el tren, establece que "esa obligación como el derecho correspondiente de los demandantes, nacieron en su favor de la omisión culpable productora del daño sufrido como madre y mujer, respectivamente..., por aplicación al caso de los preceptos contenidos en los artículos 1.089, 1.093 y 1.902 del Código civil, sin que el título de este derecho sea la sucesión del interfecto, sino la propia ley", por lo que no es necesario acreditar para recibir la indemnización que son herederos ab intestato únicos y universales. En análogo sentido, la sentencia de 8 de abril de 1936.

La de 17 de febrero de 1956, resuelve el caso de un labrador gallego que reclama 50.000 pesetas al propietario de un balandro (como responsable subsidiario

(4) Este problema ha sido tratado ampliamente por DE CASTRO en su trabajo *La indemnización por causa de muerte*, A. D. C., IX, 1956, 1, págs. 449 y sigs.

del patrón), por que a causa del "amontonamiento" de los pasajeros, de su apresuramiento y de llevar carga suelta, escoró el barco y, empujada por unos haces de leña, su hija, de 15 años, fue lanzada al mar, y, con otras dos personas, pereció ahogada. Estimada la culpa del patrón fue condenado el dueño del balandro a indemnizar a los padres de la víctima. Recurrida la sentencia, entre otras razones por no haberse hecho previamente la declaración de herederos, la Sala rechaza este motivo por considerar que los padres son también perjudicados y ofendidos, señalándose como factores para determinar el daño, no sólo el perjuicio moral de la pérdida de la hija, sino también las circunstancias de la convivencia de ésta con sus padres y la ayuda que les prestaba en el hogar y fuera de él, concurriendo al mercado de Vigo para la venta de los productos del campo, lo que supone una verdadera ayuda de carácter material.

De todo lo anteriormente expuesto podemos deducir una posición armónica. En todo fallecimiento causado por culpa hay que distinguir el daño que supone la privación de la vida, que da lugar a una indemnización transmisible a los herederos, en cuanto a tales, y que requiere, lógicamente, la previa declaración de herederos, y unos daños producidos a la familia de la víctima, en cuanto familia, que no sólo tienen carácter moral, sino también económicos, cuando se les priva de una asistencia de tal naturaleza derivada de la persona del difunto (pensemos en los hijos privados de la protección de su padre), que da lugar a una indemnización que no requiere para ser exigida la previa declaración de herederos.

Si consideramos que el derecho a la indemnización se transmite por título hereditario como uno más de los que forman el caudal relicto del difunto, la facultad de la madre de renunciar a la indemnización es evidente. Cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se asigne a la renuncia hereditaria, la madre tiene facultades para realizarla, y no solamente por aplicación de los preceptos del Código civil [art. 992-2 (5)], sino por el artículo 178-2.º del Reglamento Hipotecario también.

La sentencia, sin embargo, parece adscribirse a la segunda teoría de las enumeradas. Por ello señala que el derecho a la indemnización ingresa automáticamente en el patrimonio de los hijos. Si esto es así, la renuncia de la madre es un acto de disposición (renuncia abdicativa), mientras que si el derecho aún no ha tenido entrada en dicho patrimonio, la renuncia preventiva en tal caso se aproxima en su naturaleza a la repudiación de herencia, o mejor de legado de cantidad.

Según esta segunda posición, lo que han adquirido los hijos no es el derecho a la indemnización, sino el derecho a aceptar o rechazar la indemnización, que indudablemente podrá ser ejercitado por la madre, como representante legal.

A continuación vamos a plantear e intentar resolver otro problema de los que nos sugiere la sentencia: la naturaleza del acto de la madre al rechazar la indemnización en nombre de los hijos menores, que tiene una gran influencia en la determinación de si tal negocio jurídico debe ser o no considerado válido.

(5) Según el T. S. en Sent. de 12 de junio de 1906 y Res. de 13 de julio de 1911, entre otras de la D. G. R.

NATURALEZA DEL NEGOCIO JURIDICO DISCUTIDO

El considerando primero de la sentencia juega con varios conceptos, que cita en apretada sucesión de ideas, y nos da la impresión de que no se ha dilucidado suficientemente la naturaleza del acto de doña Rocío Padilla al rechazar la indemnización. Efectivamente se habla de "que la renuncia a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de un hecho constitutivo de delito o falta, como declaración unilateral de voluntad, abdicativa de un derecho de crédito, está sujeta a los requisitos estatuidos en las normas especiales que disciplinan tal negocio jurídico (arts. 25 del Código penal, en relación con el 4 y 1.187 y siguientes del Código civil, y 106 a 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), a los generales sobre validez de negocios jurídicos que pueden extraerse del ordenamiento particular de las obligaciones y contratos... y, en su caso, a las reglas sobre determinado tipo de negocios jurídicos, como, por ejemplo, los patrimoniales de derecho de familia". O sea, que en primer término se habla de "renuncia a la indemnización" "declaración abdicativa de un derecho de crédito", se cita el artículo 4 que se refiere a ésta, y el 1.187 que trata de la condonación, y se dice que la renuncia está sometida a las "normas especiales que disciplinan tal negocio jurídico" (entre las que incluye las del artículo 1.187), a las generales sobre validez de los mismos y las reglas sobre un determinado tipo de negocios jurídicos, como los patrimoniales de derecho de familia, y es que la tipificación de este negocio jurídico presenta grandes dificultades. Vamos a hacer varios intentos para configurarla enmarcándolo en diversas instituciones que implícita o explícitamente están aludidas en los considerandos.

Cita el considerando primero como hemos visto, el artículo 1.187, que trata de la condonación; perdón de la deuda otorgado gratuitamente por el acreedor en favor del deudor. Si pensamos que en el presente caso la renuncia de doña Rocío Padilla a la indemnización se ha verificado mediante la entrega de una cantidad, difícilmente podremos considerar que se trata de una condonación. La condonación se realiza con carácter gratuito, esto es, sin contraprestación, por lo que no creemos que en este caso se trate simplemente de una condonación; hay algo más.

También puede configurarse como renuncia. Roca Sastre (6) distingue entre renuncia abdicativa, preventiva y reconocitiva. La primera tiene lugar cuando se renuncia a un derecho adquirido, o sea, ya incorporado al patrimonio del renunciante; la segunda, cuando se renuncia a un derecho deferido, un derecho a la adquisición del cual está llamado el renunciante. En esta renuncia se rehusa un derecho que pretende entrar en un patrimonio, por lo que no provoca empobrecimiento, a diferencia de la renuncia abdicativa. Casos de renuncia preventiva son la repudiación de herencia, legados y legítimas, cuando la sucesión es causada, así como la renuncia de donaciones o de otras ofertas de adquisición. La renuncia reconocitiva o declarativa implica un reconocimiento del derecho ajeno y la insubsistencia del propio; tiene lugar en las transacciones.

La calificación de la clase de renuncia de que se trata, dependerá de la posición que se adopte en cuanto a la adquisición del derecho a la indemnización. Si como suponemos el derecho ha nacido por disposición de la ley, y ha ingresado

(6) ROCA SASTRE: *Derecho hipotecario*, 5.ª ed., t. I, pág. 734, Barcelona, 1954.

en el peculio de los hijos en un momento anterior a la renuncia, se tratará de una renuncia abdicativa, aunque no puede excluirse la posibilidad de calificarla como reconocoscitiva, si tenemos en cuenta que el derecho a la indemnización incontrovertible en su existencia no lo era en su cuantía.

Asimismo, puede considerarse que se trata de una transacción. El artículo 1.908 del Código civil dice "que la transacción es un contrato por el cual las partes dando, prometiendo o reteniendo, cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado". Vamos a ver si en el presente caso se dan los requisitos necesarios para que el negocio jurídico que nos preocupa pueda considerarse como una transacción. Son elementos necesarios de la misma la existencia de una relación jurídica incierta, la intención de sustituirla por otra cierta y la recíproca concesión de las partes. Todos estos requisitos se dan en el presente caso. Las partes, entregando una 110.000 pesetas, y comprometiéndose la otra a no reclamar más, han efectuado una recíproca concesión. Que se trata de una relación jurídica incierta, por lo menos en la cuantía o importancia económica de la prestación, es evidente, puesto que en momento en que se produce todavía no se ha concretado por los Tribunales, en cantidad cierta, el importe de la indemnización. La intención de sustituir dicha relación incierta por otra cierta es patente también.

Ahora bien, esta recíproca concesión a que nos hemos referido debe tener como finalidad, en nuestro derecho positivo, evitar un pleito o poner término al que ha comenzado, y es aquí donde el problema se complica por que el procedimiento penal no está sujeto al arbitrio de la voluntad de las partes. En cuanto a evitar la provocación del pleito no puede concebirse en el presente caso más que como una obligación de la esposa de la víctima de renunciar al ejercicio de la acción civil para reclamar la indemnización. Creemos que esto es lo que sucede en el presente caso; pero la renuncia a esta acción debe reunir determinados requisitos procesales que no se han cumplido. Sin embargo, la posibilidad de un pleito civil con independencia del proceso penal y la de renunciar a la acción civil por parte de doña Rocío Padilla, basta, creemos, para tipificar como transacción este negocio jurídico. Sin perjuicio de admitir otras soluciones, pues dada la complicación del presente caso difícilmente podremos llegar a conclusiones plenamente satisfactorias, estimamos que esta calificación une a la posibilidad de llegar a una solución justa (a la que llega la sentencia, por supuesto) sin esforzar con interpretaciones más o menos aporriísticas los preceptos legales, la de fundamentar la ineficacia del negocio en una disposición concreta (7). Efectivamente, el artículo 1.810, que establece que el padre, y en su caso la madre, pueden transigir sobre los bienes y derechos del hijo que estuviere bajo su protección, determina que si el valor del objeto sobre el que recaiga la transacción, excediera de dol mil pesetas, no surtirá ésta efecto sin

(7) Fernández Martín Granizo, considera que la renuncia al resarcimiento verificada mediante acuerdo por el cual el renunciante se compromete a no ejercitar acción alguna, es una transacción. Afirma que la renuncia constituye una de las piezas básicas del contrato transaccional, pero es una renuncia impropia porque primero, la verdadera renuncia es un acto unilateral; segundo, no es de esencia que la voluntad del declarante sea recepticia, y tercero, va dirigida a un mero desapoderamiento, caracteres que no se dan aquí. (Op. cit., trabajo citado, pág. 239.)

la aprobación judicial. Este precepto impone al juzgador la obligación de declarar la nulidad del negocio jurídico de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo cuarto, ya que el objeto de la transacción excede en mucho de la cantidad límite de dos mil pesetas.

Y esto nos plantea otro problema. ¿Puede el Tribunal de lo Penal declarar la nulidad de la renuncia? ¿Puede un Tribunal declarar la nulidad de la renuncia sin haberlo solicitado ninguno de los interesados?

* * *

El derecho angloamericano regula la responsabilidad civil con completa independencia de la existencia de una condena penal. "La atmósfera que se respira en un Tribunal de la criminal, no parece la más adecuada para determinar la responsabilidad civil", dice Phanor Eder (8). En nuestro derecho no se da tal separación; el artículo 1.092 del Código civil dice que "las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal".

El artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determina que "las acciones que nazcan de un delito o falta pueden ejercitarse junta o separadamente"... "mientras estuviese pendiente la acción penal, no se ejercitará la civil con separación, hasta que aquélla haya sido resuelta por sentencia firme". Consecuentemente si se ha ejercitado la acción civil y se promueve el juicio criminal por el mismo hecho, se suspenderá el pleito civil (artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ejercitada la acción penal se entiende utilizada también la civil, salvo renuncia expresa del perjudicado; cabe afirmar que la condena en juicio criminal dará lugar a la condena civil que corresponda, salvo en caso de renuncia o reserva expresa de la acción civil. O sea, que en caso de delito se interpone juntamente con la acción penal, la civil relativa al resarcimiento del daño, salvo que la parte perjudicada se reserve expresamente su acción civil o renuncie a ella. El Tribunal de lo Penal, ciñéndose al caso, debe determinar si el procesado ha cometido o no delito de homicidio por imprudencia temeraria, y debe también fijar la indemnización y su cuantía; se podría sostener que en ejercicio de dicha función no puede ver limitadas su facultades por la transacción efectuada por doña Rocío Padilla, pues dichas facultades son una consecuencia del poder jurisdiccional, de donde deriva la posibilidad de declarar la nulidad de la misma. No obstante, parece muy dudoso que el Tribunal de lo Penal pueda resolver sobre un asunto civil declarando una nulidad que no ha sido solicitada por nadie.

(8) PHANOR EDER: *A comparative survey of anglo-american and latin-american law*, Nueva York y Londres, 1950, págs. 7 y sigs.

11. SENTENCIAS

I. Colaboración de Jesús DIEZ DEL CORRAL.

1. RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL EN TESTAMENTO: IRREVOCABILIDAD E IMPUGNACIÓN: *El principio de irrevocabilidad no es tan absoluto que impida en todo caso la impugnación del reconocimiento, dado que al dimanar éste de la exclusiva voluntad del reconocedor, tal voluntad puede ser invalidada cuando se acredite que al emitirse estaba viciada por error, dolo, intimidación o violencia, o cuando se justifique que el reconocido no es hijo del que le reconoció, dado que según el artículo 129 del Código civil, a contrario sensu, no puede ser reconocido ni el no natural ni el no hijo, y si se hace sería nulo por ir contra lo dispuesto en la ley.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA: ACTOS PROPIOS: *El reconocimiento es atacable a tenor del artículo 138 de dicho Código por aquellos a quienes perjudique, por lo que tal acción no hay duda que corresponde a los mismos padres si justifican el valor del consentimiento o la falta de idoneidad para ser reconocido, dado el perjuicio, moral y material, que tal negocio jurídico puede causarles, sin que por ello rija el principio de los actos propios.*

IMPOSIBILIDAD DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA: PRUEBA: *Declarado por la sentencia impugnada, en vista del conjunto de las pruebas y de la conducta de la recurrente, que el actor no es padre biológico del reconocido y que aquél y la madre de éste no se conocían ni tenían amistad en la fecha anterior al ciclo biológico de gestación, lo que equivale a la imposibilidad de acceso carnal a que se refiere la sentencia de 22 de diciembre de 1964, y no demostrado el error de derecho en la apreciación de la prueba, no puede prosperar el recurso. [S. 20 de enero de 1967; no ha lugar.]*

NOTA: Aparte de la calificación del reconocimiento como declaración de voluntad y negocio jurídico (lo que no está de acuerdo con la teoría doctrinal dominante del reconocimiento-confesión), lo que más llama la atención en esta sentencia es la facilidad con que el Tribunal Supremo considera probada la no paternidad biológica del reconocedor, a cuya conclusión llegó la sentencia de la Audiencia en base solamente de la prueba de confesión, fundada en unas posiciones hábilmente redactadas, y de la prueba testifical, por la que entendió acreditado que la madre y el reconocedor no llegaron a conocerse hasta el año 1960; es decir, mucho después del nacimiento del hijo. Aunque, en vista de las circunstancias del caso, el fallo seguramente es justo, la generalización de su doctrina quizá sea peligrosa y entraña el riesgo de atentar contra la estabilidad que debe caracterizar a todo estado civil. Por de pronto, contrasta con el criterio restrictivo que, para admitir la impugnación por el propio reconocedor, habría sentado el Tribunal Supremo en sentencias de 5 de enero de 1900 y 25 de junio de 1909.

Además, con la solución de la sentencia, queda en el aire una posible responsabilidad criminal del reconocedor por delito de falsedad en documento público.

Es de destacar, también, que siendo el falso padre de nacionalidad alemana se haya aplicado el Código civil, sin que se llegara a plantear cuestión sobre la posible competencia de la ley nacional del padre. En rigor, como el reconocimiento es un acto que afecta exclusivamente al estado civil del hijo, el mismo debe ser regido por la ley personal de éste y consiguientemente en este caso por la ley española, cuya nacionalidad ostentaba el hijo antes del reconocimiento.

INCONGRUENCIA: *Es doctrina legal muy reiterada que las sentencias absolutorias resuelven todas las cuestiones debatidas, por lo que no son impugnables por incongruencia.* [S. 28 de enero de 1967; no ha lugar.]

II. Colaboración de Luis FERNANDEZ DE LA GANDARA.

1. **PRUEBA:** *El artículo 1.214 del C. c., por constituir la rúbrica general de la prueba de las obligaciones, no se refiere a la apreciación de la prueba ni tiende a regular el valor y eficacia de cada elemento probatorio, no pudiendo, por tanto, ser base de casación. Por otra parte, no es lícito pretender desarticular la prueba para impugnar la apreciación conjunta que de la misma ha hecho la Sala de Instancia.*

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO: CUENTAS EN PARTICIPACIÓN: *El artículo 1.281 del C. c., en su primera parte, sólo es aplicable cuando en las palabras aparezca con evidencia el propósito del negocio, que corresponde a la voluntad real, pero no cuando del total contenido del contrato pueda deducirse que esa intención no concuerda con lo expresado, por lo que aun siendo exacto que las palabras deben entenderse llanamente como suenan, esto sólo tiene lugar cuando no se suscita duda alguna sobre su genuina inteligencia, debiendo ser interpretada en casación la interpretación del Tribunal "a quo" mientras no resulte ilógica o desorbitada.* [S. 13 de diciembre de 1966; desestimatoria.]

2. **VENTA (DE ACCIONES): PRECIO CIERTO:** *El precio, elemento esencial más característico de la compraventa, debe ser cierto, certeza que no supone el que necesariamente se precise su cuantía en el momento de la celebración del contrato, sino que su determinación pueda hacerse o bien con referencia a otra cosa cierta o dejando su señalamiento al arbitrio de persona determinada.*

FIJACIÓN DEL PRECIO POR PERSONA DETERMINADA: *El dejar el señalamiento del precio al arbitrio de persona determinada, si ésta fue designada como árbitro, hace las veces de condición y, una vez fijado, tiene fuerza vinculante para las partes. Si lo fue como perito, la doctrina científica recogida en la sentencia de 21-4-1956 autoriza su impugnación, entre otras cosas, cuando el árbitro falte a las instrucciones que las partes le señalaron para la fijación del precio.* [S. 22 de noviembre de 1966; desestimatoria.]

3. **SEGURO DE RIESGOS: INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO:** *La regla de hermenéutica recogida en el artículo 1.281, 1.º, del C. c., es preferente a las demás que establece el capítulo IV, título II, libro IV de dicho cuerpo legal.*

NATURALEZA ALEATORIA: *Según se infiere de los artículos 1.791 del C. c. y 380 del C. Com., estos contratos se caracterizan por los requisitos de aleatoriedad y reciprocidad, los cuales desaparecerían cuando se hiciese imposible la producción del acaecimiento garantizado.*

NEGOCIO JURÍDICO DE ADHESIÓN: INTERPRETACIÓN: *Las palabras confusas o dudosas deben entenderse en el sentido más favorable para los asegurados. [S. 11 de junio de 1966; desestimatoria.]*

4. SOCIEDAD ANÓNIMA: NULIDAD DE ACUERDOS: EJERCICIO DE DERECHO DE INFORMACIÓN: *Este derecho, concedido a los accionistas, según la vigente legislación, cuando lo que se pretenda aprobar sean las cuentas correspondientes a cualquier ejercicio económico de la Sociedad, puede hacerse efectivo por ellos directamente, aun cuando ostenten la condición de Consejeros.*

EJERCICIO DEL DERECHO DE INSPECCIÓN: *Este derecho se sustrae de la utilización personal de los accionistas al quedar encomendada la inspección de los libros contables a los censores de cuentas instituidos al efecto, según se infiere de la redacción literal del artículo 110 LSA, de la razón de ser de la prohibición que tiende a impedir la divulgación de los secretos del negocio y de las dificultades con que de otra forma tropezaría el normal funcionamiento de las Sociedades y de sus órganos de administración, ya que adoptar otro criterio equivaldría a someter a las entidades de tipo capitalista a una fiscalización más rigurosa que la establecida para las sociedades personalistas. Semejante hipótesis daría lugar a que los accionistas pudiesen, al mismo tiempo, controlar las actividades de un modo inmediato, con las consecuencias del artículo 2.166 LEC, y de otro mediato, a través de los censores de cuentas, dualidad de investigación que, por absurda, debe ser rechazada.*

CUALIDAD DE MANDATARIOS DE LOS CENSORES DE CUENTAS: *La cualidad de mandatarios de los censores de cuentas no permite que sus mandantes asuman las funciones de aquéllos cuando así lo deseen, porque tal sustitución está expresamente prohibida en nuestro ordenamiento jurídico vigente.*

CLARIDAD Y CERTEZA DEL BALANCE: *Para que el derecho de información del artículo 110 LSA consiga el resultado que el legislador se propone es indispensable que los documentos a que se refiere el artículo 108 LSA estén perfeccionados de acuerdo con las prevenciones que establecen los artículos 102 y 103 de la misma Ley, de forma tal que con su lectura se obtenga una representación exacta de la situación económica de la Compañía y del curso de los negocios para facilitar a los accionistas la posibilidad de emitir su voto con pleno conocimiento de causa en cuanto a la aprobación de las cuentas sometidas a su deliberación.*

CONTABILIDAD COMPLEMENTARIA: *La finalidad mencionada en el apartado anterior no se logra cuando la Sociedad lleve, además de la contabilidad oficial, otra complementaria no incluida en el balance exhibido a los accionistas.*

porque en tal hipótesis el referido documento no refleja con claridad y certeza el verdadero resultado del conjunto de operaciones practicadas por la Empresa. [S. 1 de febrero de 1967; estimatoria.]

5. COMPETENCIA: EFICACIA DE LA SUMISIÓN EXPRESA: FACULTAD DE ELECCIÓN: *Para que la sumisión prevista en el artículo 57 LEC sea eficaz ha de hacerse a un Juez o Tribunal determinado y no a varios, ya que la variedad en la designación choca contra el principio cardinal de unidad y concreción que sustenta la facultad permisiva que la Ley otorga al litigante de elegir al Organismo judicial al que ha de pedir la efectividad del derecho que juzga le asiste.*

REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE SUMISIÓN EXPRESA: *El artículo 57 LEC exige, además de la renuncia clara y terminante del fuero propio, la designación concreta y precisa del Juez a quien las partes se sometan. De ahí que tal designación no pueda quedar al arbitrio de una sola de las partes contratantes.*

PÓLIZA DE SEGURO: INEXISTENCIA DE SUMISIÓN: *No existe sumisión cuando en las cláusulas de una póliza de seguros se dice que los litigios derivados de ella serán de la competencia de los Tribunales del domicilio del asegurado o de los del domicilio del asegurador, a elección de éste. [S. 5 de noviembre de 1966; resuelve competencia.]*

6. COMPETENCIA: PRINCIPIO DE PRUEBA POR ESCRITO: *El principio de prueba por escrito es la base con arreglo a la cual se tienen que resolver las competencias.*

7. OBJETO DEL RECURSO DE CASACIÓN: *Según nuestro ordenamiento procesal, sólo se reputan susceptibles del recurso de casación por infracción de la Ley las resoluciones que gozan de la máxima importancia material y funcional. Sólo cabrá, por tanto, contra sentencias definitivas que pronuncien Audiencias y contra las resoluciones interlocutorias y no definitivas que, recayendo sobre una cuestión previa que impide entrar en el fondo del pleito, bloquean la continuación de las actuaciones judiciales y dejan terminado definitivamente el asunto principal.*

MOTIVOS DE ADMISIBILIDAD: *Los motivos de no admisión que no llegaron a surtir efecto a su tiempo pueden servir de base para la no casación. [S. 10 de noviembre de 1966; desestimatoria.]*

DOCUMENTO AUTÉNTICO: *Carece del requisito de autenticidad, a los pretendidos fines de la casación, el documento alegado porque fue el objeto principal del debate habido entre las partes litigantes, en cuyo concepto fue tenido en cuenta por el Tribunal sentenciador para llegar a la conclusión con que discrepa el recurrente. [S. 14 de febrero de 1967; desestimatoria.]*

9. CALIFICACIÓN DE LA QUIEBRA: *Las circunstancias determinantes de la calificación de la quiebra a que se refieren los artículos 888 y 890 del C. Com. son*

hechas por el Juez civil para que los Tribunales de lo Criminal puedan señalar las responsabilidades de este orden contraídas por los quebrados. Sin embargo, no tiene carácter vinculante. La calificación sólo es aceptada en el orden penal cuando los hechos que la sirvieron de base han sido en el juicio debidamente probados. [S. 8 de noviembre de 1966; desestimatoria.]

III. Colaboración de Gabriel GARCIA CANTERO.

1. TÍTULOS NOBILIARIOS: COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES: MEJOR DERECHO: *En virtud de lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto de 27 mayo 1912, la intervención de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria en las cuestiones que puedan suscitarse sobre la posesión de Títulos y Grandezas del Reino, ha quedado reducida a la declaración del mejor derecho en el orden genealógico según los términos de la concesión soberana, o por aplicación del derecho supletorio, es decir, a declarar que una persona ostenta derecho preferente dentro de un linaje con respecto a otra persona también determinada.*

REHABILITACIÓN: *La misma persona que solicitó en vía administrativa la rehabilitación del título no puede pretender que, por no haber sido el concesionario de la merced, poseedor efectivo de la misma, la rehabilitación ulterior del título ha de considerarse jurídicamente más como una creación que como una resurrección de la merced; aparte de que tampoco cabe revisar en esta jurisdicción el expediente administrativo.* [S. 3 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

2. PRUEBA: ERROR DE HECHO: *Para que el error de hecho provoque la cancelación es menester no sólo que se patentice a través de un documento o acto auténtico, sino que, además, se ponga de relieve de modo auténtico, es decir, palmario o manifiesto, de suerte que no sea preciso acudir para apreciarlo a deducciones, hipótesis o conjeturas.*

CONFESION JUDICIAL: *Los artículos 1.232 C. c. y 578 L. E. C. no atribuyen a las contestaciones de los litigantes al absolver posiciones una fuerza vinculante superior a la de los demás medios de prueba admitidos en derecho.* [S. 18 de febrero de 1967; no ha lugar.]

3. RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: *El plazo para solicitar el reconocimiento de la filiación natural cuando los padres hubiesen fallecido durante la menor edad del hijo, es caducidad, y por afectar a la sustantividad del derecho ejercitado debe, incluso, ser apreciado de oficio por los Tribunales; el criterio sentado por la sentencia de 23 junio 1902 de que no hay limitación de tiempo para el ejercicio de la acción, fue rectificado por la de 19 de diciembre 1902, y no ha tenido confirmación en otras posteriores.* [S. 28 enero 1967; no ha lugar.]

4. PRÉSTAMO USURARIO: FINALIDAD DE LA LEY DE USURA: INAPLICABILIDAD EN GENERAL A LOS CONTRATOS CON PRECIO DIFERIDO: *La llamada Ley de Usura tiene como campo específico de aplicación el contrato de préstamo, y su finalidad primordial es la de evitar el establecimiento de una compensación, respecto de lo que se entrega, que sea superior a la normal del dinero, bien en la forma específica de intereses o bien en cualquier otro procedimiento, como el de simular recibida mayor cantidad dineraria de la efectivamente entregada; pero es original y temeraria la teoría de que en todo contrato con precio existe como contrapartida un contrato de préstamo que obliga a tener en cuenta la Ley de Usura.* [S. 23 de febrero de 1967; no ha lugar.]

En el caso resuelto, el T. S. sale al paso de una abusiva utilización de la Ley de Usura para dejar de cumplir un contrato de obra para cuyo pago fue aceptada una letra de cambio. Es aventurado decir que *toda* concesión de crédito por el aplazamiento del precio implica un préstamo; pero tampoco podrá sostenerse que ninguna operación de este tipo puede caer bajo la calificación de préstamo usurario.

5. PRÉSTAMO USURARIO: FALTA DE PRUEBA DE LA CUANTÍA: *No constando la cifra en que consistió el préstamo, falta el supuesto y premisa principal para poder determinar si los intereses convenidos son o no usurarios.*

LIBRE APRECIACIÓN JUDICIAL: *En materia de préstamo usurario los Tribunales forman libremente su convicción a la vista de la alegaciones de las partes, sin que sea posible impugnar en casación su juicio valorativo sin desvirtuar los elementos de hecho en que se apoya por el único cauce adecuado del núm. 7.º del artículo 1.092 L. E. C.* [S. 12 de enero de 1967; no ha lugar.]

6. CONTRATO DE OBRA: FIJACIÓN DEL PRECIO: *Si por falta imputable a ambas partes no se efectuó la medición de la obra conforme a lo previsto en el contrato, no queda otra solución que la determinación del precio por vía pericial* [S. 2 de febrero de 1967; no ha lugar.]

7. MANDATO: RENDICIÓN DE CUENTAS: *La obligación de rendir cuentas, impuesta al mandatario expresamente por el artículo 1.720 C. c. y al comisionista por el artículo 263 C. comercio, no es más que una aplicación de la regla general a la que están sujetos todos los que por cualquier título administran negocios ajenos, incluso sin mandato o poder.*

INTERESES: *Los intereses de las cantidades que se encuentran en poder del mandatario se regulan por los siguientes principios: 1.º) Por regla general el mandatario no debe interés alguno por las cantidades que tiene en sus manos por razón del mandato, y 2.º) Excepcionalmente los debe de las cantidades que aplicó a usos propios desde el día en que lo hizo, y de las que quede debiendo después de fenecido el mandato desde que se haya constituido en mora, y el comisionista en caso de morosidad en el reintegro al comitente del sobrante que resulte en su favor.*

CARÁCTER DE LOS INTERESES: *Los intereses de las cantidades empleadas por el mandatario en usos propios son directa consecuencia de su obligación de ejecutar fielmente el contrato, sancionándose al mandatario infiel por la culpa contractual en que ha incurrido, siendo en el fondo compensatorios de los daños y perjuicios; mientras que los debidos por las cantidades adeudadas al mandante a la extinción del mandato son intereses moratorios, por lo que derivando del concepto de mora no son debidos hasta que se constituya en tal estado, siéndoles de aplicación el artículo 1.108 C. c., coincidiendo el mandato mercantil con el civil, siendo los intereses moratorios los legales.*

LIQUIDEZ DE LA DEUDA: *El artículo 1.108 se inspira en el principio de que in illiquidis non fit mora, o sea que los intereses de demora en las obligaciones de dar y de hacer no se deben conjuntamente con la obligación principal si ésta es ilíquida; y lo es si precisa para determinarla, no una simple cuenta, sino la promoción de un juicio en el que, además, su determinación se ha dejado para la ejecución de la sentencia, lo que prueba que no era líquida. [S. 21 de febrero de 1967; ha lugar.]*

8. DAÑOS Y PERJUICIOS: *No ha lugar a aplicar el 1.902 C. c. cuando la Sala de Instancia declara que los demandados han realizado un acto de perfectalitud en el ejercicio de un derecho, no estando demostrada la realidad del daño, ni existiendo en todo caso la necesaria relación de causalidad.*

ERROR DE ECHO: *El error de hecho debe probarse a medio de documentos auténticos que por sí mismos evidencien, sin recurrir a deducciones, interpretaciones, analogías o hipótesis, lo contrario a lo afirmado o negado en la sentencia, y ello de manera irrefutable.*

REALIDAD DEL DAÑO: *El supuesto daño consistente en la pérdida de la venta de 45.000 ánforas, con un beneficio líquido para el industrial de 10 pesetas por unidad, había de justificarse con la prueba de la realidad de los contratos, su objeto concreto y cuantía, así como la del daño causado, no siendo suficiente unas cartas anulando los pedidos, redactadas casi exactamente y que dan la sensación de no responder a un hecho cierto.*

RELACIÓN DE CAUSALIDAD: *El daño debe ser consecuencia necesaria del acto u omisión; y aun en la hipótesis de que los aludidos contratos fuesen ciertos y reales, la decisión unilateral rescisoria partió de las sociedades contratantes, ante la pasividad absoluta de los actores que se conformaron con esa decisión, y por ello falta la relación de causalidad.*

ABUSO DE DERECHO: *No puede analizarse por ser cuestión nueva extemporáneamente alegada. [S. 20 de diciembre de 1966; no ha lugar.]*

Los actores se dedicaban a la fabricación de ánforas revestidas para contener vino, y ejercitan la acción del 1.902 alegando que los demandados, a base de una campaña de difamación, habían logrado que los actores perdieran

unos pedidos de 45.000 unidades, que les reportaban un beneficio líquido de diez pesetas por unidad, y además reclaman 30.000 pesetas en concepto de daños morales. La demanda se desestima porque los demandados habían obtenido la concesión del correspondiente modelo industrial, y por ello era lícita la campaña epistolar haciendo saber a los clientes la existencia del modelo patentado a su favor. El T. S. declara que no hay acto culposo, sino lícito, que no se ha probado la existencia del daño y que falta la relación de causalidad.

9. FALTA DE REPARACIONES: CULPA: *Incurrir en la responsabilidad del artículo 1.907 C. c. los propietarios de una tapia cuya caída obedece a falta de reparación de los efectos destructores de los vientos y heladas, que son factores previsibles.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA RECONOCIDA EN PRIMERA INSTANCIA: *No puede negar en casación legitimación activa a la actora, la parte que se la reconoció en primera instancia, como hija legítima de su fallecida madre.* [S. 19 de noviembre de 1966; no ha lugar.]

10. POBREZA: SIGNOS EXTERNOS DE RIQUEZA: *Son signos externos que obstan a la viabilidad del beneficio: el permanecer en la inactividad sin estar físicamente impedido para el desempeño de una profesión u oficio, el acoger en su domicilio a personas necesitadas que no satisfacen merced de ninguna especie por su alojamiento, el pertenecer a sociedades o círculos de recreo y el frecuentar establecimientos de bebidas.* [S. 9 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

11. RECURSO DE CASACIÓN: CAUCIÓN JURATORIA DEL DECLARADO POBRE: *La fórmula empleada por el recurrente declarado legalmente pobre, de constituir el depósito para recurrir "si llegare a mejor fortuna", no equivale a prestar la caución juratoria que previene el n.º 4.º del artículo 14 L. E. C., y por ello incurre en causa de inadmisión, que debió declarar la Audiencia, y en el estado actual del procedimiento se convierte en causa de desestimación.* [S. 21 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

12. CASACIÓN POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: *Los casos de quebrantamiento de forma no pueden ampliarse por razón de analogía, ni a contrario sensu.*

EMPLAZAMIENTO: *Es un acto procesal de naturaleza mixta, pues se compone de un acto de comunicación en sentido estricto por el cual se hace saber al destinatario la existencia de un proceso contra él, y se le da traslado de la demanda y documentos presentados—a medio de las oportunas copias de una y otros—, y se integra, además, por un acto de intimación conminándole a realizar una determinada conducta en el lapso de tiempo que se señala—comparecer o personarse en dicho proceso—, con la prevención que, de no realizarla, le parará el perjuicio que hubiere lugar en derecho.*

CONVALIDACIÓN DEL EMPLAZAMIENTO DEFECTUOSO: *La convalidación del emplazamiento defectuoso se produce por el acto del destinatario dándose por enterado de la comunicación y de la intimación que se le hizo, sin que obste la simple protesta de que la comparecencia no debe interpretarse como convalidación de los defectos legales que concurran en el procedimiento, ya que no fue seguida de la oportuna y concreta impugnación de aquel emplazamiento, que pudo y debió hacerse utilizando los recursos legales a su alcance, antes de acudir al extraordinario de casación.*

OMISIÓN DEL BASTANTEO EN LAS COPIAS: *La omisión del bastanteo en las copias del emplazamiento no tiene la virtualidad que le atribuye el recurrente, porque en el encabezamiento de la demanda, de cuya copia se dio traslado al demandado, se hacía constar que la escritura de poder se hallaba debidamente bastantada, y porque el demandado, después de personado, pudo examinar los autos y comprobar si existía esa omisión de bastanteo.*

FALTA DE ARRAIGO EN EL JUICIO: *No puede equipararse a la falta de personalidad en alguna de las partes o en el procurador que le haya representado, y hay que interpretarlo con criterio restrictivo en el caso del extranjero que lleva residiendo muchos años en España. [S. 24 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

IV. Colaboración de Rafael GARCIA VILLAVERDE.

1. **LETRA DE CAMBIO: RELACIÓN ENTRE EL TENEDOR Y EL ACEPTANTE:** *El artículo 480 C. Com. es rigurosamente aplicable cuando el importe de la letra de cambio se reclama por tercera persona tenedora del efecto, pues en las relaciones entre el aceptante y suscriptor de la letra y los terceros poseedores de la misma, las excepciones causales deben ser excluidas, salvo que éstos participen en el negocio básico (en el convenio que dio origen a la creación de la cambial o en el pacto sobre provisión de fondos). Aun admitiendo, como en el supuesto al que se refiere este recurso, que el Banco hubiese tenido conocimiento del contrato causal que ligaba a librador y librado, tal convenio no podía vincular a aquél como tenedor de una letra, puesta en circulación, en calidad de tercero, ni tal cosa puede avenirse con los términos claros y rotundos del mencionado artículo del C. Com.; y a la misma forma en que se halla extendida la aceptación de la letra, plasmada de manera pura y simple, tampoco autoriza a una interpretación distinta de dicho precepto, cualesquiera que fueren los pactos existentes entre librador y aceptante, no reflejados en la cambial, ni de acatamiento obligado para el tomador del efecto, que no estaba ligado por pacto alguno. [S. 7 de marzo de 1967; estimatoria.]*

V. Colaboración de Antonio IPIENS LLORCA.

1. **ACTOS CONTRA LA LEY:** *Es reiterada doctrina que el artículo 4-1.º se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de ser*

interpretado con criterio rígido, sino flexible, y por eso toda omisión de formalidades que puede ser meramente accidental con relación al acto de que se trate, no siempre trae la sanción extrema de la nulidad.

VENTA DE PARTICIPACIONES SOCIALES: TANTEO: FALTA DE NOTIFICACIÓN: *No impide la validez de la venta la falta de notificación prevenida en el artículo 20 de la Ley, cuando hecha a un extraño, otro socio o grupo de socios, los restantes por hechos propios reconocen esta transmisión al asistir sin protesta alguna a la Junta y aprueban los acuerdos en los que no estuvo presente el socio que enajenó su participación (no ha lugar).*

INDETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA VENTA: *Al no ser posible determinar la verdadera participación objeto de la proyectada cesión, es nulo el tanteo que se ejercitó (se trataba de la venta de otras participaciones sociales distintas de las del apartado anterior). [S. 27 de abril de 1966; ha lugar.]*

2. SIMULACIÓN DE PRECIO: PRUEBA PERICIAL: CASACIÓN: *No cabe basar un recurso de casación en una prueba pericial por ser de la libre apreciación del Juzgador de instancia. Por otra parte, hay que tener en cuenta que la prueba pericial puede llegar a determinar el justo valor de una cosa, mas no el precio de su venta, en que intervienen otros elementos además del valor, la afección, la necesidad, etc. [S. 16 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

3. RETRACTO LEGAL: SU NATURALEZA: DERECHO A LOS FRUTOS: *El retracto legal es de naturaleza real y como tal susceptible de surtir efectos "erga omnes", pero no cabe identificarlo con el dominio, toda vez que éste recae directa e inmediatamente sobre la cosa y sus productos—art. 348 y 353 C. c.—, mientras que aquél no alcanza la plenitud de efectos, por ser un derecho real de adquisición, hasta que, como consecuencia de la sentencia firme, se opere la transmisión. [S. 10 de febrero de 1966; no ha lugar.]*

4. RETRACTO ARRENDATICIO: CUANTÍA REAL DEL PRECIO: *No puede esgrimirse que el precio de la compraventa de la casa arrendada no sea el señalado en la escritura correspondiente por la simple circunstancia de que con anterioridad, en un convenio que no llegó a realizarse precisamente por no haberlo autorizado el demandante a cuya aprobación se sometió, se señalase un precio más bajo. [S. 2 de junio de 1966; no ha lugar.]*

5. RETRACTO ARRENDATICIO URBANO: DIVISIÓN DE FINCA POR MITAD: *Adquirida una finca en pro-indiviso por dos personas, y dividida materialmente adjudicándose a uno de los condueños agrupados la mitad de los pisos del edificio como una sola finca, cabe el ejercicio de retracto por los inquilinos de cada vivienda. [S. 27 de abril de 1966; no ha lugar.]*

Concordancias: Sentencias 30 junio 1962 y 15 junio 1964.

6. RETRACTO ARRENDATICIO URBANO: DUEÑOS POR PARTES INDIVISAS: *No hay división de la casa común por el simple hecho de que los dos propietarios pro-indiviso de la misma, en acta notarial, denieguen la prórroga a los arren-*

datarios de las dos viviendas, por causa de necesidad. En consecuencia, no cabe el ejercicio del retracto por dichos inquilinos. [S. 16 de mayo de 1966; ha lugar.]

7. RETRACTO: VENTA DEL PISO AL SUBARRENDATARIO: *Probado debidamente que el arrendatario—una sociedad industrial—había subarrendado la vivienda a uno de sus empleados sin que esta ocupación fuera como consecuencia de la relación laboral, no puede el arrendatario ejercitar el retracto en caso de venta del piso por el propietario al subarrendatario. [S. 1 de abril de 1966; no ha lugar.]*

8. RETRACTO ARRENDATICIO: CONSIGNACIÓN DEL PRECIO MEDIANTE CHEQUE: *No se produce la consignación dentro del plazo cuando el cheque presentado no se hizo efectivo sino después de transcurrido aquél, porque el pago ha de hacerse en dinero, y la entrega de cheque sólo produce los efectos del pago cuando hubiese sido realizado, según el artículo 1.170 del C. c. [S. 7 de mayo de 1966; no ha lugar.]*

VI. Colaboración de José María PEÑA BERNALDO DE QUIROS.

1. MANIFESTACIONES HECHAS EN ACTA NOTARIAL: VALOR: *Las manifestaciones o declaraciones hechas en documento público, especialmente acta notarial, carecen de fe pública en cuanto a su veracidad intrínseca, pues lo único que equélla cubre es el hecho en sí de las mismas, pero nunca su certidumbre, que puede ser desvirtuada por cualquiera de los demás medios probatorios dentro del conjunto de la prueba que se practique. [S. 8 de octubre de 1966; no ha lugar.]*

NOTA: Reitera esta Sentencia la doctrina sentada por el T. S. en Sentencias de 30 diciembre 1955, 20 noviembre 1956, 8 marzo 1957, 20 febrero 1959, 14 mayo 1960 y 8 marzo 1961.

2. DISOLUCIÓN DE PROINDIVISO: VENTA EN PÚBLICA SUBASTA: *Para que proceda la venta en pública subasta, como medio de salir del proindiviso, son precisos dos requisitos: que los bienes sean indivisibles por su propia naturaleza o se dedujeren graves perjuicios de su división, y que no medie convenio para la adjudicación a uno de los comuneros.*

INDIVISIBILIDAD: CUESTIÓN DE HECHO: *La indivisibilidad es una "questio facti" de la exclusiva apreciación del Tribunal de Instancia. [S. 28 de septiembre de 1966; no ha lugar.]*

3. CONTRATO CELEBRADO POR EL MARIDO EN FRAUDE DE LA MUJER: *El hecho de entrañar un fraude a la mujer el contrato de renta vitalicio celebrado por el marido, no constituye un vicio intrínseco del contrato, sino un efecto o consecuencia del mismo, que puede obtenerse no sólo por un negocio jurídico amulable—con nulidad relativa—, sino también con uno perfectamente válido*

desde el referido punto de vista interno, e incluso con uno totalmente inexistente por simulación absoluta.

INCONGRUENCIA: *No hay incongruencia cuando el efecto jurídico de lo que se solicita es idéntico a lo que se concede; o sea, la ineficacia total del acto retrotraída al momento de la celebración; pues los Tribunales no tienen obligación de ajustarse en sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por la parte, pudiendo basar sus resoluciones en fundamentos distintos y en conceptos de expresión diferentes, con tal de que sean coincidentes sustancialmente con las pretensiones formuladas. [S. 5 de marzo de 1966; no ha lugar.]*

NOTA: La parte solicitó se declarara nulo el contrato de renta vitalicia celebrado por el marido, por entrañar un fraude a los deudores de la mujer. La Sentencia recurrida declaró nulo dicho contrato (inexistente) por simulación. Ello, dice el T. S., no implica incongruencia.

4. **PRESUNCIÓN MUCIANA: BALEARES: DESTRUCCIÓN POR PRUEBA DE PRESUNCIONES:** *La presunción Muciana, que estaba vigente en Baleares —según la cual las compras hechas por la mujer durante el matrimonio se reputan como realizadas con dinero del marido, mientras no se demuestre lo contrario—, puede destruirse incluso por presunciones. [S. 2 de junio de 1966; ha lugar.]*

5. **PARTICIÓN HEREDITARIA: PARTICIÓN PARCIAL:** *Ningún precepto impone que la partición hereditaria haya de comprender forzosamente todos los bienes de la herencia, siendo posible mantener el resto indiviso o partulo en otro documento o momento.*

LA FORMA EN LOS NEGOCIOS JURÍDICOS ARTÍCULOS 1.279 y 1.280 C. C.: *El artículo 1.278 del C. c., con carácter general para toda clase de negocios jurídicos, consagra el principio espiritualista, salvo en aquellos casos en que de manera especial y excepcional se exige el cumplimiento de una forma expresa necesaria, sin que dentro de esa excepción puedan considerarse incluidos todos los supuestos enumerados en el artículo 1.280, pues este precepto hay que ponerlo en relación con el 1.279, donde el legislador se limita a conceder a las partes la facultad de compelerse recíprocamente a llenar aquella forma a partir del momento en que hubiesen intervenido el consentimiento y los demás requisitos para su validez; es decir, a partir del momento en que dicho contrato sea ya válido en Derecho, teniendo eficacia propia al margen de la forma que no le integra sustancialmente. [S. 21 de mayo de 1966; no ha lugar.]*

6. **APRABACIÓN PARCIAL DE LA PARTICIÓN: JUEZ COMPETENTE:** *Puede discutirse si lo es el del lugar en que se realizó la partición (por analogía con la regla 22 del art. 63 LEC), o el del último domicilio del causante (regla 5.ª del citado artículo); pero lo que no cabe sostener es la competencia del Juzgado en que tengan su domicilio los herederos. [S. 3 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

7. PARTICIÓN: RESCISIÓN POR LESIÓN: *Si todos los bienes han sido tasados por bajo de su valor, no existe perjuicio para ninguno de los coherederos, ni tampoco si en tales valoraciones se ha tenido en cuenta el hecho de estar o no arrendadas las fincas, sobreestimando las que están libres.* [S. 21 de abril de 1966; no ha lugar.]

8. RECONOCIMIENTO DE DEUDA EN TESTAMENTO: PAGO COMO LEGADO: FACULTAD DE LOS HEREDEROS DE DEDUCIR LO PAGADO POR IMPUESTO DEL IMPORTE DE LA DEUDA: *Satisfecho por los herederos el impuesto como si se tratara de un legado, por imperativo de las normas fiscales, pueden deducir su importe al hacer el pago de la deuda reconocida en testamento.* [S. 27 de enero de 1967; ha lugar.]

9. TESTAMENTO: CAPACIDAD: *La capacidad del testador es una cuestión de hecho, cuya valoración es de la competencia exclusiva de la Sala sentenciadora, sin que contra ella pueda prevalecer otra impugnación que la fundada en el n.º 7.º del artículo 1.692 LEC.* [S. 7 de febrero de 1967; no ha lugar.]

10. CAPACIDAD DEL TESTADOR: CUESTIÓN DE HECHO: *La capacidad del testador es una cuestión de hecho, cuya valoración es de la competencia exclusiva de la Sala sentenciadora.*

CAPACIDAD DEL TESTADOR: FE DEL NOTARIO: PRESUNCIÓN: *La presunción derivada de la fe notarial en cuanto a la capacidad del testador ha de ser desvirtuada por una prueba plena y concluyente.*

PRUEBA PERICIAL: APRECIACIÓN: *Aunque la prueba pericial fuese la única utilizada en el juicio, no puede obligar al Tribunal a aceptar el dictamen del pleito.* [S. 30 de septiembre de 1966; no ha lugar.]

11. TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE: NULIDAD SI LOS TESTIGOS NO ESTÁN DOMICILIADOS EN EL LUGAR DEL OTORGAMIENTO: *Los testigos, en el testamento en peligro de muerte, habrán de reunir las condiciones indispensables de idoneidad, siendo nulo si alguno de los cinco testigos no estaba domiciliado en el lugar del otorgamiento.*

TESTAMENTO EN PELIGRO DE MUERTE: ARTÍCULO 581, 2.º C. C.: *La no necesidad del domicilio de los testigos en el lugar del otorgamiento cuando aseguren conocer al testador y el notario conozca a éste y aquéllos, no puede extenderse por analogía al testamento en peligro de muerte hecho sin la intervención de notario.*

EL CONCEPTO DE DOMICILIO DE LOS TESTIGOS EN EL TESTAMENTO: ARTÍCULO 681, 2.º C. C.: *El único domicilio que la Ley toma en consideración es el civil; es decir, el definido en el artículo 40 C. c. como "el lugar de la residencia habitual". Lo decisivo, pues, es la residencia habitual —no accidental o pasajera—, con absoluta independencia del empadronamiento o demás exigencias de orden*

administrativo y de los conceptos canónicos de parroquia y feligrés. El lugar del otorgamiento a que se refiere el artículo 681, 2.º hay que referirlo al municipio o término municipal, siendo, por tanto, indiferente la parroquia a que pertenezcan los testigos. [S. 10 de junio de 1966; ha lugar.]

12. TESTAMENTO OLÓGRAFO: VALOR DEL AUTO ORDENANDO LA PROTOCOLIZACIÓN: *Este auto no puede ser objeto del recurso de casación por no tener carácter definitivo, y tampoco puede fundamentar la excepción de "cosa juzgada". [S. 17 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

13. INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO: *Para interpretar el testamento hay que atenerse a lo dispuesto en el artículo 675 del C. c., complementado por los artículos 1.281 y siguientes del propio Código. [S. 26 de enero de 1967; ha lugar.]*

14. HEREDAMIENTO EN CATALUÑA: PRESUNCIÓN DE FRAUDE EN LAS ENAJENACIONES HECHAS POR EL HEREDANTE: *Hay que estimar que existe fraude cuando concurren los hechos base siguientes: realización total de los bienes; ausencia de todo motivo para proceder a las enajenaciones; falta de incorporación del precio al patrimonio del enajenante; falta de medios económicos por parte de los adquirentes; continuación en la posesión de los bienes transmitidos, y en especial, la rápida formalización de las ventas, hallándose la enajenante próxima a morir.*

PRESUNCIONES EN CASACIÓN: *Cabe traer a casación el tema de las presunciones, no sólo en el caso más frecuente de que la Sala acuda a ellas sin que exista el enlace preciso y directo que es obligatorio, sino también en el excepcional en que, existiendo aquél, se denuncie la omisión de la aplicación de esta prueba. [S. 16 de febrero de 1967; ha lugar.]*

15. INCONGRUENCIA: ACLARACIONES EN LA SENTENCIA: *No es preciso ajustarse literalmente en los fallos a las palabras empleadas por las partes y pueden agregarse aquellos extremos accesorios que no alteren en lo principal las peticiones sin incurrir en incongruencia. [S. 25 mayo de 1966; no ha lugar.]*

16. DEFECTO FORMAL DEL RECURSO: *La exigencia de claridad y precisión contenida en el artículo 1.720 L. E. C., de rigurosa observancia para la redacción de los escritos en que se formalizan los recursos de casación, queda incumplida cuando en un mismo motivo se alegan dos o más de las infracciones señaladas en el artículo 1.692 de la misma Ley, lo cual es causa de inadmisión (1.729 L. E. C.) y, en el actual momento decisorio, de desestimación. [S. 2 de julio de 1966; no ha lugar.]*

VII. Colaboración de José PERE RALUY.

1. CALIFICACIÓN DEL ARRENDAMIENTO: *La calificación del arrendamiento no depende, como se ha dicho reiteradamente por la Sala I, de la denomina-*

ción que den al mismo las partes, sino de la naturaleza de las prestaciones y de su verdadero contenido, misión calificadora que corresponde a los Tribunales.

INDUSTRIA DOMÉSTICA: TIENDA DE COMESTIBLES: *La industria doméstica, más parece referirse a elaborar y traficar con lo elaborado que a explotar una tienda de comestibles ya instalada, que requiere contacto permanente con el público y que determina la calificación del local como negocio. [S. 3 de diciembre de 1966; ha lugar.]*

NOTA: *La sentencia tras dar lugar al recurso contra la sentencia de instancia que había estimado la excepción de incompetencia propuesta por el demandado, entra a resolver el fondo del asunto, realizando la Sala del Tribunal Supremo funciones de órgano de instancia.*

2. NULIDAD DE CONTRATOS: LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLA: *El artículo 1.302 del C. c., si bien en su tenor literal parece constreñir la acción de nulidad a los que han sido parte en el contrato, y algunas sentencias del T. S. así lo interpretaron, otras muchas sentencias no excluyen a los terceros a quienes pueda perjudicar el negocio jurídico que impugnan.*

DONACIÓN DE PISOS DE UN INMUEBLE ARRENDADO SIN RESPETAR EL ORDEN LEGAL DE PRELACIÓN: *Como la L. A. U. restringe la facultad dispositiva del propietario arrendador de varios pisos de una misma finca, imponiéndole un determinado orden cuando haya de donar alguno, resulta evidente que cualquier inquilino de aquellas viviendas queda legitimado para impugnar la donación que de su piso se haya hecho, con solo alegar que le perjudica su derecho arrendaticio y si bien la L. A. U., al imponer tal restricción, no determina la sanción que el incumplimiento de la norma lleva consigo, la jurisprudencia entiende que la violación de la misma implica la limitación del derecho del donatario frente al inquilino del piso, privando a aquél del derecho de imprórroga, aunque justifique que necesita ese piso para instalarse en él.*

ACCIÓN DECLARATIVA: ALCANCE: *La acción declarativa es la que pretende se declare o constate, con fuerza de cosa juzgada, la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica, puesta en duda o controvertida únicamente se concede cuando el demandante tiene un interés legítimo en tal declaración y no pueda utilizar otra acción. Incluso los ordenamientos que expresamente regulan tal acción, disponen que sólo pueden ser objeto de ella la relación jurídica controvertida o la autenticidad o falsedad de un documento, por lo que quedan excluidos los demás hechos y especialmente las intenciones o deseos, aunque éstos se exterioricen con actos preparatorios que parecen encaminados a burlar el derecho de terceros.*

RECURSO DE CASACIÓN: *No procede la casación de una sentencia cuando la que haya de dictarse en lugar de aquélla haya de contener el mismo fallo. [S. 2 de diciembre de 1966; no ha lugar.]*

3. CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN EN ARRENDAMIENTOS URBANOS—LOCAL DE NEGOCIO—: *Si en el contrato de arriendo existe una cláusula de estabilización por la que se dice que la renta será revisada a partir de 1 octubre 1963 en función de la diferencia entre los índices del I. N. de Estadística para el 1961 y los publicados por dicho organismo para el año inmediatamente anterior a aquel en que se practique la revisión, hay que entender dicha cláusula en el sentido de que la relación de índices ha de establecerse tomando como partida el del año 1961 y no al año anterior a aquel en que se ponga en actividad la cláusula de revisión, ya que así se salva la finalidad de mantener el equilibrio de valores a que tiende la cláusula de estabilización, sin dejar inoperante un espacio de tiempo respecto al cual el arrendador no ha renunciado a que opere dicha cláusula, no suponiendo tal solución enriquecimiento injusto del arrendador, sino que se acomoda a la equidad.*

RENUNCIA DE DERECHOS: ACEPTACIÓN DE DETERMINADAS RENTAS POR EL ARRENDADOR: NOVACIÓN: *La novación, para que sea eficaz, ha de provenir de pacto expreso o derivar de actos o actitudes que revelen de manera inequívoca la voluntad de las partes; la no exigencia de la efectividad de un derecho con o sin rebeldía del obligado, no implica abandono del mismo ni menos cambio en el vínculo obligacional de donde nace. No supone renuncia del arrendador al ejercicio del derecho a exigir aumentos derivados de una cláusula de estabilización; el hecho de que en un juicio de desahucio por falta de pago aceptara las rentas consignadas por el arrendatario—sin dicho incremento—, para enervar el juicio. [S. 8 de febrero de 1967; no ha lugar.]*

¹ NOTA: Vid. S. S. del T. S. de 19 diciembre 1966 y 1 abril 1965 y comentario a esta última de BONET CORREA en este ANUARIO, 1965; página 752.

4. CLÁUSULAS DE ESTABILIZACIÓN: ARRIENDO DE LOCAL DE NEGOCIO: *Concertado el contrato de arriendo en 1 de mayo 1959, es visto que al amparo del artículo 97 de la L. A. U. se puede pactar con libertad la cláusula de estabilización de renta, que previene variaciones conforme al precio del carbón, sin que al pactarla ningún beneficio renunciara el arrendatario, si la renta era libre para el contrato, pues sólo se pactó una revisión distinta a la del artículo 100, por voluntad de las partes, que viene también autorizada por el artículo 5 del D. de 6 septiembre 1961.*

AUMENTOS DE RENTA PROCEDENTES DE LIBERTAD DE PACTO: *No es aplicable el artículo 101 de la L. A. U.—sobre mecanismo para la exacción de incrementos de renta— a los aumentos que provengan de la libertad de pacto.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *La infracción de preceptos procesales sólo puede ampararse en la causa 2.ª. El error de cuenta no puede dar lugar a la casación ni a la injusticia notoria, pues, de existir, se puede subsanar en cualquier momento, incluso en ejecución de sentencia. [S. 19 de diciembre de 1966; no ha lugar.]*

5. NOTIFICACIÓN DE REDUCCIÓN DE RENTA AL TIPO FISCAL, DESTINATARIO DE LA DECLARACIÓN: *No hay igualdad jurídica esencial entre los actos a que se refieren*

las notificaciones del artículo 32, núm. 4, de la L. A. U.—notificación del traspaso y la del artículo 103—notificación de reducción de renta—para aplicar a este último supuesto, por analogía la regla del primero sobre destinatarios de la notificación, ya que en el supuesto del artículo 32 la posición del notificado es meramente receptiva, en tanto que en el otro puede ser volitiva, en el sentido de que el destinatario de la notificación puede mostrar su conformidad con la pretensión del arrendatario, haciendo con ello innecesaria la vía judicial que en el supuesto contrario debería ser utilizada, ello aparte de que en el supuesto del artículo 32, sólo en defecto del arrendador puede hacerse la notificación eficazmente a las demás personas que menciona.

PODER DE ADMINISTRACIÓN: FACULTADES QUE COMPRENDE: *Si en un poder se faculta al mandatario a cobrar rentas, comparecer en juicio y nombrar abogado y procurador, en ninguno de estos negocios cabe racionalmente el de consentir modificaciones del contrato de arriendo, cual la de alterar la renta.* [S. 16 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

6. CIERRE DE LOCAL DE NEGOCIO: PRUEBA: *No deja la menor lugar a duda acerca de la realidad del cierre el hecho de que notarialmente se acredite la ausencia de personal, administrativo o no, en cinco ocasiones distintas durante horas laborables en días diferentes a lo largo de seis meses y, por otra parte, el que se demuestre que el arrendatario carece de personal administrativo, sin el cual la oficina no puede funcionar, y que los recibos fiscales girados a la sociedad arrendataria se pagasen en locales distintos de la Oficina de autos, y que los recibos de agua y energía eléctrica se limitasen a los mínimos, hechos corroborados por el informe de la Alcaldía, aunque objetivamente hablando, dicho informe no pueda considerarse como documento. Si bien la L. A. U. establece una clara distinción entre los locales de negocio por naturaleza—que exigen relación directa con el cliente y que han de estar abiertos al público—y las oficinas, de carácter auxiliar, que no exigen el libre acceso de la clientela, para que las Oficinas gocen de la protección de la L. A. U. es preciso que el arrendatario se valga de ellas para el destino pactado y el cese de las actividades en ella, el no uso, constituye un cierre.* [S. 30 de enero de 1967; ha lugar.]

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA ARRENDATICIA PARA DERRIBAR Y REEDIFICAR: LITIS-CONSORCIO: ACUMULACIÓN DE ACCIONES: *El T. S. tiene declarado en Sentencias como la de 29 mayo 1964 que el proyecto de derribar la finca para reedificar otra no implica la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre todos los ocupantes del inmueble afectado, sino en todo caso de acumulación de acciones cuya utilización es facultativa y no preceptiva e impositiva.* [S. 11 de enero de 1967; no ha lugar.]

8. RESOLUCIÓN POR RAZÓN DE PROYECTO DE DERRIBO Y RECONSTRUCCIÓN: ACCIONES SOBRE CONDEÑA A RECONSTRUIR E INDEMNIZAR AL ARRENDATARIO DESALOJADO: *La acción del arrendatario encaminada a obligar al arrendador desalojado al amparo de la causa 2.ª de denegación de prórroga, a reconstruir la finca y*

a indemnizar al arrendatario de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación de reedificar, no se basa en norma de la L. A. U., que no ha previsto el supuesto de falta de reconstrucción, por lo que la acción de referencia ha de sustanciarse conforme a lo previsto en las leyes comunes, debiendo declararse la nulidad de todo lo actuado desde la presentación de la demanda (deducida por la vía el proceso especial arrendaticio de la L. A. U.). [S. 1 de febrero de 1967; ha lugar.]

9. RESOLUCIÓN POR TRASPASO IRREGULAR: UTILIZACIÓN POR TERCEROS DEL LOCAL: *Demostrado que en el local arrendado para la instalación de la clínica particular de una persona y de su hijo, es utilizada por otros facultativos que tienen consulta en la misma y que anuncian como su teléfono el de la clínica, y que en el propio establecimiento se realizan intervenciones quirúrgicas de los asociados a una entidad de seguros médicos, realizándose ello, no en forma esporádica y circunstancial, todo ello tipifica una causa resolutoria derivada de actos del arrendatario. [S. 31 de enero de 1967.]*

10. ACUMULACIÓN DE ACCIONES ARRENDATICIAS: *No cabe la acumulación de acciones que se sustentan en causas distintas y en hechos que en modo alguno pueden considerarse comunes a los tres demandados, sin que puedan acumularse a capricho acciones dispares no comunes a todos. La oposición a la acumulación, verificada en la contestación a la demanda, debe decidirse en la sentencia (en el proceso especial arrendaticio urbano). La improcedencia de acumulación lleva en sí la imposibilidad de penetrar en el fondo de las cuestiones que son base de la demanda. [S. 21 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

11. CASACIÓN: INTERPRETACIÓN DE CONTRATOS: *En materia de interpretación de contratos es prevalente el criterio de la Sala "a quo" mientras no resulte falta de lógica. [S. 17 de diciembre de 1966; no ha lugar.]*

12. INJUSTICIA NOTORIA: PREFERENCIA OTORGADA AL CRITERIO DEL ÓRGANO "A QUO": *Hay que respetar los hechos que declara probados la Sala "a quo" si no hay contradicción de patente entre tal declaración y la prueba practicada, sino tan sólo una deducción del recurrente que se trata de enfrentar a la conclusión del Tribunal. [S. 25 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

13. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO: COSA JUZGADA MATERIAL: *Si en sentencia firme y consentida se ha realizado una determinada calificación del arriendo, en el sentido de considerarlo asimilado al de local de negocio, dicha calificación debe prevalecer en ulterior proceso, en tanto una sentencia ganada en juicio de revisión no la desvirtúe.*

INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *No se ha impugnado debidamente la resolución de la Audiencia si, aunque se combate el error de interpretación atribuido a la Sala señalando la primera de las reglas de interpretación establecidas al efecto en el Código civil, el recurrente se limita a transcribir su*

texto, sin expresar las razones por las que se ha cometido la infracción. [S. 9 de diciembre de 1966; no ha lugar.]

14. INJUSTICIA NOTORIA: IMPUGNACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DE NEGOCIOS JURÍDICOS: *El Tribunal Supremo no puede rectificar el criterio del juzgador de instancia más que a través de los artículos del Código civil reguladores de la interpretación de los contratos. [S. 24 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

NOTA: El planteamiento formalmente defectuoso del recurso ha impedido que el órgano de casación haya podido entrar en la cuestión de fondo suscitada: la de si puede equipararse a la donación a efectos de la impugnación por el inquilino de una donación de piso— un anticipo legitimario con notas específicas que lo encuadran dentro del derecho sucesorio catalán. No parece aventurado, sin emargo, sostener que, dentro del marco de una interpretación finalista del artículo 54 de la LAU, la equiparación citada debe mantenerse.

15. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *El error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba sólo puede ser invocado por la vía de la causa 3.ª de injusticia notoria. La interpretación de un contrato no encaja en la causa 4.ª. Hay que rechazar una interpretación del contrato de compraventa contraria a la del Juzgador de instancia, sin haberla combatido eficazmente con cita de los preceptos del C. c. que regulan la interpretación de los contratos. [S. 30 de noviembre de 1966; no ha lugar.]*

16. INJUSTICIA NOTORIA: FORMALISMO: *El recurso de injusticia notoria ha de sujetarse en su formulación a las reglas de la L. E. C. y la LAU, de tal suerte que su inadaptación constituye defecto de forma que lo hace inadmisibile y desestimable en el trámite final, como ocurre si no se dice el número o causa en que se ampara. [S. 17 de diciembre de 1966; no ha lugar.]*

17. INJUSTICIA NOTORIA: PRUEBA DOCUMENTAL: *Los recibos y facturas —referentes a cuentas bancarias domiciliadas en el local, abono del servicio telefónico y de agua, etc.— no merecen en derecho la consideración de “documentos” a los efectos de la causa 4.ª de injusticia notoria, y mucho menos cuando es el propio recurrente el que trata de extraer y deducir de ella las consecuencias que interesadamente le convienen con la finalidad de que su criterio prevalezca respecto al de la Sala de instancia, y todo ello prescindiendo de la apreciación conjunta de la prueba que hace la Sala. [S. 23 de enero de 1967; no ha lugar.]*

18. INJUSTICIA NOTORIA: PRUEBA DE LIBROS: *La diligencia judicial de prueba de libros, al igual que el reconocimiento judicial, no tiene la consideración de documento a efecto de justificar el error de hecho en la apreciación de la prueba.*

FORMALISMO DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FALTA DE CITA DEL PRECEPTO INFRINGIDO: *Lu falta de cita del precepto que se considera infringido cons-*

tituye un vicio de inadmisión que ha de estimarse como causa de inadmisión.
[S. 23 de enero de 1967; no ha lugar.]

VIII. Colaboración de José L. RIO BARRO.

1. IMPUGNACIÓN DE LA CONCESIÓN DE MARCA: VÍA PROCESAL IDÓNEA: *No puede admitirse la afirmación de que contra la concesión de una marca sólo cabe el recurso contencioso-administrativo, dado que, firme el acuerdo de concesión e inscrita la misma en el Registro, tal inscripción concede a su titular la presunción "iuris tantum" de propiedad y, al no estar dirigida la acción a impugnar el expediente de concesión sino el título de ésta, se plantea una cuestión de índole civil que sólo puede decidirse en juicio contradictorio.*

LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL CONCESIONARIO EN EXCLUSIVA: *Al denunciar la existencia de una falta de legitimación activa fundándose en que la entidad actora es concesionaria en exclusiva de la explotación en España de una marca cuya propiedad pertenece a otra entidad extranjera, se desconoce que, con arreglo al Estatuto, puede reclamar "todo el que se considere perjudicado", y como ese derecho en exclusiva puede verse afectado por la marca impugnada, no cabe duda de que la entidad actora, al tener interés en combatir la inscripción, está legitimada para actuar.*

USO EXTRARREGISTRAL DE LA MARCA NO DECLARADO: CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN: *Si bien es cierto que la prioridad en el uso prevalece sobre la inscripción en los casos de concesión de marca, como nada declara la sentencia recurrida sobre este uso extrarregistral, ni menos sobre su fecha, no hay más remedio que partir para el cómputo del tiempo prescriptivo desde la fecha de la concesión, por lo que es claro que al ejercitar la acción no habían transcurrido los tres años fijados en el artículo 14 E. P. I.*

ERROR EN EL DICTAMEN PERICIAL A EFECTOS DE CASACIÓN: *Ha de desestimarse el motivo denunciador de error de hecho en la apreciación de la prueba porque, al no tener el dictamen pericial autenticidad a efectos de casación, falta el hecho auténtico que pudiera evidenciar la equivocación de hecho sufrida por el juzgador.*

DOCTRINA LEGAL ÚTIL EN CASACIÓN: *Se desestima el motivo porque cita como infringida la doctrina de una sola sentencia, y es sabido que la doctrina legal útil para fundar en su infracción un recurso de casación es la que se establece en repetidas o idénticas decisiones del Tribunal Supremo.* [S. 23 abril de 1966; no ha lugar.]

Planta Embotelladora Orange Crush, S. A., formuló demanda de juicio especial de nulidad de marca contra la herencia yacente y herederos desconocidos de don M. B., y contra los actuales titulares de la marca "Schuss", alegando fundamentalmente como hechos:

1.º Que la Compañía demandante obtuvo de la firma norteamericana

Crush International Inc. la concesión en régimen de exclusiva para fabricar en España los productos refrescantes registrados por la mencionada Compañía.

2.º Que desde su aparición en el mercado español, los productos distinguidos con la marca Crush obtuvieron amplia difusión y aprecio general del público consumidor.

3.º Que dichos productos habían sido objeto de servil imitación por la marca oponente, que, además, había adoptado una denominación que era capaz de inducir a error al consumidor en potencia por vía visual o auditiva.

La parte demandada alega como hechos los siguientes:

1.º Que la actora no era la propietaria de la marca oponente, sino la Compañía norteamericana Crush International Inc., conforme expresaba la propia demanda.

2.º Que cuando don M. B. solicitó el registro de la marca "Schuss", no formuló oposición alguna ni la demandante ni tampoco la Compañía norteamericana.

3.º Que no existía tal semejanza fonética ni gráfica, por cuanto la marca Crush no se usaba sola, sino que en los envases y en la propaganda se utilizaba dicha marca anteponiéndole el vocablo Orange, conociéndola el público consumidor con el nombre de "Orange Crush".

El abogado del Estado emitió informe en el sentido de que debía declararse la incompetencia de jurisdicción y, en todo caso, desestimarse la demanda.

La Audiencia, por el contrario, estima la demanda y declara la nulidad del registro de la marca Schuss. La demandada interpone recurso de casación por infracción de ley y el Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia.

2. NORMA VALORATIVA DE PRUEBA: NECESIDAD DE SU ESPECIFICACIÓN: *La simple circunstancia de que se impute a la sentencia recurrida error de hecho en la apreciación de la prueba y no se invoque la norma valorativa de ella que se suponga infringida, hace impróspero el motivo sobre el que se suscita tal imputación.*

NOTAS REIVINDICATORIAS: CARÁCTER: *Las notas reivindicatorias son simples manifestaciones unilaterales que formula el que acude al Registro solicitando su protección respecto a un sistema, método o procedimiento, en las cuales hace constar, sin contradicción de nadie, lo que cree oportuno en cuanto a novedad, utilidad o forma.*

MEMORIAS, EXPEDIENTES Y NOTAS REIVINDICATORIAS: VALOR PROBATORIO: *Acorde con el artículo 61 del E. P. I, y con los principios generales de derecho en materia de prueba, este Tribunal vino declarando con unánime reiteración que las Memorias, Expedientes y Notas reivindicatorias no tienen eficacia por sí solos para demostrar esa novedad o invención que los peticionarios pregonan y, en consecuencia, no pueden vincular al juzgador en ningún sentido.* [S. 24 mayo de 1966; no ha lugar.]

IX. Colaboración de Manuel TRENZADO RUIZ.

1. RENTA: REVALORIZACIÓN: *La L. A. U. refiere siempre los índices de revalorización a la fecha en que cada contrato haya sido celebrado, tanto si es anterior o posterior a la entrada en vigor del Decreto de 13 de abril de 1956.* [S. 15 de febrero de 1967.]

2. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: INEXISTENCIA: OBRAS CONSENTIDAS: *Autorizadas las obras, aunque afectaran a la configuración del local, su realización no es causa resolutoria del contrato.* [S. 24 de febrero de 1967; no ha lugar.]

3. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: OBRAS INCONSENTIDAS: CONFIGURACIÓN: *Las obras adheridas a la finca con sustancias minerales, que reducen apreciablemente la superficie de la terraza en que radican, alteran de modo esencial y sensible la configuración de la finca, y al no constar la autorización de la propiedad para realizarlas, son determinantes de la causa resolutoria.* [S. 11 de febrero de 1967; no ha lugar.]

4. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: PRESUNCIONES: APRECIACIÓN: *La deducción en la prueba de presunciones es de la apreciación del Tribunal sentenciador y, por tanto, si éste no aprecia como prueba una presunción no establecida por la Ley, no infringe el artículo 1.253 del C. c.* [S. 18 de enero de 1967; no ha lugar.]

5. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FUNDAMENTACIÓN: *El recurso de injusticia notoria, al igual que el de casación ha de interponerse, exactamente sobre los mismos hechos declarados por el Tribunal "a quo", y cuando no son impugnados debidamente, no hay otro remedio que imputarles las consecuencias jurídicas que en derecho son propias de aquéllos.* [S. 20 de enero de 1967; no ha lugar.]

6. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: FORMALIZACIÓN: *Los documentos que han sido interpretados en la instancia no cabe aducirlos para acreditar el yerro imputado.* [S. 8 de marzo de 1967; no ha lugar.]

7. RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA: CONDENA EN COSTAS: EXISTENCIA DE TEMERIDAD: *Debe considerarse temerario el recurso a efectos de costas, porque cualquiera que fuese la importancia de las obras, en este caso insignificantes, no podrían ser causa de resolución del contrato, por el consentimiento del arrendador.* [S. 3 de marzo de 1967; no ha lugar.]

III. SENTENCIAS DE SUPLICACION

1. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Madrid

A cargo de Manuel TRENZADO RUIZ
Doctor en Derecho

I. Derecho Civil

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: SELECCIÓN: PENSIONISTA: CARÁCTER: *Se tiene la consideración de pensionista por la cobranza de una pensión mensual de auxilio de vejez e invalidez que otorga la Dirección General de Beneficencia y Obras Sociales, con delegación en las respectivas Juntas Provinciales y con aprobación del gasto por el Patronato del Fondo Nacional de Asistencia Social.* (Sentencia de 13 de mayo de 1967; ha lugar.)

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: PROPIA NECESIDAD: EXISTENCIA: *Por el hecho de contraer matrimonio y tener que residir en el lugar donde se halla situada la finca, surge la necesidad de constituir un hogar independiente, porque formada una nueva familia, es natural que viva con independencia, no siendo ello un capricho, ni simple deseo, ni mera conveniencia, sino consecuencia natural dentro del régimen social, pues el estado de casado reclama morada para el desenvolvimiento de su vida con total independencia y pese a que los ascendientes ocupan otra vivienda con suficiente amplitud para albergar al nuevo matrimonio, pues, en este supuesto, el concepto de necesidad radica, no en la mayor amplitud de una vivienda, sino en la independencia inherente al nuevo hogar que se constituye.* (Sentencia de 26 de mayo de 1967; ha lugar.)

3. RESOLUCIÓN DE CONTRATO: CIERRE: EXISTENCIA: *Si el arrendatario desplazó del local los elementos necesarios para el tráfico mercantil a que lo dedicaba y suspendió este tráfico en el mismo, se ha producido, indudablemente, la situación de «cierre» que contempla la L. A. U., y que por haber durado más de seis meses y no haberse alegado, causa justa que la justifique, es causa de resolución del arrendamiento.* (Sentencia de 14 de junio de 1967; no ha lugar.)

II. Derecho Procesal

1. LEGÍTIMA ACTIVA: INEXISTENCIA: *Los recibos de pago de renta mensual, con una firma de estampilla al parecer del actor, administrador, pero sin reflejar el concepto y personalidad en virtud de la que cobra o percibe, dejan improbadada su legitimación o facultad para accionar.* (Sentencia de 16 de mayo de 1967; no ha lugar.)

2. Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Barcelona

A cargo de José PERE RALUY

I. Derecho Civil

1. CALIFICACIÓN DEL ARRIENDO; CAMBIOS UNILATERALES DE DESTINO: *La calificación del arriendo no se altera por el hecho de que, unilateralmente, el arrendatario haya alterado el destino dado inicialmente a la cosa arrendada.* (S. de 6 de abril de 1967; no ha lugar.)

2. ARRIENDO TÁCITO; NO EJERCICIO DE UN DERECHO FACULTATIVO: *El no ejercicio de un derecho facultativo no produce la creación de una convención distinta de la que venía rigiendo.* (S. de 22 de noviembre de 1966, no ha lugar, por la que se niega que el hecho de haber dilatado el ejercicio de una acción resolutoria por subrogación ilegal haya supuesto la creación tácita de un arriendo en favor del ilícitamente subrogado.)

3. DURACIÓN DEL ARRIENDO; DETERMINACIÓN DE SU DURACIÓN POR MINISTERIO DE LA LEY: *Es aplicable al contrato regido por la LAU la norma del artículo 1.581 del C. C. que determina la duración del arriendo en función de la unidad de tiempo con que se establece la periodicidad de pago.*

TÁCITA RECONDUCCIÓN: *No cabe hablar de tácita reconducción del arriendo si el arrendador realiza el requerimiento de denegación de prórroga por necesidad, establecido en la LAU.* (S. de 3 de marzo de 1967; no ha lugar.)

4. ABUSO DE DERECHO; DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: *Se aplica rectamente la doctrina del abuso de derecho si se desestima una denegación de prórroga por necesidad, por entender que, con su ejercicio, se disimula la verdadera finalidad del arrendador, que no es otra que la de tener la disponibilidad de la vivienda arrendada para proceder al derribo del inmueble.* (S. de 10 de febrero de 1967; no ha lugar.)

5. ABUSO DE DERECHO; CONCEPTO: *Se da el abuso de derecho cuando la estricta aplicación de una norma conduce a un resultado inmoral; por ello se prescinde de la norma y se aplica la justicia; el abuso de derecho surge de la contradicción entre el Derecho y la Justicia.* (S. de 21 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

6. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA; DESPACHO: *Si un piso, originariamente dedicado a vivienda, se destinó después a despacho profesional del inquilino, que trasladó su morada a otro piso de la misma casa, los familiares del inquilino, al fallecer éste, no pueden invocar la subrogación «mortis causa» de vivienda en relación al piso utilizado exclusivamente como despacho, por faltar el requisito de convivencia en dicho piso.* (S. de 5 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

7. NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *No cabe obligar a los padres que ejercitan una acción de denegación de prórroga por necesidad, a que convivan con la nueva familia constituida por su hija.* (S. de 7 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

8. NECESIDAD: HOGAR INDEPENDIENTE: *Surge la situación de necesidad si la hija del arrendador y su familia, quiere constituir un hogar independiente.* (S. de 2 de diciembre de 1966; no ha lugar.)

9. NECESIDAD: DERECHO A VIVIENDA INDEPENDIENTE: *La hija que contrae matrimonio tiene derecho a vivienda independiente. No obsta a la viabilidad de la denegación de prórroga el que la vivienda en que la hija en cuestión habita junto con sus padres esté en lugar céntrico, sea amplia, de buena construcción y cómoda y la que es objeto de denegación de prórroga esté en zona excéntrica y sea de categoría más modesta.* (S. de 1 de diciembre de 1966; ha lugar.)

10. NECESIDAD: VIVIENDA INSUFICIENTE: *Existe necesidad, por insuficiencia de vivienda, si ésta comprende tres dormitorios, comedor y despacho para el ejercicio de la profesión de agente de seguros que desarrolla el inquilino y la familia de éste se compone del matrimonio y cinco hijos.*

SUPPLICACIÓN: *Es ineficaz, en suplicación, la cita de preceptos procesales como los contenidos en el D. de 21 de noviembre de 1952, sobre justicia municipal y la de sentencias del Tribunal Supremo, sin expresar la doctrina en ellas contenida.* (S. de 25 de noviembre de 1966.)

11. NECESIDAD: JUBILACIÓN: *La jubilación del beneficiario de la denegación de prórroga y la existencia de una vivienda de propiedad de aquél —la que es objeto de la denegación— equidistante de las localidades en que el mismo tiene intereses, autoriza a afirmar la existencia de una causa de denegación de prórroga.*

COMPETENCIA EN LOS PROCESOS ARRENDATICIOS: EJERCICIO DE PROFESIÓN COLEGIADA: *A efectos de la competencia es irrelevante el que el hijo del inquilino ejerza en la vivienda la profesión de practicante.* (S. de 17 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

12. NECESIDAD: PADRES E HIJOS: *Cualquiera que sea la capacidad de la vivienda de los padres, la nueva familia formada por los hijos tiene derecho a disponer de vivienda independiente a través de la denegación de prórroga por necesidad.* (S. de 11 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

13. NECESIDAD: ABUSO DE DERECHO: *Si existe necesidad no hay abuso de derecho en el ejercicio de la denegación de prórroga basada en tal necesidad.*

SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *No basta, para la viabilidad del recurso, formular alegaciones, si no se cita el precepto o doctrina legal que se reputa infringida.* (S. de 25 de marzo de 1967; no ha lugar.) También una S. de 9 de marzo de 1967 —no ha lugar— afirma que hay que citar la norma in-

fringida, señalando que además es preciso hacer constar el concepto en que se reputa cometida la infracción.

14. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR MATRIMONIO: *Es causa de denegación de prórroga, la existencia de un matrimonio que desea hogar independiente. No obsta a la estimación de la demanda de denegación de prórroga el que el matrimonio beneficiario de la misma resida en vivienda distinta de la señalada en la demanda, si, en definitiva, habita en vivienda ajena.* (S. de 7 de abril de 1967; ha lugar.)

15. NECESIDAD: MATRIMONIO: TIEMPO DE CELEBRACIÓN DEL MISMO: *El matrimonio, para que pueda constituir fundamento de la denegación de prórroga por necesidad, debe haberse contraído antes de expirar el año siguiente al requerimiento.*

DENEGACIÓN DE PRÓRROGA REFERENTE A PLURALIDAD DE ARRIENDOS: *Si de modo simultáneo se deniega la prórroga del arriendo de dos viviendas para satisfacer la necesidad de dos personas distintas, hay que precisar qué vivienda en concreto se reclama para cada uno de los beneficiarios.* (S. de 20 de abril de 1967; ha lugar.)

16. NECESIDAD: SELECCIÓN DE VIVIENDA: *La selección ha de referirse al tiempo del requerimiento, no a época posterior al mismo, por lo que es irrelevante el que se haya adquirido la condición de funcionario con posterioridad al tiempo del requerimiento.* (S. de 13 de abril de 1967; no ha lugar.)

17. REQUERIMIENTO DE DENEGACIÓN DE PRÓRROGA REALIZADO POR MANDATARIO: *La LAU no exige que el requerimiento se realice personalmente por el arrendador y como no se trata de un acto personalísimo, puede realizarse por medio de mandatario, aun verbal.*

NECESIDAD: SELECCIÓN: *En la selección, a efectos de la denegación de prórroga por necesidad, no es preciso incluir la totalidad de las viviendas que el arrendador tenga en diversos inmuebles. El arrendador puede elegir la finca que desee y es dentro de las viviendas de la finca elegida donde ha de operar la selección.* (S. de 23 de enero de 1967; no ha lugar.)

NOTA: El hecho de que en la LAU, tras la reforma de 1964, haya desaparecido la norma del antiguo número 3 del artículo 64 de la LAU que, para el supuesto de tener el arrendador pluralidad de fincas, establecía un criterio igual al que ha sustentado la Audiencia de Barcelona en la sentencia objeto de esta nota, hizo erróneamente suponer a algún intérprete de la LAU, que el legislador de 1964 había querido modificar el criterio explícitamente sentado en la reforma de 1955. La Audiencia entiende, acertadamente, que no ha habido cambio alguno de criterio, abonando esta opinión, tanto el argumento que invoca la Audiencia de ser ya innecesaria dicha norma, pues la Jurisprudencia, al interpretar el texto de la LAU de 1947 —en el que tampoco figuraba la norma en cuestión—, se había inclinado ya por la libertad de elección, como el que deriva del propio modo en que se produjo la reforma de 1964, en la que se agregaron al artículo 64 nuevos párrafos 2.º y 3.º, y se olvidó, sin duda, conservar, con numeración corrida, los primitivos párrafos de la indicada numeración. Por otra parte, de *lege ferenda* parece acertado el criterio.

18. RESOLUCIÓN POR NO OCUPACIÓN DE VIVIENDA: *La simple existencia de mobiliario en una vivienda no habitada, aunque de tiempo en tiempo acuda alguien a la misma para labores de conservación o limpieza, no obsta al hecho de la no ocupación, causa de resolución. No supone justa causa, bastante para enervar la causa resolutoria de no ocupación, el hecho de que el inquilino de una vivienda la utilice para pernoctar, en las contadas veces en que se traslada a la población en que radica la vivienda, en lugar de utilizar para ello un hotel o residencia.*

PRÓRROGA FORZOSA Y PRÓRROGA CONTRACTUAL: *Es ineficaz, respecto a los arriendos sujetos a la LAU, la cláusula por la que se estipula que el arriendo, al expirar el plazo contractual, se entenderá prorrogado por plazos de tiempo igual, salvo manifestación de voluntad contraria de las partes.* (S. de 25 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

NOTA: La cuestión abordada en el segundo párrafo tiene importancia en los supuestos de denegación de prórroga forzosa; si se entiende que opera, en primer término, la prórroga convencional y, en defecto de ésta, la legal, en los supuestos en que se hubieran pactado cláusulas del tipo de la expuesta, el arrendador que deseara negar la prórroga legal, tendría que poner término a la prórroga convencional, por una oportuna declaración de voluntad y sólo entonces, al entrar en juego la prórroga legal, podría negarse ésta; la doctrina de suplicación, tras algunas vacilaciones iniciales, se inclina resueltamente en el sentido de la sentencia anotada con base en una discutible doctrina: la de la incompatibilidad de la prórroga convencional y la prórroga legal. Es cierto que, por oponerse a normas inderogables de la ley, la cláusula por la que se faculta al arrendador a desalojar al inquilino al término de cada uno de los periodos de prórroga convencional, mediante la oportuna declaración de denuncia, será ineficaz, pero no se advierte la razón de impedir en que la voluntad de las partes pueda prolongar —en lo que no se oponga a las normas imperativas de la LAU— la fase «contractual» del arriendo y diferir el juego de la prórroga legal a virtud de las correspondientes cláusulas del arriendo.

19. RESOLUCIÓN POR NO OCUPACIÓN DE VIVIENDA: *No es preciso que los seis meses de desocupación discurran en un año natural; basta que la no ocupación se mantenga a lo largo de seis meses en un año, contado a partir del momento en que se inicie la no ocupación.*

JUSTA CAUSA: *No constituye justa causa de no ocupación el desempeño de un empleo en el extranjero, si no consta el carácter transitorio del cargo.*

ABUSO DE DERECHO: SUPLICACIÓN: *No cabe abordar en suplicación el tema del abuso de derecho si no se hizo aplicación del mismo en la instancia.* (S. de 25 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

20. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENENCIA NO NECESARIA DE DOS VIVIENDAS: *Esta causa de denegación de prórroga arrendaticia opera sea cual sea el título de ocupación de las viviendas, con tal que dicho título otorgue derecho al uso y goce de las mismas.* (S. de 16 de marzo de 1967; ha lugar.)

21. DERECHO DE RETORNO AL INMUEBLE RECONSTRUIDO: CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE RESERVA: *El arrendador ha de poner a disposición del arrendatario una vivienda o local que ofrezca, con el que fue objeto de la denegación.*

de prórroga, las analogías señaladas en la ley, sin que el arrendatario esté obligado a recibir cosa distinta. El derecho del arrendatario a optar por la indemnización o por un departamento del inmueble reconstruido, establecido en el artículo 88 LAU, no está sometido a plazo específico de ejercicio, pues el del artículo 82 se refiere a otra hipótesis. (S. de 16 febrero de 1967; ha lugar.)

NOTA: Téngase en cuenta, sin embargo, respecto a la última de las afirmaciones contenida en esta sentencia, el artículo 89, en el que señala el plazo de ejercicio de las acciones del artículo 88 de la LAU.

22. REDUCCIÓN DE RENTA AL TIPO QUE SIRVE DE BASE TRIBUTARIA: VIVIENDAS BONIFICABLES: *La norma sobre reducción de renta a la que sirve de base a la tributación —artículo 103 de la LAU— es aplicable a los arriendos de viviendas bonificables.* (S. de 31 de marzo de 1967; no ha lugar.)

23. PRESTACIÓN DE SERVICIOS POR EL ARRENDADOR: *La falta de prestación, por el arrendador, de los servicios especificados en el contrato o que resulten de las características de la finca, autoriza al inquilino a pedir la resolución del arriendo. Como el D. de 23 noviembre de 1940 exige la adecuada instalación de servicios higiénicos, surge de él la obligación del arrendador de suministrar agua corriente.* (S. de 30 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

24. RESOLUCIÓN DEL SUBARRIENDO: LEGITIMACIÓN DEL ARRENDADOR: *El arrendador sólo está legitimado para resolver el subarriendo cuando éste se extinga por resolución del arriendo. La extinción del arriendo, por renuncia del inquilino cuya eficacia no impugne el subarrendatario, faculta al arrendador para promover la resolución del arriendo. En el proceso resolutorio arrendaticio no cabe discutir la falsedad o simulación del arrendamiento que sirvió de base al subarriendo, discusión para la que, en todo caso, sería precisa la intervención del inquilino-subarrendador.* (S. de 28 de enero de 1967; no ha lugar.)

25. RESOLUCIÓN POR DEFECTO DE NOTIFICACIÓN DEL SUBARRIENDO: *Es causa de resolución el hecho de subarrendar una vivienda a uno o dos subarrendatarios sin realizar la notificación exigida por la LAU —artículo 18— para la licitud de tales subarriendos.* (S. de 14 de abril de 1967; ha lugar.)

26. RESOLUCIÓN POR CESIÓN: INEXISTENCIA: *Si el local fue arrendado a una Cámara de Comercio para el servicio de la Junta de Detasas, en virtud de obligación reglamentaria, no cabe resolver el arriendo por cesión de la Cámara a la Junta, al Fondo Nacional de Garantía de Accidentes de Tráfico y a una persona física si, en definitiva, en el local actúa la Junta de Tasas, cuyo presidente es la persona física en cuestión, representante del Fondo citado.* (S. de 2 de febrero de 1967; no ha lugar.)

27. RESOLUCIÓN POR OBRAS QUE CAMBIAN LA CONFIGURACIÓN: AUTORIZACIÓN: EXTRALIMITACIÓN: *Tratándose de obras realizadas al amparo de una autorización del arrendador y ejercitándose una acción resolutoria con base en haberse extralimitado el inquilino respecto a los términos de la autorización concedida, no es aplicable la norma sobre autorización judicial de obras*

del artículo 114, causa 7.^a, número 3 de la LAU. Es incompetente el Juzgado Municipal para determinar si hubo o no extralimitación —si se trata de arriendo de local de negocio—. (S. de 21 de noviembre de 1966; ha lugar.)

28. RESOLUCIÓN POR CESIÓN DE VIVIENDA: PRESUNCIÓN: *Hay que presumir que se ha producido una cesión, si el inquilino abandona la vivienda dejando en la misma a una hija soltera que lo ocupa para su uso exclusivo y personal, sin que sea obstáculo a tal presunción el parentesco entre cedente y cesionaria.* (S. de 2 de marzo de 1967; ha lugar.)

II. Derecho procesal

1. NATURALEZA DEL RECURSO DE SUPPLICACIÓN: REVISIÓN DE LOS HECHOS: *En el recurso de suplicación no cabe revisar los hechos declarados probados por el órgano «a quo», salvo en el limitado supuesto en que, con referencia al abuso de derecho, lo consiente la LAU.* (S. de 15 de febrero de 1967; no ha lugar.)

2. SUPPLICACIÓN: ÁMBITO DEL RECURSO: CALIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS: *Es revisable, en suplicación, la calificación jurídica de los contratos, pero no la de los hechos que sirven de base a tal calificación.* (S. de 7 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

3. SUPPLICACIÓN: PRECISIÓN DEL RECURSO: *No cabe estimar el recurso en el que, si bien se invoca la infracción de determinados preceptos, no se razona la forma en que se infringieron.* (S. de 14 de abril de 1967; no ha lugar.)

4. SUPPLICACIÓN: FORMALISMO: *No cabe estimar el recurso si no se cita el párrafo infringido ni el concepto de la infracción; invocándose la infracción de doctrina legal hay que citar las setencias del Tribunal Supremo en que aparezca contenida.* (S. de 7 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

5. SUPPLICACIÓN: DENEGACIÓN DE PRUEBA: *No cabe basar el recurso de suplicación en la denegación de una prueba; el artículo 578 de la LEC no sirve para fundar un recurso de suplicación.* (S. de 20 de octubre de 1966; no ha lugar.)

6. SUPPLICACIÓN: NECESIDAD: *El concepto de necesidad es de carácter jurídico y revisable en suplicación.* (S. de 22 de noviembre de 1966; no ha lugar.)

3. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Valencia.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Magistrado

I. Derecho civil

1. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: CONTRATO VIGENTE A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE 1956: *Fallecido el primitivo arrendatario, padre y causante de las que le siguieron en la titularidad del contrato el 14 de octubre de 1937, la ocupación de la vivienda por su hija N., ratificada y legalizada por ella, a virtud de carta de 29 de septiembre de 1956, no puede tener en modo alguno el carácter de primera subrogación contractual, sino que hay que estimarla como simple manifestación de cuál era la persona titular del arriendo a virtud de subrogación nacida al amparo de la legislación precedente, a la que pueden ser aplicados los artículos 58 y 59 LAU, como contrato vigente a su entrada en vigor, cualquiera que sea el número de subrogaciones que se hubieren producido con anterioridad.* (Sentencia de 3 de abril de 1965; desestimatoria.)

2. DERECHO DE RETORNO DEL INQUILINO DESAHUCIADO: OBRAS DE ACONDICIONAMIENTO DE LA VIVIENDA A CARGO DEL ARRENDADOR: *No es obstáculo al derecho de retorno del arrendatario desahuciado por necesidad, originado en la no ocupación por el arrendador de la vivienda reclamada, en el plazo de tres meses desde el desalojo, el hecho de la realización de unas obras de acondicionamiento, si por su simplicidad no requieren el transcurso de ese plazo.* (Sentencia de 21 de abril de 1965; desestimatoria.)

4. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Granada.

A cargo de Julio BONED SOPENA
Magistrado

I. Derecho civil

1. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO INCONSENTIDO: CASUÍSTICA: *La utilización de un consultorio o clínica de practicante, que el hijo de la inquilina tenía instalado en la vivienda reclamada, sin autorización del arrendador, por un médico especialista que se venía desplazando periódicamente desde la capital de la provincia, incluso con posterioridad al fallecimiento de aquél, genera la causa resolutoria 2.ª del artículo 114 LAU, sin que sea obstáculo a ello el no haberse acreditado cumplidamente todos y cada uno de los requisitos que integran el subarriendo.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1966; estimatoria.)

2. RESOLUCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE LA VIVIENDA EN LOCAL DE NEGOCIO: *Si el destino principal de lo arrendado fue para vivienda del arrendatario, aunque se le autorizara el establecimiento de una industria de zapatería, que por disposición expresa del contrato había de ser manual, con prohibición de instalar motores eléctricos u otros artefactos mecánicos, y ha quedado probado que en las habitaciones destinadas a dormitorios se han almacenado en la actualidad objetos y materiales propios de aquella industria, habiendo trasladado el arrendatario todos los dormitorios a otra casa, en la que duerme la familia, y ocupando las dependencias de la vivienda como desahogo del negocio, procede la resolución por la causa 6.ª del artículo 114 LAU.* (Sentencia de 23 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

3. NECESIDAD EXISTENTE AL INTERPONERSE LA DEMANDA DE RESOLUCIÓN DERIVADA DE LA SITUACIÓN EXPUESTA EN EL REQUERIMIENTO: *Si la necesidad de vivienda existía al formalizarse el requerimiento previo y asimismo cuando se interpuso la demanda, aunque las situaciones fácticas fueran distintas, pero derivada la última de la primera, no se infringe el artículo 65 LAU.* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

4. NECESIDAD: CASUÍSTICA: *Se da la situación de necesidad cuando el actor habita con su esposa y cinco hijos, tres varones, de dieciocho, doce y nueve años, y dos hembras, de veintitrés y veintiuno, en vivienda compuesta por cuatro habitaciones —una dedicada a estar-comedor y las otras a dormitorios, de tres por tres metros cada una, siendo dos de los dormitorios paso obligado para ir desde la habitación de estar, por ubicarse seguidos a continuación de ésta, al patio de cuatro por cinco metros, en el que se encuentra*

el tercer dormitorio, y paso también para el servicio, pues el deseo de la familia así establecida de acomodarse con mayor amplitud, que al mismo tiempo permita a sus miembros desenvolverse con la independencia que el estado, edad y sexo de los mismos exige, no lo es de comodidad o convivencia, sino para cumplir un fin útil y obligado. (Sentencia de 29 de septiembre de 1966; estimatoria.)

5. NECESIDAD: CASUÍSTICA: *No puede menos de considerarse razonablemente como necesario para un padre de familia compuesta de esposa y tres hijos, y sin más ingresos que 71.611 pesetas anuales, la ocupación de una vivienda cedida a otro en arrendamiento por 4.311 pesetas anuales, cuando por la que él ocupa, también en arrendamiento, abona una renta de 25.000 pesetas al año.* (Sentencia de 5 de octubre de 1966: estimatoria.)

6. RESOLUCIÓN POR DENEGACIÓN DE PRÓRROGA: NECESIDAD DE QUE EL PLAZO DEL CONTRATO HAYA VENCIDO: *Establecido en el contrato que el arrendamiento se hace por tiempo ilimitado, a contar desde el 1.º de octubre de 1939, y que terminará por denuncia de cualquiera de las partes, hecha con un mes de antelación, cláusula que el Tribunal Supremo ha estimado válida por no atentar contra el requisito de la temporalidad, ya que se trata de un término potestativo, no de una condición de igual clase, de signo resolutorio (SS. del T. S. de 30/3/63 y 19/10/65), si no se ha producido tal denuncia no puede prosperar la acción resolutoria intentada al amparo del artículo 62 en relación con el caso 3.º del 63 LAU, que requieren que el contrato se halle en fase de prórroga legal.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

7. ORDEN SELECTIVO: NO DEBEN INCLUIRSE LAS VIVIENDAS QUE NO SIRVEN PARA SATISFACER LA NECESIDAD SENTIDA: *El orden selectivo que impone el artículo 64 LAU sólo ha de operar en relación con las viviendas aptas para satisfacer la necesidad que se contemple, ya que, en primer lugar, no tendría sentido imponer la selección respecto a viviendas inadecuadas para satisfacerla, y así, el mismo texto legal comienza sentando la exigencia de tal aptitud al dejar el primer criterio de selección atinente a la habitual deshabitación, en cuanto dice el precepto seguidamente: "siempre que sea medio adecuado a sus necesidades".* (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; estimatoria.)

8. RESOLUCIÓN POR NECESIDAD: NO PUEDE OBLIGARSE AL ARRENDADOR A REALIZAR OBRAS EN ALGUNA DE LAS VIVIENDAS SELECCIONABLES SI EXISTE OTRA QUE SATISFAGA CUMPLIDAMENTE SUS NECESIDADES: *No existe razón legal que obligue al propietario arrendador a realizar las obras que exija el acomodar una vivienda a sus necesidades, teniendo otra que las cubra sin redlizarlas, que será seleccionable para ejercitar sobre ella la acción denegatoria de la prórroga.* (Sentencia de 13 de octubre de 1966; desestimatoria.)

9. RESOLUCIÓN POR OBRAS INCONSENTIDAS: INAPLICACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN CONCEDIDA POR EL ARTÍCULO 110, PÁRRAFO 2.º, LAU: *La construcción por el in-*

quilino para dar luz y ventilación a dos habitaciones de la vivienda arrendada de sendos tragaluces sobre el terrado de $0,87 \times 0,61 \times 1,00$, de largo, ancho y alto, respectivamente, modifica la configuración de la vivienda, sin que quepa calificar las obras de reparaciones urgentes para evitar daño o incomodidad grave. (Sentencia de 30 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

10. OBRAS AUTORIZADAS: ELEVACIÓN DE RENTAS: SU CARÁCTER: *La obligación de pagar la elevación de renta que la Autoridad judicial determine, en el caso de obras de mejoras autorizadas, sólo puede imponerse al arrendatario si así lo pide el arrendador, siendo obvio, por ello, que aquél no tiene por qué asumirla en la demanda, ni puede estimarse como requisito para la viabilidad de la misma, el que la contraiga.* (Sentencia de 17 de octubre de 1966; desestimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR OBRAS: ES INDIFFERENTE QUE BENEFICIEN EL DESTINO ACTUAL DE LO ARRENDADO: *Como la acción que se ejercita es la de resolución del contrato por modificación de la configuración, y no si las obras son necesarias para la higiene y salubridad, y aparece efectivamente que con las obras se ha producido dicha alteración, pues el precepto no distingue en su aplicación si al modificar la configuración se ha beneficiado o perjudicado el destino actual del local arrendado, procede acceder a la demanda.* (Sentencia de 24 de octubre de 1966; estimatoria.)

12. ELEVACIÓN DE LA RENTA: RESOLUCIÓN POR IMPAGO DE DIFERENCIAS: CADUCIDAD DE LA ACCIÓN: SUS EFECTOS EN RELACIÓN CON OTROS PEDIMENTOS DEL SUPPLICO DE LA DEMANDA: *No obsta a la caducidad la existencia de una notificación posterior a la demanda de resolución, pues tal notificación no contiene novedad alguna respecto a la anterior.*

Péida, como antecedente de la resolución del contrato, la declaración de legitimidad de la nueva renta, y transcurrido el plazo de caducidad de la acción resolutoria, no puede hacerse en la sentencia pronunciamiento alguno sobre dicha legitimidad. (Sentencia de 24 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

13. REQUISITOS PARA ENERVAR LA ACCIÓN DE REDUCCIÓN DE LA RENTA A LA DECLARADA A EFECTOS FISCALES: *No habiendo manifestación de voluntad de la arrendataria previa al ejercicio de la acción de la reducción de la renta, con base en lo prevenido en el artículo 103 LAU, presentada la declaración fiscal con anterioridad a la interposición de la demanda, queda enervada la acción.* (Sentencia de 28 de septiembre de 1966; desestimatoria.)

14. COMPETENCIA: PROFESIÓN COLEGIADA EJERCIDA POR EL CÓNYUGE DEL TITULAR DEL CONTRATO: *La jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene reconocido que la unidad que supone el matrimonio hace que sea suficiente el que las circunstancias concurren en cualquiera de los dos cónyuges, aunque no sea el titular del contrato, para determinar la competencia.* (Sentencia de 11 de octubre de 1966; estimatoria.)

15. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA: CARGA DE LA PRUEBA: *La demostración de los requisitos necesarios para la atribución de competencia corresponde a quien, con la invocación del oportuno precepto, pretende alterar la competencia definida por la demanda al presentarse ante el Organo que se considera en ella como competente.* (Sentencia de 11 de octubre de 1966; estimatoria.)

16. ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA: EJERCICIO DE LA PROFESIÓN DE AGENTE COMERCIAL: *La Orden de 22 de febrero de 1950, dictada por el Ministerio de Justicia para aclarar la situación de los Agentes Comerciales, en orden a la determinación de la competencia cuando alguno de ellos, ejerciendo la profesión en la vivienda arrendada, fuera demandado en proceso de la Ley Arrendaticia Urbana, no alteró en manera alguna el artículo 123 de dicha Ley, ni dispensa a dichos profesionales de acreditar cuando aleguen su privilegio todos los requisitos necesarios para ello.* (Sentencia de 11 de octubre de 1966; estimatoria.)

17. DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA: INTERPRETACIÓN DEL PLAZO A QUE SE CONTRAE SU PÁRRAFO PRIMERO: *El "plazo no inferior a seis meses" contenido en dicho párrafo hay que referirlo al simple hecho de la subsistencia del subarriendo, por el tiempo de seis meses anterior al 1.º de octubre de 1946, y no al tiempo de duración del subarriendo concertado por las partes.* (Sentencia de 7 de octubre de 1966; desestimatoria.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: REVISIÓN DEL CONCEPTO DE NECESIDAD: *En función y contemplación de los hechos declarados probados, pues otra cosa implicaría desorbitar la naturaleza del recurso de suplicación, es permitida la revisión valorativa del concepto de necesidad.* (Sentencia de 29 de septiembre de 1966; estimatoria.)

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INCONGRUENCIA: *La falta de alegación de que el arrendamiento, cuya resolución se pide, se encontraba en periodo contractual de vigencia, en momento oportuno, priva al juzgador de poder fundamentar su fallo en ese hecho, y al no haberlo entendido así la sentencia suplicada incidió en incongruencia* (Sentencia de 5 de octubre de 1966; estimatoria.)

5. Selección de las Sentencias de Suplicación de la Audiencia Territorial de Burgos.

A cargo de Roberto HERNANDEZ HERNANDEZ
Magistrado

I. Derecho Civil

1. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: INEXISTENCIA: CASUÍSTICA: *Probado, según recoge la sentencia impugnada, que la actora tenía su domicilio en Madrid, donde ocupaba un piso arrendado, el cual a mediados del año 1963 abandonó para, luego en octubre siguiente, por su propia voluntad, fijar su residencia en Bilbao, a donde marchó para convivir con sus hijos, la pretensión tendente a denegar la prórroga a la demandada que realiza en julio del siguiente año 1964, en base a querer constituir hogar independiente por estar conviviendo con su hija casada, tiene que fracasar porque no puede considerarse necesaria una convivencia buscada de propósito, previa dejación y abandono voluntario de hogar propio e independiente, actos ambos libres y voluntarios constituidos con la única finalidad de denegar la prórroga a la recurrida. (S. de 15 de marzo de 1967: desestimatoria.)*

2. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR TENER EL INQUILINO A SU LIBRE DISPOSICIÓN EN PLAZO DE SEIS MESES ANTERIOR A LA DEMANDA, UNA VIVIENDA APTA PARA SER OCUPADA DE ANÁLOGAS CARACTERÍSTICAS A LA ARRENDADA: INTERPRETACIÓN DEL NÚMERO 5.º DEL ARTÍCULO 62: *De la lectura de dicho precepto se infiere que lo querido por el legislador ha sido que durante algún lapso del plazo fijado de seis meses el arrendatario haya tenido a su disposición otra vivienda que reúna las condiciones que referido precepto señala, no que sea necesario que durante todo el plazo, o sea durante los seis meses, esté sin aprovechar la vivienda. (S. de 17 de marzo de 1967: estimatoria.)*

3. SUBARRIENDO PARCIAL: INTERPRETACIÓN DEL PÁRRAFO 1.º DEL ARTÍCULO 18 DE LA LAU: *El subarriendo parcial que dicho precepto regula se refiere exclusivamente a personas extrañas a la familia, y no a aquellas, que según términos de la propia Ley, puedan tener un derecho de convivencia por los lazos familiares que les unan con el arrendatario. (S. de 20 de marzo de 1967; desestimatoria.)*

NOTA: 1.º Se basa dicha interpretación en la dicción legal de su precedente y antecedente inmediato, artículo 27 de la Ley de 31 de diciembre de 1946, que excluía del concepto de subarriendo la convivencia con el inquilino hasta de dos personas extrañas a su familia, expresión que, aunque reformada por el artículo 18 de la vigente Ley especial, ha de apreciarse como subsistente.

2.º En citada resolución se dice «que aun cuando expresamente la Ley no establece el grado de parentesco que han de tener las personas que convivan con el arrendatario para que puedan reputarse como integrantes de su fami-

lia, del contenido de alguno de sus preceptos se infiere, como en el supuesto del artículo 4.º de la misma, que puede llegar a alcanzar hasta el tercer grado de parentesco del inquilino o de su cónyuge».

4. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: REQUERIMIENTO PREVIO: SU NATURALEZA: *La LAU ha establecido, con carácter parajudicial, en caso de denegación de prórroga por necesidad, una actuación del arrendador e inquilino, que se materializa en un requerimiento del primero que anuncia el propósito y la causa de necesidad y en la contestación del locatario que, no es sólo expresión de una toma de posesión frente a la pretensión, sino la ocasión precisa de denunciar las deficiencias del requerimiento en sus aspectos de forma y fondo; ocasión que la jurisprudencia de la Sala ha concedido carácter preclusivo con el deseo de estimular la diligencia y sinceridad del inquilino, a fin de que prevalezcan, en esta actuación preliminar, «las normas de lealtad recíprocas en el ejercicio de la facultad de denegación de prórroga» a que hace expresa llamada la Exposición de Motivos de la Ley.* (Sensencia de 30 de marzo de 1967; desestimatoria.)

NOTA: Véanse las sentencias de la propia Sala de 9 de octubre de 1961, 13 de julio de 1963, 28 de enero de 1964 y 24 de marzo de 1965, referidas en acotación hecha a la última, publicada bajo el número 1 en el fascículo 3.º, Anuario, año 1965, página 813.

5. RESOLUCIÓN POR OBRAS: NO PROCEDE: CASUÍSTICA: *Acreditado en autos que las obras realizadas en el piso arrendado al demandado fueron hechas por cuenta y cargo del comprador del contiguo —también perteneciente entonces a la actora— y con el consentimiento del administrador común, siendo el inquilino suplicado ajeno en absoluto a la ejecución de dichas obras, es evidente colegir la desestimación de la pretensión resolutoria, ya que si bien es norma general que el mero administrador no puede autorizar la realización de obras, por constituir esto un acto de disposición, es lo cierto que el presupuesto legal necesario para la aplicación de la causa resolutoria 7.ª del artículo 114 de la LAU no es otro que las obras que modifiquen la configuración se realicen por el inquilino o quienes con éste convivan, por lo que al ordenarse y llevarse a cabo por personas extrañas al inquilino, quien, simplemente, se limitó a consentirlas en la creencia de que mediaba autorización de la propiedad, sin invadir el ámbito de las atribuciones dispositivas inherentes al dominio, no incidió en la resolución articulada.* (Sentencia de 1 de abril de 1967; desestimatoria.)

NOTA: Véanse sentencias del Tribunal Supremo de 23 de septiembre y 28 de abril de 1964, la primera sobre autorización dada por administrador para realización de obras que modifican la configuración, y la segunda sobre imputabilidad de la trasgresión a quien verdadera y efectivamente la cometió.

6. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: MUJER CASADA SEPARADA PROVISIONALMENTE DE SU MARIDO: INEXISTENCIA: CASUÍSTICA: *No puede sostenerse carezca de hogar independiente la mujer casada que, separada provisionalmente de su marido, tiene su domicilio fijado en M., en piso de su propiedad, sin que los supuestos temores a amenazas y represalias de su esposo —que no vive con ella— por inacreditados, impliquen necesidad de ocupar otra*

vivienda, también de su propiedad, sita en S. (Sentencia de 8 de abril de 1967; desestimatoria.)

7. DENEGACIÓN DE PRÓRROGA POR NECESIDAD: SITUACIÓN ECONÓMICA INSUFICIENTE: CONFLICTO ENTRE INTERÉS Y NECESIDAD DEL PROPIETARIO INQUILINO Y DEL INQUILINO NO PROPIETARIO: CASUÍSTICA: *De la situación económica insuficiente del actor, que le ha impedido seguir dando a sus hijos educación como internos en colegios de enseñanza, los ingresos escasos de que dispone, y el estar en vivienda alquilada, satisfaciendo una renta superior a sus posibilidades económicas con anterioridad a devenir pleno propietario del piso litigioso, ya que fue la madre del actor, como usufructuaria, la que dispuso de la administración de los bienes, ha de colegirse la necesidad como causa resolutoria, ya que los actos realizados por el actor antes del fallecimiento de la usufructuaria no pueden estimarse como causa del efecto denegatorio de la prórroga, siendo ésta la adquisición plena del dominio y el derecho de disposición sobre el piso, con el que puede satisfacer su necesidad de vivienda al no poder soportar, económicamente, el pago de un piso alquilado, con renta casi diez veces superior a la que satisface el recurrente, debiendo prevalecer ante el conflicto de intereses y necesidades planteadas los del propietario inquilino sobre los del inquilino no propietario.* (Sentencia de 11 de abril de 1967; desestimatoria.)

8. ABUSO DE DERECHO: IMPOSIBILIDAD DE DENUNCIAR LA «ERRÓNEA APLICACIÓN DEL ABUSO DE DERECHO» AL NO HABERSE HECHO, EN LA SENTENCIA SUPPLICADA, UNA EFECTIVA Y POSITIVA APLICACIÓN DE REFERIDA DOCTRINA: *El artículo 132 de la Ley especial de Arrendamientos Urbanos, al establecer el recurso de suplicación respecto a las sentencias dictadas en apelación por el Juez de Primera Instancia, señala como uno de los casos de dicho recurso el de «errónea aplicación del abuso de derecho», agregando que sólo en este último supuesto podrá denunciar el recurso la equivocada valoración de la prueba según las reglas legales para su estimación; lo que, única y lógicamente, cabe ser entendido en el sentido de poderse dar el recurso extraordinario —tendente, fundamentalmente, a mantener la recta interpretación de la Ley y doctrina legal, con exclusión deliberada de la valoración probatoria— por errónea aplicación del abuso de derecho, cuando efectiva y positivamente se hace, en la sentencia criticada, aplicación de dicha doctrina y se excluye, por dicho motivo, la aplicación de la Ley y doctrina legal, no cuando se desestima e inaplica la repetida doctrina, pues en este caso, de aplicación del Derecho, éste puede ser impugnado por el cauce normal de infracción de Ley o de doctrina legal.*

NOTA: Doctrina reiterada por la Sala en sentencias de 20 de marzo de 1963, 8 de abril de 1964 y 31 de marzo de 1965, entre otras, publicadas en *Anuario*, años 1963, 1964 y 1965, fascículos 2.º, 2.º y 3.º, resoluciones números 2-DP, 2-DP y 3-DP, páginas 614, 539 y 818, respectivamente.

ABUSO DE DERECHO Y FRAUDE DE LEY: CONCEPTO DE AMBAS INSTITUCIONES: SUS DIFERENCIAS: *Aunque ambas instituciones están, en cierto modo, ligadas entre sí, no pueden confundirse, ya que, aparte de que la primera ha de referirse directamente a la pretensión —artículo 9.º de la Ley—, no a ningún*

negocio antecedente, implicando una institución de equidad para la salvaguardia de intereses que todavía no alcanzaron protección jurídica, requiere para su existencia el que se den los tres siguientes requisitos: 1.º, uso de un derecho, objetiva o externamente legal; 2.º, daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y 3.º, inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestada en forma subjetiva (con intención de perjudicar, o, sencillamente, sin un fin serio y legítimo) o bajo forma objetiva (exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho); mientras que la segunda, fraude a la Ley, actualmente reconocida expresamente en la Ley Especial Locativa Urbana, artículo 9.º, según redacción dada por la Ley de 11 de junio de 1964, implica la utilización de cualquier clase de medio para eludir la aplicación de una norma imperativa, pudiéndose definir como algo prohibido por el legislador que se busca conseguir mediante el uso de una norma jurídica creada para otros fines.

NOTA: 1. Sobre abuso de derecho, pueden confrontarse las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, 6 y 24 de febrero y 22 de septiembre de 1959.

2. Sobre analogía relativa y diferenciación del abuso de derecho y fraude de Ley, pueden verse las sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1962 y 4 de octubre de 1961.

3. Con relación al fraude de Ley, partiendo de la vieja noción de Paulo (Dig. 1, 3, 29) «in fraudem legis facit qui salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit», es decir, actúa en fraude de Ley quien, respetando sus palabras, elude su sentido, y pasando por la doctrina del Tribunal Supremo, anterior a la Ley de 11 de junio de 1964 —sentencias, entre otras, de 22 de marzo de 1928, 8 de abril de 1942, 27 de noviembre de 1947, 6 de abril de 1949 y 7 de marzo de 1959—, que admitió dicha institución «por una interpretación extensiva de la literalidad de la regla», puede ser definido «como algo prohibido por el legislador que se busca conseguir mediante el uso de una norma jurídica creada para otros fines», esto es, se escapa al imperio de una norma utilizando para ello, inadecuadamente, otra u otras normas, que es tanto como hacer un mal uso del derecho objetivo, utilizándose de modo torcido sus normas, con resultado diferente al querido por la Ley, y al amparo de disposiciones dadas con finalidad diferente, apreciándose, claramente, la existencia de dos normas: una «trasgredida», y otra de «cobertura» o simuladora.

FRAUDE DE LEY: EXISTENCIA: CASUÍSTICA: *Si de los hechos probados de la sentencia criticada, no se infiere la existencia concurrente de los requisitos necesarios para la apreciación del abuso de derecho pretendido, de los mismos y circunstancias notorias, no necesitadas de probanza, cuales parentesco íntimo entre figurados arrendador y arrendatario, renta casi igual entre las señaladas para el contrato de subarriendo y arrendamiento, similitud en redacción de documentos privados en que se plasmaron con empleo del mismo medio mecánico, y por ello deducible, lógicamente, con intervención del propio profesional, ocupación no directa por el llamado inquilino del piso que se pretende subarrendado, reclamación por la actora no de la renta del primitivo arrendamiento sino del contrato derivado, y no para el arrendador sino para la comunidad propietaria, se desprende la simulación del concierto arrendaticio entre la hoy actora y su yerno, con la finalidad de que el figurado subarrendatario quede degradado a dicha condición, per-*

diendo el carácter de verdadero arrendatario, sin derecho, por tanto, a la prórroga forzosa, quedando así, de dicha manera, burlada la norma que imperativamente la marca, y acreditado el fraude a la Ley, lo que motiva la estimación del recurso y rechazo de la demanda en cuanto pretendía resolución contractual del simulado subarriendo. (Sentencia de 11 de abril de 1967; estimatoria.)

9. REANUDACIÓN DE CONTRATO: RECUPERACIÓN DE VIVIENDA AL NO SER OCUPADA POR EL ARRENDADOR EN EL PLAZO DE TRES MESES A PARTIR DE SU DESALOJO: FINALIDAD: Según se infiere de la lectura del párrafo 1.º del artículo 68 de la LAU, la finalidad del precepto es la de sancionar al arrendador que con su conducta pone de relieve que la necesidad invocada por él y admitida por el órgano jurisdiccional no era real y verdadera; finalidad y sanción legislativa que no deben soslayarse por unos futuros e hipotéticos propósitos del inquilino que trata de recuperar el piso del que fue desalojado, que no han tenido reflejo probatorio en la litis. (Sentencia de 17 de abril de 1967; desestimatoria.)

10. SUBROGACIÓN MORTIS CAUSA: CASUÍSTICA: Inacreditada —como se deduce de los hechos probados de la sentencia recurrida, inatacables en este especial recurso— la convivencia entre el primitivo arrendatario y su hermana, cuando falleció el primero no pudo devenir la última como arrendataria o inquilina por subrogación legal, sino por un nuevo contrato —con cambio de sujeto pasivo—, al que consintió expresa y voluntariamente la propiedad, hasta con la expedición de recibos a nombre de dicha señora, y por ello, a su muerte, ha de considerarse subrogada legalmente a su madre, como ascendiente de dicho titular arrendatario, al no haberse negado el parentesco por la actora, así como tampoco la convivencia, que, además, se desprende de los términos literales de la demanda, sin precisar, por ello, de probanza específica. (Sentencia de 20 de mayo de 1967; desestimatoria.)

11. RESOLUCIÓN POR SUBARRIENDO: CASUÍSTICA: Acreditado como hecho cierto en la sentencia impugnada, inatacable en el recurso, que la vivienda litigiosa está ocupada, en parte, por personas extrañas a la relación arrendaticia, previo pago de doscientas veinte pesetas mensuales que percibe el inquilino, sin mediar consentimiento expreso y escrito por parte del arrendador —que no puede deducirse de unos recibos anteriores al contrato y que se refieren a situación distinta— ni la notificación prevenida en el artículo 18 de la LAU vigente, es improsperable el recurso y por el contrario hay que mantener el fallo recurrido que aplica, certeramente, la causa 2.ª del artículo 114 de la citada Ley especial. (Sentencia de 26 de junio de 1967; desestimatoria.)

II. Derecho procesal

1. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: DOCTRINA LEGAL: Las sentencias de otras Audiencias Territoriales no tienen validez legal para fundamentar este recurso de carácter extraordinario, porque no establecen doctrina legal y únicamente

pueden servir de valiosa y meritoria información, sin que su doctrina pueda vincular a la Sala. (Sentencia de 6 de marzo de 1967; desestimatoria.)

NOTA: Confrontar las sentencias de la misma Sala de 29 de octubre de 1963 y 28 de enero y 16 de octubre de 1964, publicadas en *Anuario*, años 1963 y 1964, fascículos 4.º, 1.º y 4.º, números DP-1, DP-5 y DP-1, páginas 1288, 259 y 1044, respectivamente.

2. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COSTAS: TEMERIDAD: *La diafanidad del precepto legal y de la resolución suplicada deriva en temeridad procesal, lo que se traduce en aras de equidad, en la imposición de las costas del recurso.* (Sentencia de 1 de abril de 1967; desestimatoria.)

3. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: *La denuncia de diversas infracciones o vicios de forma en el juicio, cual defectos en el escrito de demanda, en el modo de llevarse a cabo el emplazamiento y suspensión del curso de las actuaciones a petición unilateral, como de carácter procesal, no pueden servir de base o fundamento a este recurso extraordinario como con reiteración tiene declarado la Sala.* (Sentencia de 17 de abril de 1967; estimatoria por otros motivos de fondo.)

NOTA: Confrontar las sentencias de la propia Sala de 14 de julio y 10 de octubre de 1961, 27 de enero de 1964, 14 de julio y 21 de septiembre de 1965, publicadas en *A. de D. C.*, tomo XV., fascículo 2.º páginas 585 y 586, sentencias números 3 y 4; XVII, 1.º, página 259, número 3, y XVIII, 3.º y 4.º, páginas 820 y 1047, números 9 y 5, respectivamente. Igual doctrina se sentó en la sentencia de 26 de enero de 1967, publicada en el tomo XX, fascículo 1.º, bajo el número 1 de D. P.

4. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA JURÍDICA: VALORACIÓN DE LA PRUEBA: *El recurso de suplicación, fundado en los artículos 1.225, 1.231, 1.233, 1.239, 1.249 y 1.253 del Código civil, atribuyendo al juzgador de segundo grado, interpretación errónea de unos y aplicación indebida de otros, es inadmisibles por prohibir el artículo 132 de la LAU ampararle en la equivocada valoración de la prueba, a cuya materia se refieren, lo que se traduce en desestimación del motivo de recurrir.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: COSTAS: *Es indebida la condena al pago de las costas de la apelación al apelado, por vulneración del artículo 149, número 2.º de la LAU, que, interpretado a «sensu contrario», veda imponer los gastos de segundo grado al simple recurrido, conforme ha mantenido reiterada doctrina jurisprudencial; materia que, como de orden público, puede conocerse de oficio.* (Sentencia de 25 de abril de 1967; estimatoria parcial.)

5. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: TÉCNICA PROCESAL: *El recurso de suplicación, de carácter extraordinario y esencialmente técnico, que guarda gran relación y analogía con el de casación por infracción de Ley, teniendo un campo tan limitado como éste, sólo procede contra la parte dispositiva de la sentencia recurrida, siendo inoperantes las infracciones o errores legales de sus considerandos, si el fallo tiene fundamento jurídico bastante.* (Sentencia de 6 de mayo de 1967; desestimatoria.)

NOTA: De igual contenido la sentencia de 10 de abril de 1967. Véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1921, 20 de febrero y 22 de abril de 1950, 9 de octubre de 1953 y 20 de febrero y 15 de diciembre de 1956.

6. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FINALIDAD: *El recurso de suplicación se estableció con finalidad primordial de lograr la «uniformidad» territorial de la doctrina y criterio imperativo de la especial normativa arrentaticia urbana, mediante el «control» de la aplicación del Derecho.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: INTANGIBILIDAD DE LOS HECHOS PROBADOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA: *La premisa de facto que sirve de base al fallo criticado es intangible en el remedio suplicatorio.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: ÁMBITO: VICIOS «IN PROCEDENDO»: *La denuncia de que el juzgador de apelación cometió infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.214 del Código Civil, relativo al «onus probandi», no permite el éxito de un recurso de esta clase más que en los supuestos, que aquí no concurren, en que el órgano jurisdiccional haya invertido en su fallo el principio de la carga de la prueba, pero no en aquellos otros en que lo realmente pretendido por los impugnantes consiste en combatir la valoración de la misma, realizada por el juzgador, sustituyéndola por el criterio particular de los recurrentes. (Sentencia de 12 de mayo de 1967; desestimatoria.)*

NOTA: Confrontar las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1954, 31 de diciembre de 1956 y 7 de enero de 1967.

7. RECURSO DE SUPPLICACIÓN: NATURALEZA Y EFECTOS: *El recurso de suplicación, que no constituye una tercera instancia, tiende a restablecer el imperio de la Ley sustantiva cuando ha sido quebrantada en la instancia, siendo la resolución suplicatoria dictada en beneficio de la Ley y del orden público, aun cuando indirectamente, por la vuelta del equilibrio legal, resultan también beneficiados los litigantes que fueron perjudicados por la infracción jurídica.*

RECURSO DE SUPPLICACIÓN: FORMULISMO EN SU INTERPOSICIÓN: *Cualquier defecto observado por la parte en la interposición del recurso suplicatorio, no puede ser subsanado por la Sala, dado el rigorismo formal que preside el remedio extraordinario, debiendo ajustarse los impugnantes, fielmente, a las normas procedimentales que le regulan. (Sentencia de 20 de junio de 1967; desestimatoria.)*

Suscripción anual: España, 400,— pesetas.
Extranjero, 540,— pesetas.
Número suelto: España, 125,— pesetas.
Extranjero, 150,— pesetas.